

# HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

*ZEITSCHRIFT FÜR TÜRKISCH-DEUTSCHE RECHTSSTUDIEN*

**TÜRK-ALMAN ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**ZEITSCHRIFT FÜR TÜRKISCH-  
DEUTSCHE RECHTSSTUDIEN**



**Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**  
Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien

**Cilt/Jahrgang: 4 • Sayı/Heft: 1 • Haziran/Juni 2022**

**ISSN: 2687-3923 E-ISSN: 2687-461X**

**Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6 ayda bir Haziran ve Aralık aylarında yayınlanan hakemli bir dergidir.**

Die Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien (ZtdR) erscheint alle sechs Monate im Juni und Dezember nach Durchführung eines Peer-Reviews

**Dergi Hakkında/Über die Zeitschrift**

**Yayın Sahibi/Herausgeber**

**Türk-Alman Üniversitesi**

Türkisch-Deutsche Universität

**Yayın Sahibi Temsilcisi ve Sorumlu Müdür/Vertreter des Herausgebers und Chefredakteur**

**Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı**

Dekan der Fakultät für Rechtswissenschaft, Türkisch-Deutsche Universität  
Prof. Dr. Ali Kemal Yıldız

**Editörler Kurulu/Redaktion**

Prof. Dr. Dres. h. c. mult. Philip Kunig

Prof. Dr. Ali Kemal Yıldız, Dr. Öğr. Üyesi Berke Özenç

**Yayın Kurulu/Publikationsausschuss**

Doç. Dr. İrfan Akın, Araş. Gör. Lütfullah Yasin Akbulut, Araş. Gör. Zehra Büşra Kayaözü, Araş. Gör. Muhammed Ali Çoban, Araş. Gör. İrem Diler, Araş. Gör. Nurdan Özçelik

**Danışma Kurulu/Wissenschaftlicher Beirat**

Prof. Dr. Halil Akkanat, Türk-Alman Üniversitesi/İstanbul Üniversitesi

Prof. Dr. Ece Göztepe, Bilkent Üniversitesi

Prof. Dr. Matthias Mahlmann, Zürih Üniversitesi

Prof. Dr. Yeşim Atamer, Zürih Üniversitesi

Prof. Dr. Osman Berat Gürzumar, Bilkent Üniversitesi

Prof. Dr. Henning Rosenau, Martin Luther Üniversitesi, Halle/S.

Prof. Dr. Abuzer Kendigelen, İstanbul Üniversitesi

Karl-Heinz Oehler, Türk-Alman Üniversitesi

Prof. Dr. Murat Atalı, İstanbul Üniversitesi

Prof. Dr. İzzet Özgenç, Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Prof. Dr. Yasemin Işıқтаç, İstanbul Üniversitesi

Prof. Dr. Arzu Oğuz, Ankara Üniversitesi  
Prof. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ, Galatasaray Üniversitesi  
Prof. Dr. Zafer Zeytin, Türk-Alman Üniversitesi  
Prof. Dr. Huang Hui, Pekin Üniversitesi  
Prof. Dr. Osman Doğru, Marmara Üniversitesi

**Dil Editörleri/Spracheditoren**

Dr. Karen Klein, Türk-Alman Üniversitesi  
Dr. Marian Alexander Arning, LL.M., Türk-Alman Üniversitesi

**Yönetim Yeri/Hauptverwaltung**

**Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi**  
Türkisch-Deutsche Universität, Fakultät für Rechtswissenschaft

**Yayın Türü/Publikationsart**

**Yaygın Süreli Yayın/Periodische Publikation**

**Yayın Dili/Sprachen**

**Türkçe, Almanca, İngilizce/Türkisch, Deutsch, Englisch**

**Yayın Periyodu/Veröffentlichungszeitraum**

**Altı ayda bir Haziran ve Aralık aylarında yayınlanır/Halbjährlich (Juni, Dezember)**

**Baskı ve Cilt/Druckerei**

Filiz Kitabevi Basım Yayın Dağıtım  
Petrol Ürünleri Sanayi ve Tic. Ltd. Şti.  
Cemal Yener Tosyalı Cad. No: 57/A Vefa/İST.  
Tel: (212) 527 07 18 Fax: (212) 519 20 71  
www.filizkitabevi.com

Yayıncı Sertifika Numarası: 15544

Yılmaz Basım Yayıncılık ve Kağıt Ürünleri  
Matbaacı Sertifika Numarası: 27185

**İletişim/Kontakt**

**Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi**

Şahinkaya Cad. 86 - 34820 Beykoz / İSTANBUL, e-mail: hukuk@tau.edu.tr

<http://www.tau.edu.tr> - <http://hukuk.tau.edu.tr>

Tel: +90 (216) 333 30 00 Web: <http://hfd.tau.edu.tr/>

E-mail: [tauafd@tau.edu.tr](mailto:tauafd@tau.edu.tr), [ztdr@tau.edu.tr](mailto:ztdr@tau.edu.tr)

**Basım Tarihi/Druckdatum**

**Haziran/Juni 2022**

## İçindekiler/Inhaltsverzeichnis

MAKALELER/AUFSÄTZE .....1

### **Dijital Gelişmelerin Şirketler Hukuku Üzerindeki Etkisi**

Die Auswirkungen der digitalen Entwicklungen auf das Gesellschaftsrecht .. 3

Doç. Dr. İrfan Akın

### **Yeniden Birleşme (Wiedervereinigung) Sonrasında Demokratik Almanya Cumhuriyeti'ndeki Kamu Görevlilerinin Arındırılmasının (Lustration) İnsan Hakları ve Hukuk Devleti Açısından Değerlendirilmesi**

Die Bewertung der Säuberung des öffentlichen Dienstes der DDR nach der Wiedervereinigung im Lichte der Menschenrechte und Rechtsstaatlichkeit ... 27

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Mert Duygun

### **İcra Müdürünün Kambyo Senetlerine Özgü Haciz veya İflâs Yoluyla Takibin Şartlarına İlişkin Yapması Gereken İncelemenin Kapsamı ve Sınırları**

Umfang und Grenzen der Prüfungspflicht des Vollstreckungsbeamten hinsichtlich der Vollstreckungsvoraussetzungen bei Wechsels- bzw. Scheckvollstreckung auf Pfändung oder auf Insolvenz..... 117

Doç. Dr. Efe Direnisa

### **Hakem Kararlarına Karşı İtiraz Hakkından Feragat**

Verzicht auf Widerspruchsrecht gegen Schiedssprüche..... 165

Araş. Gör. Dilara BAYTAROĞLU

### **Die Sammlung von Tatsachen und Beweismitteln in Verfahren der während des Scheidungsprozesses zu treffenden vorsorglichen Maßnahmen**

Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Önlemlere İlişkin Yargılamalarda Vakı-  
aların ve Delillerin Toplanması ..... 209

Dr. Fatih TAHİROĞLU

### **Mal Rejimi Sözleşmelerinde Sözleşme Serbestisi ve Sınırları**

Vertragsfreiheit und Ihre Grenzen in Eheverträgen..... 243

Araş. Gör. Gökçen Doğan

**ÇEVİRİLER/ÜBERSETZUNGEN .....****Alman Federal İş Mahkemesi'nin 2 AZR 596/20 No'lu ve 20 Mayıs 2021 Tarihli Kararı:**

Kişinin Kimin Önünde ve Hangi Durumda Kıyafetini Çıkaracağına Karar Verme Hakkını Hiç Sayarak İşyerinde Cinsel Organının Ortaya Çıkarılmasının Genel Eşit Muamele Kanunu'nun (AGG) 3. Maddesi 4. Fıkrası Anlamında Bir Cinsel Davranışı İfade Edip Etmeyeceği Hakkında ..... 275  
Çev. / Übersetzt von: Araş. Gör. Pelin KURŞAT

**Alman Federal Sosyal Mahkemesi'nin B 2 U 28/17 R No'lu ve 27 Kasım 2018 Tarihli Kararı:**

Sigorta Kapsamında Kalan Faaliyetin Gerçekleştirilmesi Amacıyla Evde Bulunan İşyerine ("Home Office") Ulaşmak İçin Katedilen Yollarda Gerçekleşen Kazanın "İş Kazası" Olup Olmadığı ve İşçinin Evin İçinde Bulunan İşyerlerinde Yasal Kaza Sigortası Korumasından Yararlanıp Yararlanamayacağı Hakkında ..... 289  
Çev. / Übersetzt von: Araş. Gör. Şeyma ZEHİROĞLU

**Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın İlkeleri ve Yazım Kuralları .....** 305**Zeitschrift für Türkisch-Deutsche Rechtsstudien Publikationsrichtlinien und Redaktionsvorgaben .....** 311

## **MAKALELER/AUFSÄTZE**





## Dijital Gelişmelerin Şirketler Hukuku Üzerindeki Etkisi

### Die Auswirkungen der digitalen Entwicklungen auf das Gesellschaftsrecht

Doç. Dr. İrfan Akın\*

#### ÖZ

*Sanal evren gelişip, dönüşerek geçirdiği 25 yıllık sürecin sonunda, kendi dinamiklerini oluşturmaya başladı. Özellikle yapay zekâ ve blok zinciri gibi teknolojiler, dijital dünyada ortaya çıkmış ve gerçek dünyadaki geleneksel iş yapış şekillerine göre birçok kolaylığı bünyesinde barındırmaktadır. Blok zinciri, yapay zekâ ve akıllı sözleşmeler gibi yenilikler, şirketlerin yönetim ve denetimini, hesap verilebilirlik, şeffaflık, sorumluluk ve adillik ilkeleri çerçevesinde yürütülmesi bakımından, bize oldukça kullanışlı bir alet seti sunmaktadır. Yönetim ve denetim yapısının birbirinden tamamen ayrılmasının ön şartı olan bilgi asimetrisinin giderilmesi, bu yeni araçlar sayesinde ulaşılması mümkün bir hedef haline gelmektedir.*

*Şirket organizasyonunda kullanılan araçların daha fazla dijital dünyadaki gelişmelerden uzak kalması beklenemez. Bu yeniliklerin, kurumsal yönetim ilkeleri çerçevesinde amaçlanan hedeflere ulaşmada faydalı olacakları açıktır. Ancak diğer yandan her yenilik gibi yan etkilerinin de olacağı ve bu etkileri ön görerek bu araçların kullanılması gerektiği de unutulmamalıdır.*

**Anahtar Kelimeler:** Kurumsal yönetim, blok zinciri, yapay zekâ, akıllı sözleşmeler, dağıtık kayıt sistemi.

---

\* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (akin@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-7478-1458.

## The Effect of Digital Developments On Company Law

### ABSTRACT

*At the end of the 25-year development and transformation phase, the virtual universe began to develop its own dynamics. In particular, technologies such as artificial intelligence and blockchain have emerged in the digital world and contain many conveniences compared to traditional business ways in the real world. Innovations such as blockchain, artificial intelligence and smart contracts offer us a very useful set of tools for managing and monitoring companies within the framework of the principles of accountability, transparency, responsibility and fairness. The elimination of information asymmetry, which is a prerequisite for the complete separation of the management and auditing structures, becomes an achievable goal thanks to these new tools.*

*It is not to be expected that the tools used in company organization will stay away from developments in the digital world. It is clear that these innovations will be useful in achieving the goals set under corporate governance principles. On the other hand, it should be remembered that, as with any innovation, there will be side effects and these tools should be used to anticipate these effects.*

**Keywords:** Corporate governance, blockchain, artificial intelligence, smart contracts, distributed-ledger-system.

### A. Giriş

1990'ların sonundan itibaren başlayan dijital dönüşüm, günümüzde yeni bir aşamaya ulaşmış bulunmaktadır. Son yıllarda blok zinciri ve yapay zekâ alanlarında yaşanan gelişmeler, dijitalleşmeyi sadece geleneksel iş modellerinin dijital ortama aktarılması tanımının ötesine taşımış ve bu yeni teknolojiler sayesinde yepyeni uygulamaların önü açılmıştır. Finans, sosyal medya ve perakende gibi sektörlerde yoğun şekilde kullanılan söz konusu teknolojiler, sadece şirketlerin iş yapış şekillerine yenilik getirmemekte, şirket organizasyonunu da derinden etkilemeye başlamaktadır.

Modern şirket organizasyonunun esaslarını ortaya koyan kurumsal yönetim kavramının, blok zinciri ve yapay zekâ kavramları karşısında

duyarsız kalması beklenemez. Bu çalışmada olası etkileşim başlıkları değerlendirilmekte ve Türk Şirketler Hukuku bakımından bir öngörü sunulmaya çalışılmaktadır.

### I. Kurumsal Yönetim

Şirketler hukukunun gelişim çizgisinde önemli bir nokta olan kurumsal yönetim, şirket dinamiklerine tarafların menfaat dengesi bakımından yaklaşmakta ve şirket organizasyonuna ilişkin yeni açılımlar getirmektedir. ABD menşeli olarak ilk kez 1979 yılında ortaya konan kavram<sup>1</sup>, 90'lardan itibaren kara Avrupası'ndaki şirket organizasyonuna ilişkin değerlendirme ve planlamalarda dikkate alınan bir başlık haline gelmiştir.

Şirketlerin yönetim ve denetiminin, hesap verilebilirlik, şeffaflık, sorumluluk ve adillik ilkeleri çerçevesinde yürütülmesini amaçlayan kurumsal yönetim, bu amacını gerçekleştirmeye yönelik araçları da oluşturmaktadır<sup>2</sup>.

Kurumsal yönetim; bir şirketin bütün yönetim ve denetim yapısını kapsamakta ve şirketin sahibi olan hissedarlar ile şirketin yönetim organı arasındaki ilişkiyi tanımlamaktadır<sup>3</sup>. Bu bakış açısında, şirket içi ve dışı aktörler arasındaki etkileşim, en gerçekçi ve dengeli şekilde ele alınmaktadır. Şirket içi bir dinamik olan mali kayıtlar ve denetim, şirket içi denetimin bir parçası olduğu gibi şirket alacaklıları ve yatırımcıları bakımından da bir veri kaynağı olarak önemli bir işleve sahiptir.

---

<sup>1</sup> Kavramın ilk olarak ortaya konduğu çalışma için bkz. Oliver E Williamson, "Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations," *Journal of Law and Economics*, The University of Chicago Press., Sayı. 22, No. 2 (Ekim, 1979), s.233-261.

<sup>2</sup> Tanım için bkz. <http://www.kurumsalyonetimkutuphanesi.com/Articles/Details/eab28f5a-723c-447f-9757-03502e57df53>.

<sup>3</sup> Peter Hommelhoff / Klaus J Hopt / Axel v. Werder, *Handbuch Corporate Governance*, Köln/Stuttgart 2003, s.4. Şirket yönetimi ile, şirket ortağı, çalışanı, müşterileri, tedarikçileri ve alacaklıları gibi menfaat grupları arasındaki etkileşim, kurumsal yönetim başlığı altında değerlendirmekte ve çıkan sonuca göre mevcut düzenlemelere yönelik revizyon önerileri sunulmaktadır.

Uluslararası düzeyde ilk olarak OECD tarafından 1999 yılında Kurumsal Yönetim İlkeleri hazırlanarak, şirket yönetimine ilişkin birtakım standartlar ve ilkeler ortaya konmuştur. Son olarak 2015 yılında Kurumsal Yönetim İlkeleri yayınlanmıştır<sup>4</sup>. 2002 yılında TÜSİAD tarafından “Kurumsal Yönetim: En İyi Uygulama Kodu” çalışması yayınlanmıştır<sup>5</sup>. SPK tarafından da farklı tarihlerde konuya ilişkin çalışmalar yayınlanmıştır<sup>6</sup>. Almanya’da 2002 yılında ilk olarak hazırlanan Kurumsal Yönetim Kodex’i, (Deutscher Corporate Governance Kodex (DCGK)) borsada işlem gören bir şirketin yönetimi ve denetimi için bağlayıcı olmayan tavsiyeler içermektedir<sup>7</sup>.

Yönetim ve denetiminde bilgi asimetrisinden ve menfaat grupları arasında çıkar çatışmalarından kaynaklı sorunların yaşandığı, özellikle borsaya kote olmuş anonim şirketler, bu çalışmaların başta gelen muhatabı konumundadır. Söz konusu şirketlerde çok daha belirgin olan vekalet teorisi (Agency-Theorie<sup>8</sup>), vekil ve asil arasındaki ilişki ve vekilin yönlendirilmesine ilişkin mekanizmalar kurumsal yönetim kavramı altında

<sup>4</sup> İlkeler için bkz. <https://www.oecd.org/daf/ca/Corporate-Governance-Principles-TUR.pdf>.

<sup>5</sup> TÜSİAD. (2002). Kurumsal Yönetim En İyi Uygulama Kodu: Yönetim Kurulunun Yapısı ve İşleyişi. İstanbul:TÜSİAD Yayınları. TÜSİAD’ın yayınladığı ilkelere ilişkin değerlendirme için bkz. Erkmen ONBULAK, “Kurumsal Yönetim ve Türkiye Yansımaları”, *Sosyal Siyaset Konferansları / Journal of Social Policy Conferences* Sayı / Issue: 72 – 2017/1, 101-126, s.115.

<sup>6</sup> SPK son olarak 11.10.2011 tarihinde “Borsa Şirketlerinin esas alacakları Kurumsal Yönetim İlkelerini düzenlemek amacıyla” 56 No’lu “Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine Ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ” i yayınlamıştır. Daha sonra yayınlanan 57, 60 ve 61 No’lu değişiklik yapılmasına dair tebliğler ile bu Tebliğ’de birtakım değişiklikler yapmıştır. Tebliğ metni için bkz. <https://www.spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/66>.

<sup>7</sup> Kodex’in son hali için bkz. <https://www.dcgk.de//files/dcgk/usercontent/download/kodex/170424Kodex.pdf>. (Erişim Tarihi: 27.12.2021)

<sup>8</sup> Pay sahipleri ve şirket yönetimi arasındaki bu çatışmaya ilişkin ilk çalışma için bkz. Michael C. Jensen / William H. Meckling, *Journal of Financial Economics*, Vol. 3 (1976), s.312 vd.

incelenmektedir<sup>9</sup>. Aynı şekilde kuvvetler ayrılığı, şeffaflık, çıkar çatışmalarının azaltılması, değer odaklı davranış için motivasyon başlıkları da bu kapsamda inceleme konusu yapılmaktadır. Bu başlıkların blok zinciri ve yapay zekâ kavramlarından ne şekilde etkilendiği ve gelecekte nasıl etkilenebileceği, bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

## II. Blok Zinciri Teknolojileri

Finans kuruluşları, devlet kurumları, şirketler ve diğer benzeri büyük organizasyonlarda bilgi, merkezi bir yapı içerisinde kaydedilmekte, saklanmakta ve işlenmektedir. Bu geleneksel yapıda, merkezi bir sistemde muhafaza edilen verilerin manipüle edilemeyeceği, bu sayede de söz konusu merkezi kaynaktan elde edilen bilginin doğru olduğu kabul edilmektedir.

Blok Zinciri teknolojileri, fazla sayıda katılımcının olduğu söz konusu organizasyonlarda, bilginin güvenli şekilde kaydedilmesini ve katılımcıların iletişimini güvence altına almaktadır<sup>10</sup>. Geliştirilen bu teknolojiler sayesinde veriler çok sayıda katılımcı tarafından merkezi olmayan bir yapıda kaydedilmekte ve yönetilmektedir. Özellikle şirket içerisinde bilgiye bu şekilde doğrudan erişim, şirket içi iletişimi daha şeffaf ve güvenli hale getirmektedir. Şirketin gerçek durumunu yansıtan, doğru bilgilere, şirketin menfaat grupları tarafından erişilebilir olması, kurumsal yönetim anlayışının da gelişmesini sağlamaktadır<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Ülkemizde yaygın olan aile şirketlerinde ise yönetim ve pay sahipleri arasındaki menfaat çatışmasının yerini, aile bireyleri arasında yaşanan kişisel anlaşmazlıklar gibi farklı dinamiklerin aldığı görülmektedir.

<sup>10</sup> Dirk Zetzsche, "Corporate Technologies – Zur Digitalisierung im Aktienrecht," *Die Aktiengesellschaft* 2019, s.3.

<sup>11</sup> Nicolaus Emmanuel Schubert, "Digital Corporate Governance – Möglichkeiten für den Einsatz neuer Technologien im Gesellschaftsrecht", (Institut für Wirtschaftsrecht Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, 166. Sayı, Eylül 2019), s.7.

### A. Dağıtık Kayıt Sistemi

Bu sistemde her bilgisayar diğer bilgisayarın kayıt sistemine bağlıdır. Bu şekilde verilerin merkezi olmayan yapı kümelerine dağıtılarak<sup>12</sup> saklanması sağlanmaktadır. Bir depolama işlemi, çok sayıda diğer bağlı katılımcıyla ("düğüm" olarak adlandırılır) veri alışverişini içerir. Katılımcıların çoğunluğunun yeni veriyi sisteme kaydetmeleri durumunda, veri kaydı tüm katılımcılar bakımından gerçekleşmiş olmaktadır<sup>13</sup>. Her düğümde aynı kaydın tekrarlanması sebebiyle katılımcılar için ağ şeffaf kalmaya devam eder. Bilginin birden fazla kaynağa saklanması, bir kullanıcının hatalı olması ihtimalinde de ağın sağlıklı şekilde çalışmasını garanti altına almaktadır.

Merkezi bir sistemin aksine, bu sistemde veriler birçok bilgisayarda saklanmaktadır. Sistemin bütününe hatalı bilgi oluşturması, ancak düğümlerin %50'sinden fazlasının hatalı veri taşıması durumunda mümkündür. Bu sebeple ne kadar çok düğüm olursa, teknoloji o kadar güvenli çalışmaktadır<sup>14</sup>. Merkezi sistemdeki tek kaynağın aksine, kontrol edilebilen birden çok kaynağın bulunması, sistemdeki bilginin kalitesini ve işlevini de arttırmaktadır.

### B. Blok Zinciri

Blok zinciri, dağıtılmış defter sistemindeki bilgilerin şifrelenmiş bağlantılı bloklar halinde düzenlendiği, dağıtılmış kayıtlar için bir veri tabanını ifade etmektedir. Oluşturulan bu ağ yardımı ile sistemi kullanan kullanıcılar arasındaki işlemlerin tümü doğrulanmakta ve saklanmaktadır. Blok zinciri, farklı bilgisayarlarda dağıtık şekilde bulunan verilerin, ağdaki bütün kullanıcılar tarafından görülebilmesini ve bu şekilde verilerin onaylanabilmesini sağlamaktadır. Bu yönüyle 1990'lı yıllarda ortaya çıkan, ağ üzerinde kullanıcılara doğrudan dijital veri transferi yapma imkânı veren dosya paylaşım programlarının altyapısına benzer bir tek-

---

<sup>12</sup> Sistemin dağıtık olması, verilerin tek bir yerde tutulmaması, dağıtılabilir şekilde kaydedilmesi, depolanması ve güncellenmesini ifade etmektedir.

<sup>13</sup> Zetsche, s. 4.

<sup>14</sup> Zetsche, s. 4.

noloji sunmaktadır<sup>15</sup>. Bu sebeple blok zinciri, bütünlüğüne güvenilir bloklar ve bu blokları oluşturan sorgulanabilir işlemlerden oluşan bir veri tabanı olarak tanımlanmaktadır.

İlk olarak 2008 yılında ortaya çıkan blok zinciri, 2009 yılında en bilinen ürünü olan Bitcoin kripto para biriminin sunulması ile birlikte tanınmaya başlamıştır. Blok zinciri, dağıtık, paylaşılan, şifrelenmiş, geri dönüşü olmayan ve bozulmayan bir bilgi deposu olarak, birçok farklı alanda kullanım imkânı sunmaktadır<sup>16</sup>.

Öncelikle işlemler bloklara kaydedilmekte ve bu blokların birbirine bağlanması ile blok zinciri oluşturulmaktadır. Oluşturulan bu bloklar sisteme yazılarak, tüm dağıtık kayıt defterlerine eklenmektedir. Yeni bir blok oluşturulurken önceki bloğa ait özet bilgi alınmakta ve yeni blok bu bilgiyi içerir şekilde oluşturulmaktadır. Bir önceki bloğun özeti ile tüm bloklar birbirine bağlanmaktadır. Bu sayede blokların birbirleri ile bağlantıları sağlanmış olmaktadır. Her bir işlem gerçekleştiğinde, ağ üzerinden yayınlanmakta ve şifreleme algoritmaları ile gerçekleşen bu işlem doğrulanarak blok oluşturulmaktadır. Sistemde bulunan herhangi iki kişi tarafından gerçekleştirilen bu işlem, düğüm tarafından onaylanarak kaydı tutulmaktadır. Bu sayede işlem doğrulanmakta ve sonrasında bu bilgi değiştirilemez<sup>17</sup> veya silinemez bir nitelik kazanmaktadır. Bu şekilde

---

<sup>15</sup> Mete Tevetoğlu, "Ethereum Ve Akıllı Sözleşmeler", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – İnÜHFD* 12(1): 193-208 (2021), s.195.

<sup>16</sup> Gökhan Ünal / Çelebi Uluyol, "Blok Zinciri Teknolojisi", *Bilişim Teknolojileri Dergisi*, Cilt:13, Sayı: 2, Nisan 2020, s.167, 175.

<sup>17</sup> Değiştirilemezliğe ilişkin açıklama için bkz. <https://tr.wikipedia.org/wiki/Blokcinciri>. (Erişim Tarihi: 27.12.2021), "Her blok tipik olarak işlem verilerini, önceki bloğun bir kriptografik hash fonksiyonunu, bir zaman damgasını içerir. Tasarım gereği, bir blok zinciri, kayıtların sonradan değiştirilmesine dirençlidir. Kullanılan kayıt listesi, "iki taraf arasındaki işlemleri verimli, doğrulanabilir ve kalıcı bir şekilde kaydedebilen açık, dağıtılmış bir defterdir". Dağıtılmış bir defter olarak kullanmak için, bir blok zinciri tipik olarak, topluca bir protokole bağlı düğümler arası iletişim ve yeni blokları onaylamak için eşler arası (peer-to-peer) ağ tarafından yönetilir. Herhangi bir bloktaki veriler sonradan değiştirilmek istendiğinde, verinin bulunduğu blok ve sonraki tüm blokların değiştirilmesi gerekecektir. Bu da bir sonraki düğüm yazılmadan önce, her blok yazımı için düğüm seçiminde seçilmeyi ve her seferde ağdaki



oluşturulan her blok, birbirine zincirlenerek eklenmeye devam etmektedir<sup>18</sup>.

Blok zinciri sistemine yeni bir işlemin kaydedilebilmesi için öncelikle doğrulanması gerekmektedir. Bu kontrol süreci sonunda işlemin geçerli olduğu konusunda kullanıcıların fikir birliğine varması, “mutabakat” olarak adlandırılmaktadır. Mutabakat sistem içerisinde sağlanabileceği gibi, bu kontrol işlemi güvenli dış bir unsur tarafından da yapılabilir. Kayıt defterine sahip bulunan her düğümün gerçekleşen işlemin geçerliliği konusunda fikir birliğine varması durumunda sistem içinde mutabakatın sağlandığı kabul edilmektedir.

Sistemdeki her kullanıcı bir düğümü ifade eder ve her düğüm, blok zinciri kopyasına, diğer bir ifade ile veri tabanındaki bilgiye sahiptir. Senkronize olmuş bu kayıt zinciri, aracıya, yani merkezi bir otoriteye ihtiyacı ortadan kaldırmaktadır. Sistemdeki bir düğümde, dolayısıyla kullanıcıda sorun çıkması durumunda, kalan düğümler arızalı yerin yokluğunda tüm işlem ayrıntılarını muhafaza etmektedir. Bu şekilde sistem, yaşayan bir organizma gibi gerçek zamanlı olarak bilgi sağlamakta ve işlemlerin hatasız şekilde gerçekleştirilmesini güvence altına almaktadır<sup>19</sup>.

---

*düğümlerin çoğunluğunun onayını gerektirir. Ayrıca her blokta kimin değiştirdiği belli olduğundan, olası bir kötüye kullanımın tespit edilmesi de mümkündür.”*

<sup>18</sup> Ünal/Uluyol, s.168.

<sup>19</sup> Açıklama için bkz. <https://www.weforum.org/agenda/2018/03/blockchain-bitcoin-explainer-shiller-roubini>. Çevirisi için bkz. <https://tr.wikipedia.org/wiki/Blokzinciri>. (Erişim Tarihi: 27.12.2021) “Bilgisayarda (düğüm (node)) bir kayıt listesi (muhasabe defteri) bulunduğunu varsayalım. İki müfettiş (PoW kullanıldığında madenci düğümler) onlar da aynı dosyanın birer kopyasını kendi bilgisayarlarında (yani dosya merkezsiz / dağınık) barındırmaktadır. Bir para devir işlemi yapıldığında bilgisayar, bu iki müfettişlerin ikisine birden, aynı anda, onları bilgilendiren birer e-posta yollar. Her müfettiş harekete geçer ve hem bu işlem için hem de müfettiş ücretinin kripto para olarak ödenebilmesi için yeterli bakiye olup olmadığını kontrol eder. Bu işi ilk başaran “herkese cevap ver” düğmesine basar ve kontrolü nasıl yaptığını anlatan bir belgeyi (ispatlanmış emek) cevaba ekler. Eğer diğer müfettiş de onay verirse herkes kayıt listelerini yeni durumu yansıtacak şekilde günceller. “

### C. Kullanım Alanı

Blok zinciri, güvenilir bir otoriteye gerek kalmadan dijital bir platformda, merkezi olmayan bilgi aktarımını sağlamaktadır. Geliştirilen bu teknoloji, bilgi aktarımını çok büyük ölçüde kolaylaştıran internet kullanımına ek olarak, çok çeşitli varyasyonlardaki ağ yapılarının kullanılmasını mümkün kılan, etkili ve işlevsel bir genişleme sağlamaktadır<sup>20</sup>.

#### 1. Ticaret Siciline Tescilde Blok Zinciri Kullanımı

İspat gücü ve güvenilir bir bilgi aktarımı yönetimi olması sebebiyle, ulusal kayıtların bir blok zincirinde muhafaza edilmesi, her geçen gün daha fazla kabul görmektedir. İnsanlara güven veren merkezi bir otoritenin olmadığı bu yapı, maliyet ve zaman tasarrufu sağladığı gibi veri güvenliği konusunda da seviyeyi daha yükseğe taşımaktadır<sup>21</sup>.

Blok zincirinin uluslararası ölçekte aynı kurallar altında çalıştığı dikkate alındığında, böyle bir platformda gerçekleştirilen kayıtların da uluslararası nitelik kazanması kolay olmaktadır. Bu şekilde, örneğin ticaret sicilinedeki bilgilerin rahatlıkla uluslararası düzeyde alenileşmesi sağlanabilmektedir.

Diğer yandan blok zincirinde gerçekleştirilen kayıtlar yüksek enerji kullanımına sebep olmaktadır. Bu yeni teknolojinin yüksek enerjiye olan ihtiyacı, iklim krizinin iyice kendini hissettirdiği günümüzde, en büyük dezavantajını oluşturmaktadır. Bir Bitcoin işlemi 1709.93 kWh elektrik gerektirirken, 100.000 VISA işlemi 151 kWh elektrik harcamaktadır<sup>22</sup>. Ayrıca blok zincirinin yapısı gereği, yapılacak her yeni kayıtta daha fazla işlem gerekmekte ve sistem yavaşlamaktadır<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Schubert, s.9.

<sup>21</sup> Schubert, s.10.

<sup>22</sup> Geniş açıklama için bkz. <https://digiconomist.net/bitcoin-energy-consumption>.

<sup>23</sup> Christian Welzel / Klaus-Peter Eckert / Fabian Kirstein / Volker Jacumeit, Kompetenzzentrum Öffentliche Informationstechnologie (Fraunhofer Institut), Mythos Blockchain: Herausforderung für den öffentlichen Sektor,

Ticaret sicil kayıtları bakımından ikinci bir olumsuzluk da ticaret sicili gibi yapılan kayıtların ön incelemeye tabi olduğu sicillerde, merkezi kontrol mekanizmasından vazgeçilmesi kısa vadede mümkün görünmektedir<sup>24</sup>. Ön inceleme ve kaydın yapılmasına karar verme konusunda gelecekte yapay zekanın nasıl bir rol oynayacağı, bugün itibariyle belirsizdir. Sonuç olarak, teknolojinin bugünkü seviyesi dikkate alındığında, kısa vadede blok zinciri kayıtları aracılığıyla ticaret sicili gibi alanlarda büyük verimlilik artışları beklememek gerekmektedir<sup>25</sup>.

## 2. Pay Defteri Kayıtlarında Blok Zinciri Kullanımı

Anonim şirketlerde yönetim kurulunun sorumluluğunda olan pay defteri<sup>26</sup>, şirket nezdinde kimin pay sahibi olduğunun tespitini sağlamaktadır. Kayıtlarda, nama yazılı payların sahipliği konusu, belgeleri ile birlikte tespit edilmektedir. Bu kayıtlar sayesinde pay sahipliğine bağlı mali ve idari hakların kim tarafından kullanılacağı açıklık kazanmaktadır. Pay sahipliğinin tutulan pay defterleri ile tespiti, şirket dışı üçüncü kişilerin güvenli ve düşük maliyetli bir şekilde bu bilgilere erişimini sağlamaktadır.

Pay defterine kaydedilmeden de pay devri gerçekleştirilebilir. Bu durumda pay defterine güven korunmamaktadır. Ticaret sicili ve tapu sicilinde geçerli olan aleniyet ilkesi, pay defteri bakımından söz konusu değildir. Bu durum pay defterini blok zinciri ile çalışmasını kolaylaştırmaktadır.

TTK m. 499 uyarınca anonim şirket, senede bağlanmamış, pay ve nama yazılı pay senedi sahipleriyle, intifa hakkı sahiplerini, ad, soyad,

---

s.31, <http://publica.fraunhofer.de/documents/N-438569.html>. (Erişim Tarihi: 27.12.2021)

<sup>24</sup> TTK m.32/I uyarınca sicil müdürü, tescil için aranan kanuni şartların var olup olmadığını incelemekle yükümlüdür.

<sup>25</sup> Schubert, s.11.

<sup>26</sup> TTK m.499/I uyarınca şirket, senede bağlanmamış, pay ve nama yazılı pay senedi sahipleriyle, intifa hakkı sahiplerini, ad, soyad, unvan ve adresleriyle, pay defterine kaydeder.

unvan ve adresleriyle, pay defterine kaydeder. Pay defterine kayıt zorunluluğu şirket esas sözleşmesinin sicile tescili ile başlar. Zira şirketin ticaret sicile tescil ile pay senedi çıkarılmasa dahi pay kendiliğinden doğar. Pay defteri tutmak, yönetim kurulunun görevidir<sup>27</sup>.

TTK m.594 uyarınca limited şirket, esas sermaye paylarını içeren bir pay defteri tutar. Ortakların, adları, adresleri, her ortağın sahip olduğu esas sermaye payının sayısı, esas sermaye paylarının devirleri ve geçişleri itibari değerleri, grupları ve esas sermaye payları üzerindeki intifa ve rehin hakları, sahiplerinin adları ve adresleri bu deftere yazılır. Limited şirketlerde pay defteri müdür tarafından tutulur.

Pay defterinde bulunan kayıtlar açıklayıcı niteliktedir ve pay sahipliğine aksi her zaman ispatlanabilir bir karine teşkil etmektedir. Bu sebeple mülkiyetin kazanılmasında etkisi yoktur. Pay defteri payların mülkiyeti ve pay sahipliği bakımından aksi ispat edilebilir bir karine oluşturur.<sup>28</sup>

Tapu sicilinde olduğu gibi sicile güven ilkesinin pay defteri bakımından söz konusu olmaması sebebiyle kayıtlardaki bilgilerin doğruluğuna ilişkin güvenlik tedbirlerinin aynı düzeyde olması gerekmektedir. Pay defterinin bu özelliği blok zinciri kullanımına da imkân tanımaktadır.

Şirket pay sahipliğinin tespiti, günümüzde ülkelerin güvenliği bakımından önemli hale gelmiştir<sup>29</sup>. Diğer yandan alacaklılar ve yatırımcılar bakımından ve sağlıklı bir piyasa işleyişi için bu alanda sağlanacak şeffaf-

---

<sup>27</sup> Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt III*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 2016-2017.

<sup>28</sup> Ünal Tekinalp, *Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları Pay Defteri Hukuku ile*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 97; Soner Altaş, *Sermaye Şirketlerinde ve Kooperatiflerde Pay Defteri*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 26.

<sup>29</sup> Ticaret Bakanlığı tarafından çıkarılan 31446 sayılı ve 06.04.2021 tarihli "Hamiline Yazılı Pay Senetlerinin Merkezi Kayıt Kuruluşuna Bildirilmesi ve Kayıt Altına Alınması Hakkında Tebliğ" ile hamiline yazılı payların, terörün finansmanı ve kara para aklanmasında kullanılması engellenmeye çalışılmaktadır.

lığa ihtiyaç bulunmaktadır. Şirketlerin bünyesinde dağınmık şekilde gerçeleştirilen bu kayıtlar, blok zinciri sayesinde belli standartlar altında gerçekleştirilebilir. Bu şekilde piyasa katılımcılarının ve devlet kurumlarının tespit edilen protokollerde şirket pay defterlerine ulaşması mümkün hale gelmektedir.

Blok zincirinin bu kullanım alanında karşılaşacağı en büyük zorluk, kullanıcıların bu yeni teknolojiye güvenlerini kazanmak olacaktır. Sistemin güvenli şekilde çalışıyor olması, bu yolda atılacak en büyük adım olacaktır<sup>30</sup>. Maliyetler yüzünden düğüm sayısı azaldıkça, sistemin güvenliğinin de azalacak olması, sistemin diğer bir olumsuz yönüdür.

### 3. Mali Kayıtların Oluşturulmasında Blok Zinciri Kullanımı

Blok zinciri teknolojisi, kripto birimler kullanarak şirket mali kayıtlarının şeffaf şekilde tutulmasını sağlayabilir. Kripto şifrelenmiş şirket kayıtları, izin verilen ölçüde şirket pay sahipleri ve diğer menfaat gruplarının incelemesine sunulabilecektir. Bu şekilde mali kayıtlardaki usulsüzlükler ve gerçeğe aykırı beyanların tespiti çok daha kolay hale gelmektedir. Gerçek duruma uygun kayıtlara kolay şekilde erişim, vergi hesaplaması bakımından da kolaylık sağlamaktadır<sup>31</sup>.

Şirket mali kayıtlarının bu kadar kolay erişilebilir olması, borsa dışı şirket yönetimlerinin alışkın oldukları bir durum olmadığı gibi, istedikleri bir durum da değildir. Şirket sırrı olabilecek nitelikteki kayıtların üçüncü kişilerin erişimine açılması şirkete zarar verebilecektir.

Borsada işlem gören şirketler bakımından ise mali kayıtlardaki bu şeffaflık son derece faydalı olacaktır. Her çeyrek dönemde zaten bilanço açıklaması yapan şirketlerin, bu açıklamaları öncesi ve sonrası yaşanan hareketlilik sona ermiş olacaktır. Kontrollerin ve yaptırımların gerektiği gibi uygulanmadığı durumlarda, söz konusu dönemsel açıklamaların kötüye kullanıldığı ve küçük yatırımcıların zarara uğratıldığı, ülkemiz sermaye piyasalarının bir gerçeğidir. Blok zinciri teknolojisi ile sürekli şe-

<sup>30</sup> Welzel/Eckert/Kirstein/Jacumeit, s.26.

<sup>31</sup> Schubert, s.14.

kilde kayıtlara erişim imkânı sağlanması, piyasada manipülasyon alanını daraltacaktır.

Blok zinciri kullanılarak hazırlanan mali kayıtlara sürekli erişimin sağlanması, pay sahiplerinin şirket hakkında doğru bilgilere düzenli olarak erişebilmesini sağlayacaktır. Bilgi asimetrisinin bu şekilde ortadan kaldırılması ile birçok şirket içi anlaşmazlıklardan kaynaklanan davanın, daha açılmadan önüne geçilmiş olacaktır. Şirket denetimi de bu yeni teknoloji ile farklı bir boyutta gerçekleşecek ve maliyeti düşecektir. Sistemli şekilde kaydı yapılan ve şifrelenen veriler üzerinde gerçekleştirilen denetim işleminde, sadece verilerin doğruluğu ve uyumluluğu değerlendirilmeyecek, gerçekleştirilen işlemlerin analizi de yapılabilecektir<sup>32</sup>.

#### 4. Şirket Genel Kurul Toplantılarında Blok Zinciri Kullanımı

Şirket içindeki iletişim, bilgilendirme ve karar alma süreçlerinin gerçekleştiği şirket genel kurulundaki oylamalarda blok zinciri önemli rol oynayabilir<sup>33</sup>. Uluslararası şirketlerin sayısının arttığı günümüzde, online genel kurul düzenlenmesi belirli şartlar altında şirketlere tanınmış bir kolaylıktır. TTK m.1527/V uyarınca, anonim şirketlerde genel kurullara elektronik ortamda katılma, öneride bulunma, görüş açıklama ve oy verme, fizikî katılmanın ve oy vermenin bütün hukuki sonuçlarını doğurmaktadır. Genel kurula elektronik ortamda katılma ve oy kullanma, kapalı anonim şirketler ile hisse senetleri borsaya kote olmamış halka açık anonim şirketler için zorunlu olmayıp, şirketlerin ihtiyarına bırakılmıştır. Pay senetleri borsaya kote edilmiş şirketler bakımından ise genel kurullara elektronik ortamda katılma ve oy kullanma sisteminin uygulanması, zorunlu hâle gelmiştir. Ancak bu genel kurullarda da şirket yönetim kurulunun, toplantı divanının ve bakanlık temsilcisinin toplantı yerinde hazır bulunması gerekmektedir. Anonim Şirketlerde Elektronik Ortamda

---

<sup>32</sup> Özellikle küçük yatırımcıların ve alacaklıların şirketin mevcut durumunu anlaması ve geleceğine ilişkin bir öngörü oluşturabilmesi için gerekli olan detayda denetim raporlarının hazırlanabilmesi, blok zinciri ile hazırlanmış şirket kayıtları sayesinde basit bir hal alacaktır. Açıklama için bkz. Schubert, s.15.

<sup>33</sup> Zetzsche, s. 15.

Yapılacak Genel Kurullara İlişkin Yönetmelik<sup>34</sup> m.9 uyarınca, genel kurul toplantısının fiziki ve elektronik ortamda aynı anda açılması gerekmektedir. Toplantının açılabilmesi için ilgili mevzuattaki şartların yerine getirildiğinin Bakanlık temsilcisince de tespiti zorunludur.

Blok zinciri teknolojisi sayesinde genel kurulun fiziki veya online yapılması önem taşımadan pay sahipleri oylarını kullanıp, görüşlerini ileri sürebileceklerdir. Aynı şekilde bilgi alma ve inceleme hakları da daha etkili şekilde kullanılacaktır. Genel kurul toplantısında bakanlık temsilcisine ihtiyaç kalmadan pay sahipleri merkeziyetsiz bir genel kurul düzenleyerek, güvenli şekilde oylarını kullanabilirler. Bu şekilde toplantı organizasyonunu sağlamak için gerekli fiziki ortamın hazırlanmasına gerek kalmamaktadır. Diğer yandan kavgalı geçen aile şirketi veya kooperatif genel kurullarında karşılaşılan sorunlar bu şekilde ortadan kaldırılabilir. Toplantı salonuna alınmama, toplantıda söz verilmeme veya muhalefetin tutanağa geçirilmemesi gibi şikayetler ortadan kalkacaktır<sup>35</sup>. Blok zinciri kullanılarak gerçekleştirilen genel kurullar aracılığıyla, şirket demokrasilerinin gerçekleştirilmesi bakımından önemli bir engel de aşılmış olacaktır. Genel kurul işleyişine ilişkin sorunların ortadan kaldırılması, şirket faaliyetine ve pay sahiplerinin haklarına ilişkin konuların daha detaylı ele alınmasını mümkün kılacaktır.

Bilgi asimetrisinin gelişen teknoloji ile ortadan kalktığı veya en azından azaldığı bir şirket organizasyonunda, şirket yönetiminde bulunan çoğunluk pay sahiplerinin hukuka aykırı işlemleri de erken safhada tespit edilebilecektir. Bu sayede şirket içi anlaşmazlıkların temelinde yatan en önemli sebeplerden biri ortadan kaldırılmış olmaktadır<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> RG: T.28.08.2012, S.28395.

<sup>35</sup> Genel kurullara ilişkin yaşanan birçok olumsuzluğun temelinde de bu konular yer almaktadır. Konuya ilişkin açıklama için bkz. Gerald Spindler, "Gesellschaftsrecht und Digitalisierung", Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaftsrecht 2018, s.50.

<sup>36</sup> Blok zinciri uygulamaları sayesinde merkezi olmayan bir iletişim yapısı oluşturularak, kurumsal yönetimin önemli bir unsuru olan güçler ayrılığı ilkesi gerçekleştirilmiş olmaktadır.

### III. Akıllı Sözleşmeler

Kavram ilk olarak Nick Szabo tarafından 1994 yılında, ifa aşamasında insan iradesinden arındırılmış ve kendi kendini ifa edebilen sözleşmeler olarak tanımlanmıştır<sup>37</sup>. Akıllı sözleşmeler, önceden programlanmış belirli parametrelerin gerçekleşmesi durumunda sanal veya fiziksel işlem şeklinde bir sonuç oluşturan ve böylece sözleşmeleri bağımsız olarak uygulayan dijital bir protokoldür. Tarafların üzerinde önceden anlaştıkları sözleşme şartlarının gerçekleşmesi durumunda, sözleşme konusu edimler tarafların ek bir tasarrufuna bağlı olmaksızın kendiliğinden ifa edilmektedir<sup>38</sup>. Bu teknoloji sayesinde sözleşmeler otomatik olarak ifa edildiği gibi, irade beyanı ve hukuki işlem benzeri işlemler de gerçekleştirilebilmektedir.

Akıllı sözleşmenin kendisi tek başına bir sözleşme olmayıp, mevcut akdedilen bir sözleşmeyi temsil etmekte ve uygulanmasını otomatikleştirmektedir<sup>39</sup>. Akıllı sözleşmeler beklenmedik değişikliklere (mevzuat veya içtihat değişiklikleri, düzenleme konusundaki değişiklikler) esnek bir şekilde tepki veremez, bu nedenle pratikte geleneksel bir sözleşmeyle birlikte sunulmaktadırlar.

Akıllı sözleşmeler, uygulanmasına yönelik ayrı bir süreç takibine gerek kalmaksızın, çok fazla sayıda sözleşmenin imzalanmasını mümkün kılmaktadır. Bu durum imzalanan sözleşmelerin takibini sağlayacak ayrı bir merkezi yapılanmaya olan ihtiyacı ortadan kaldırarak, tasarruf edilmesini sağlamaktadır.

Algoritmaya dayalı sözleşme akdedilmesinin kilit noktası, program kodunun genel olarak bağlayıcı ve değiştirilemez olduğu esasına dayanan "Kod Kanundur" ilkesidir. Bu ilke sayesinde sözleşmelerin uluslararası düzeyde belirli standartlarda hazırlanması ve uygulanması sağlanmaktadır. Blok zinciri ve akıllı sözleşme teknolojileri birlikte kullanılarak,

---

<sup>37</sup> Nick Szabo, Smart Contracts (1994), [www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html](http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html). (Erişim Tarihi: 27.12.2021)

<sup>38</sup> Tevetoğlu, s.196.

<sup>39</sup> Schubert, s.18; Zetsche, s.4.



şirketin idaresine ilişkin işlemler önemli ölçüde otomatikleştirilebilir. Yönetim kurulu veya gerektiğinde genel kurul tarafından tespit edilen şartların gerçekleşmesi durumunda, otomatik olarak uygulanacak idari işlemler, akıllı sözleşmelerin uygulanması bakımından da elverişli niteliktedir<sup>40</sup>.

Sözleşmenin hazırlanması ve uygulanması sırasındaki insan davranışlarını analiz eden yapay zekâ, basit düzeydeki bu davranışları taklit ederek, angarya sayılabilecek iş yükünden insanları kurtarmaktadır. Birleşme & satın alma işlemleri ve bu işlemler aşamasında gerçekleştirilen inceleme sürecinde akıllı sözleşmeler aktif şekilde kullanılabilir. Süreçlerin otomasyonu ile şirket içinde izlenecek ve denetlenecek işlemlere ilişkin iş yükü ciddi oranda azalacaktır. Söz konusu gelişmeler, yatırımcıların yatırımlarını sürekli ve düzenli olarak kontrol etme imkânı vermektedir. Küçük pay sahiplerinin hakları da, çoğunluk tarafından alınan kararlar öncesi daha fazla bilgilenmiş olmaları sebebiyle, daha etkin şekilde korunabilecektir<sup>41</sup>.

#### **IV. Yapay Zekâ**

##### **B. Tanım**

Yapay zekâ; mümkün olduğunca otonom problem çözme, çevreyi algılama ve buna göre tepki verme, diğer makineler veya insanlarla iletişim kurma ve bağımsız şekilde kendi kendini optimize etme şeklinde tanımlanabilir. Topladıkları bilgilere göre yinelemeli olarak kendilerini iyileştirebilen bu sistemler, görevleri yerine getirmek için insan zekasını taklit etmektedir<sup>42</sup>. Yapay zekâ, mevcut verilere dayalı olarak tahminlerde

---

<sup>40</sup> Akıllı sözleşmelerin yapay zekâ destekli şekilde kullanılması, sözleşme maddelerinin hazırlanması ve uygulanma şeklinin tespitinin de dijital asistanlar tarafından gerçekleştirilebileceği anlamına gelmektedir. Akıllı sözleşmelerin kurumsal yönetim bakımından kullanımı konusunda açıklamalar için bkz. Schubert, s.19.

<sup>41</sup> Schubert, s.20.

<sup>42</sup> Tanımlamalar farklı platformlarda değişiklik gösterse de bu tanım genel olarak kabul görmektedir.

bulunmakta ve işlemler gerçekleştirilmektedir. Gerçekleşen işlemler sonucunda hata yapılması durumunda, bu hatalardan ders alınarak, daha doğru tahminler ve işlemler gerçekleştirilmektedir<sup>43</sup>. Anlam keşfetme, akıl yürütme veya geçmiş deneyimlerden ders çıkarma gibi insan gelişiminin de ön şartı olan süreçler, yapay zekâ geliştirilmesinde de kullanılmaktadır<sup>44</sup>.

Özelliklerine göre yapay sistemler, güçlü veya zayıf yapay zekâ olarak ayrılabilir. Zayıf yapay zekâ belirli bir uygulamayla sınırlı olarak faaliyet gösterir. İnsan beynini taklit eden güçlü bir yapay zekâ ise tüm alanlarda öğrenme yeteneğine sahiptir. Toplanan veriler arasındaki bağlantıyı kurabilmesi amacıyla, beynin bilgi işlemesine benzer sinir ağları oluşturulur. Oluşturulan ağ katmanları sayesinde, karmaşık bilgi yığınları derin öğrenme süreci ile sinir ağları tarafından işlenebilir. Bu şekilde eldeki veriler farklı katmanlara ayrılarak, önce küçük parçalar halinde işlenir, sonrasında bir sonuç veya karar elde edebilmek amacıyla tekrar birleştirilebilir<sup>45</sup>.

### C. Yönetim Kurulunda Yapay Zekâ Kullanımı

Yönetim kurulu, somut durumun şartlarını değerlendirip, ona göre karar almak zorunda olan anonim şirket organıdır. Yapay zekâ ise yalnızca kendisine sunulan verilere dayanarak kararlar verebilmektedir. Yapay zekanın ideal kararı alabilmesi, ancak piyasaya, rakiplere ve diğer bütün dinamiklere ilişkin verinin kendisine sunulması ile mümkün olacaktır.

Yapay zekanın ilk aşamada yönetim kurulu üyesi olması öngörülmemektedir. Yönetim kurulu danışmanı olarak değerlendirilmesi daha

---

<sup>43</sup> Detaylı açıklama için bkz. <https://azure.microsoft.com/tr-tr/overview/what-is-artificial-intelligence/#how>. (Erişim Tarihi: 27.12.2021)

<sup>44</sup> Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi internet sitesinde bu konuda kapsamlı açıklamalara yer vermektedir, bkz. <https://cbddo.gov.tr/sss/yapay-zeka/>. (Erişim Tarihi: 27.12.2021)

<sup>45</sup> Yapay zekâ farklı yöntemler kullanılarak da oluşturulabilir. Anahtar teknoloji, makine öğrenimidir. Açıklama için bkz. Schubert, s.26, 27.

uygun olacaktır<sup>46</sup>. Ticari Karar İlkesi (Business Judgment Rule) kapsamında, olması gereken davranış modeline ilişkin veri sağlayabilir. Yapay zekâ tarafından yapılan değerlendirmeye bağlı kalınarak alınan kararların hangi şartlar altında hukuka aykırı olarak değerlendirilebileceği, yapay zekanın değerlendirmeye aldığı verilerin sıhhatine ve çalışma şartlarını belirleyen algoritmanın hukuka uygun çalışıp çalışmadığına bağlıdır. Yapay zekâ tarafından alınan kararlar mutlak anlamda hukuka uygun kararlar olarak değerlendirilemez.

Sorumluluğunun sınırları Ticari Karar İlkesi ile belirlenen yönetim kurulunun, yapay zekâ kullanması durumunda sorumluluğunun hafifleyeceği açıktır. Peki bu durumda yönetim kuruluna yapay zekâ kullanmak yükümlülüğü getirilebilir mi?

Ticari Karar İlkesi, yönetim kuruluna karar verme özgürlüğü vermektedir. Ancak bu özgürlük, yönetim kurulu tarafından kararların gerekli ve yeterli bilgi ile alınması halinde söz konusu olmaktadır. Doğru verilere dayalı olarak ve gerekli özen gösterilerek alınması halinde, karar zarara sebep de olsa TTK m. 369 ve 553 kapsamında öngörülen Ticari Karar İlkesi uyarınca sorumluluk doğmamaktadır. TTK m.369'da öngörülen yönetim kurulunun göstermesi gereken özen, yapay zekanın kullanılması konusunda ona yükümlülük getirmektedir<sup>47</sup>.

Yapay zekâ bünyesinde kullanılan algoritmaların hatalı olması, beraberinde alınan kararların da hatalı olması sonucunu getirecektir. Bu sebeple yapılan işin niteliğine göre, yapay zekâ kullanılıp kullanılmayacağına ve kullanılacak ise uygun bir yapay zekâ uygulamasına karar vermek yönetim kurulunun özen yükümü kapsamında alması gereken kararlardır.

---

<sup>46</sup> Yapay zekanın yönetim kurulu danışmanı olarak görev yapması, duygusal kararların alınmasına karşı ciddi bir engel oluşturacaktır. Toplanan verilerin yapay zekâ tarafından işlenerek yönetim kuruluna bir öngörü sunulması, yönetim kurulu tarafından sağlıklı kararların alınmasını kolaylaştıracaktır.

<sup>47</sup> Yönetim kurulu tarafından yapay zekâ kullanımına ilişkin geniş açıklama için bkz. Güçlütürk.

Diğer yandan yönetim kurulunun görevlerinden olan genel kurul düzenlenmesi konusunda yapay zekâ önemli rol oynayabilir. Şirket pay sahiplerine eşit mesafede, ortakların iradelerinin toplantı ortamına ve tutanağına yansıdığı bir genel kurul düzenlenmesine, yapay zekâ aktif şekilde katkıda bulunabilir<sup>48</sup>.

Anonim şirket yönetim kuruluna tüzel kişi yönetim kurulu üyesi de atanabilir. Ancak TTK m.359/II uyarınca bir tüzel kişi yönetim kuruluna üye seçildiği takdirde, tüzel kişiyle birlikte, tüzel kişi adına, tüzel kişi tarafından belirlenen, sadece bir gerçek kişi de tescil ve ilan olunmaktadır. Bu şekilde gerçek kişilerden oluşan bir yönetim kurulu oluşmaktadır. Yapay zekaya yönetim yetkisi verilebilmesi, e-kişi ve sorumluluk başlıklarındaki tartışmaların sonuçlanarak hukuki kişilik verilmesine bağlıdır<sup>49</sup>.

#### D. SONUÇ

Blok zinciri, yapay zekâ ve akıllı sözleşmeler gibi yenilikler, şirketlerin yönetim ve denetiminin, hesap verilebilirlik, şeffaflık, sorumluluk ve adillik ilkeleri çerçevesinde yürütülmesi bakımından, bize oldukça kullanışlı bir alet seti sunmaktadır. Yönetim ve denetim yapısının birbirinden tamamen ayrılmasının ön şartı olan bilgi asimetrisinin giderilmesi, bu yeni araçlar sayesinde ulaşılması mümkün bir hedef haline gelmektedir.

Ticaret siciline tescilde, pay defteri kayıtlarının ve mali kayıtların oluşturulmasında ya da şirket genel kurul toplantısının gerçekleştirilmesinde blok zinciri kullanımını, kademeli olarak ve dönemin şartlarından da

---

<sup>48</sup> Yapay zekanın yönetim kurulu karar alma sürecinde yer aldığı durumlarda, alınan kararların önyargılı veya menfaat çatışması doğrultusunda alınması engellenebilecektir.

<sup>49</sup> Yapay zekanın yönetim kurulunda görev almasına ilişkin tartışmalar için bkz. Meltem Karatepe Kaya, "Yapay Zekanın Şirket Yönetimine Olası Katkılarının Türk Şirketler Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi Ve Yapay Zekanın Hukuki Statüsünün Belirlenmesinde Şirketler Hukukundan Çıkarılabilecek Dersler", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XXV, Y. 2021, Sa. 3, S.69-97; Osman G. Güçlütürk. *Anonim Şirket Yönetiminde Yapay Zekanın Kullanılması ve Sorumluluğa Etkisi*, On İki Levha Yayıncılık, 2021.

etkilenecek uygulama bulabilecektir. Aynı şekilde şirket işleyişinde akıllı sözleşmelerin kullanılması ve yönetim kurulunun faaliyetlerinde yapay zekanın yer alması, çokta uzak olmayan gelecekte değerlendirilmesi ve düzenlenmesi gereken başlıklar olarak not edilmesi gerekmektedir.

Yeni teknolojilerin şirket organizasyonu içerisinde yer alması, şirketler bakımından ek bir maliyet olmakla birlikte, şirketlerin uluslararası düzeyde daha fazla denetlenebilir olmasını sağlaması sebebiyle değer artırıcı bir yönü de bulunmaktadır. Bu tür dijital kontrol mekanizmalarının şirket yapılarında dünya ile eş zamanlı kullanılması, uluslararası yatırımların ülkemize çekilmesi bakımından da önem arz etmektedir. Bu kapsamda özellikle borsada işlem gören şirketlerin, dünyada kabul gören dijital teknolojileri kullanmaları konusunda desteklenmeleri yerinde olacaktır.

## ZUSAMMENFASSUNG

*Am Ende von 25 Jahren Entwicklung und Transformation begann das virtuelle Universum seine eigene Dynamik zu entwickeln. Insbesondere Technologien wie künstliche Intelligenz und Blockchain sind in der digitalen Welt entstanden und bieten im Vergleich zu traditionellen Geschäftsmethoden in der realen Welt viele Annehmlichkeiten. Innovationen wie Blockchain, künstliche Intelligenz und Smart Contracts bieten uns ein sehr nützliches Instrumentarium, um Unternehmen im Rahmen der Prinzipien von Rechenschaftspflicht, Transparenz, Verantwortung und Fairness zu führen und zu überwachen. Die Beseitigung der Informationsasymmetrie, die eine Voraussetzung für die vollständige Trennung der Führungs- und Prüfungsstruktur ist, wird durch diese neuen Instrumente zu einem Ziel, das erreicht werden kann.*

*Die in der Unternehmensorganisation eingesetzten Tools können sich den Entwicklungen in der digitalen Welt nicht entziehen. Es ist klar, dass diese Innovationen dazu beitragen werden, die im Rahmen der Corporate-Governance-Grundsätze gesetzten Ziele zu erreichen. Andererseits sollte jedoch nicht vergessen werden, dass es wie bei jeder Innovation Nebenwirkungen geben wird, und diese Tools sollten verwendet werden, indem diese Auswirkungen antizipiert werden.*

*Die Verwendung von Blockchain bei der Registrierung des Handelsregisters, der Erstellung der Aktienbuchaufzeichnungen und Finanzaufzeichnungen oder der Durchführung der Hauptversammlung der Gesellschaft wird schrittweise und unter Berücksichtigung der Bedingungen des Zeitraums angewendet. Ebenso sind der Einsatz von Smart Contracts im Betrieb des Unternehmens und die Einbeziehung künstlicher Intelligenz in die Vorstandstätigkeit als Themen zu nennen, die in nicht allzu ferner Zukunft evaluiert und geregelt werden sollten.*

*Wenn man bedenkt, dass die Blockchain international nach den gleichen Regeln funktioniert, können die auf einer solchen Plattform gemachten Aufzeichnungen leicht einen internationalen Charakter bekommen. Auf diese Weise können beispielsweise die Informationen im Handelsregister einfach auf internationaler Ebene veröffentlicht werden.*

*Die Bestimmung der Unternehmensbeteiligung ist heute im Hinblick auf die Sicherheit der Länder wichtig geworden. Andererseits braucht es in diesem Bereich Transparenz gegenüber Gläubigern und Investoren und ein gesundes*

*Funktionieren des Marktes. Diese Aufzeichnungen, die in den Unternehmen verstreut durchgeführt werden, können dank der Blockchain unter bestimmten Standards durchgeführt werden. Auf diese Weise wird Marktteilnehmern und staatlichen Institutionen der Zugriff auf die Aktienbücher der Unternehmen in den festgelegten Protokollen ermöglicht.*

*Dank der Blockchain-Technologie können Aktionäre ihre Stimme unabhängig davon abgeben, ob die Generalversammlung physisch oder online stattfindet. Aktionäre können sicher abstimmen, indem sie eine dezentrale Hauptversammlung abhalten, ohne dass ein Ministeriumsvertreter benötigt wird, der in der Hauptversammlung für Ordnung sorgt. Auf diese Weise ist es nicht erforderlich, die erforderliche physische Umgebung für die Organisation des Meetings vorzubereiten. Andererseits können auf diese Weise die Probleme im Familienunternehmen oder in kollidierenden Genossenschaftsversammlungen beseitigt werden. Beschwerden wie Nichtzulassung zum Sitzungssaal, Nichtreden in der Sitzung oder Nichtaufnahme des Widerspruchs in das Protokoll werden beseitigt. Dank der mittels Blockchain abgehaltenen Generalversammlungen wird ein wichtiges Hindernis für die Verwirklichung von Unternehmensdemokratien überwunden. Die Beseitigung der Probleme im Zusammenhang mit der Durchführung der Hauptversammlung wird es ermöglichen, sich ausführlicher mit den Fragen im Zusammenhang mit der Tätigkeit der Gesellschaft und den Rechten der Aktionäre zu befassen.*

*Innovationen wie Blockchain, künstliche Intelligenz und Smart Contracts bieten uns ein sehr nützliches Instrumentarium, um Unternehmen im Rahmen der Prinzipien von Rechenschaftspflicht, Transparenz, Verantwortung und Fairness zu führen und zu überwachen. Die Beseitigung der Informationsasymmetrie, die eine Voraussetzung für die vollständige Trennung der Führungs- und Prüfungsstruktur ist, wird durch diese neuen Instrumente zu einem Ziel, das erreicht werden kann.*

*Die Einbindung neuer Technologien in die Unternehmensorganisation ist ein zusätzlicher Kostenfaktor für Unternehmen, hat aber auch einen wertsteigernden Aspekt, da sie Unternehmen international prüffähiger macht. Die gleichzeitige Nutzung solcher digitaler Steuerungsmechanismen in Unternehmensstrukturen mit der Welt ist auch wichtig, um internationale Investitionen in unser Land zu holen. In diesem Zusammenhang wäre es angebracht, börsennotierte Unternehmen dazu zu ermutigen, weltweit akzeptierte digitale Technologien einzusetzen.*

**KAYNAKÇA**

- ALTAŞ Soner, *Sermaye Şirketlerinde ve Kooperatiflerde Pay Defteri*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- GÜÇLÜTÜRK Osman G., *Anonim Şirket Yönetiminde Yapay Zekanın Kullanılması ve Sorumluluğa Etkisi*, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- HOMMELHOFF Peter/HOPT Klaus J./WERDER Axel, *Handbuch Corporate Governance*, Köln/Stuttgart 2003.
- JENSEN Michael C. / MECKLING William H, *Journal of Financial Economics*, Vol. 3 (1976), s.305-360.
- KARATEPE KAYA Meltem, "Yapay Zekanın Şirket Yönetimine Olası Katkılarının Türk Şirketler Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi ve Yapay Zekanın Hukuki Statüsünün Belirlenmesinde Şirketler Hukukundan Çıkarılabilecek Dersler", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XXV, Y. 2021, Sa. 3, S.69-97.
- ONBULAK Erkmen, "Kurumsal Yönetim ve Türkiye Yansımaları", *Sosyal Siyaset Konferansları / Journal of Social Policy Conferences* Sayı / Issue: 72 – 2017/1, 101-126.
- PULAŞLI Hasan, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt III*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 2016-2017.
- SCHUBERT Nicolaus Emmanuel, "Digital Corporate Governance: Möglichkeiten für den Einsatz neuer Technologien im Gesellschaftsrecht", Institut für Wirtschaftsrecht, Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht, Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Beiträge zum transnationalen Wirtschaftsrecht, 166. Sayı, Eylül 2019.
- SPINDLER Gerald, "Gesellschaftsrecht und Digitalisierung", *Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaftsrecht* 2018, s.17-55.
- TEKİNALP Ünal, *Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları Pay Defteri Hukuku ile*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- TEVETOĞLU Mete, "Ethereum Ve Akıllı Sözleşmeler", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – İnÜHFD* 12(1): 193-208 (2021).



- TÜSİAD (2002), Kurumsal Yönetim En İyi Uygulama Kodu: Yönetim Kurulunun Yapısı ve İşleyişi. İstanbul, TÜSİAD Yayınları.
- ÜNAL Gökhan/ULUYOL Çelebi, "Blok Zinciri Teknolojisi", *Bilişim Teknolojileri Dergisi* Cilt:13, Sayı: 2, Nisan 2020.
- WELZEL Christian/ ECKERT Klaus-Peter/ KIRSTEIN Fabian/ JACUMEIT Volker, Kompetenzzentrum Öffentliche Informationstechnologie (Fraunhofer Institut), Mythos Blockchain: Herausforderung für den öffentlichen Sektor, <http://publica.fraunhofer.de/documents/N-438569.html>.
- WILLIAMSON Oliver E, "Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations", *Journal of Law and Economics*, The University of Chicago Press., Sayı. 22, No. 2 (Ekim, 1979), s.233-261.
- ZETZSCHE Dirk, "Corporate Technologies – Zur Digitalisierung im Aktienrecht", Die Aktiengesellschaft 2019, s.1-17.

#### **İnternet Kaynakları:**

- <http://www.kurumsalyonetimkutuphanesi.com/Articles/Details/eab28f5a-723c-447f-9757-03502e57df53>.
- <https://www.weforum.org/agenda/2018/03/blockchain-bitcoin-explainer-shiller-roubini>.
- <https://tr.wikipedia.org/wiki/Blokszinciri>.
- <https://www.oecd.org/daf/ca/Corporate-Governance-Principles-TUR.pdf>.
- <https://www.dcgk.de//files/dcgk/usercontent/de/download/kodex/170424Kodex.pdf>.
- <https://azure.microsoft.com/tr-tr/overview/what-is-artificial-intelligence/#how>.
- <https://cbddo.gov.tr/sss/yapay-zeka/>.
- <https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html>.
- <https://www.spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/66>.

**Yeniden Birleşme (*Wiedervereinigung*) Sonrasında Demokratik  
Almanya Cumhuriyeti'ndeki Kamu Görevlilerinin Arındırılmasının  
(*Lustration*) İnsan Hakları ve Hukuk Devleti Açısından  
Değerlendirilmesi**

**Die Bewertung der Säuberung des öffentlichen Dienstes der DDR  
nach der Wiedervereinigung im Lichte der Menschenrechte und  
Rechtsstaatlichkeit**

Dr. Öğretim Üyesi Ahmet Mert Duygun\*

**ÖZ**

*Büyük toplumsal dönüşüm ve siyasal rejim değişimlerinin yaşandığı dönemlerin kaçınılmaz sonuçlarından birisi de geçmişle yüzleşme süreci ve geçiş dönemi adaletidir. Geçmişle yüzleşmenin araçlarından en önemlilerinden birisi de idari teşkilatın yeniden yapılandırılması aşamasında, insan hakları ihlaline yol açan kamu görevlilerinden devletin arındırılmasıdır. Bunun en önemli örneklerinden birisini de 1990 senesinde Demokratik Almanya Cumhuriyeti ve Federal Almanya Cumhuriyeti'nin birleşmesi sonrasında yaşanan arındırma süreci(lustration) oluşturmaktadır. İşte bu çalışmada bu süreci doğuran olaylar, arındırma faaliyetlerinin pozitif hukuktaki kaynakları, idare tarafından uygulanması ve yargı kararlarında bu arındırma faaliyetlerine yönelik değerlendirmeler tüm yönleriyle ele alınacak ve karşılaştırmalı hukuk ışığında Federal Almanya Cumhuriyeti'nde 1990 senesi sonrasındaki arındırma faaliyetlerinin hukuk devleti ile ne ölçüde bağdaştığı tartışılacaktır.*

**Anahtar Kelimeler:** Arındırma, hukuk devleti, masumiyet karinesi, geçiş dönemi adaleti

---

\* Dr. Öğr. Üyesi, İzmir Bakırçay Üniversitesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, ahmetmert.duygun@bakircay.edu.tr, Dr., ORCID ID: orcid.org/0000-0002-7519-6170.

**The Evaluation of the Public Officers in the Democratic Republic of Germany After Wiedervereinigung in terms of Human Rights and the Rule of Law**

**ABSTRACT**

*One of the inevitable consequences of periods of major social transformation and political regime changes is the process of confrontation with past and the transitional justice. Therefore, one of the most important ways to confront with the past is to the remove public officials from the state who caused human rights violations during the reconstruction of the administrative organization. One of the most significant example of this policy is the purification process (lustration) that took place after the unification of the German Democratic Republic and the Federal Republic of Germany in 1990. In this study, the events that led to this process, the sources of purification activities in positive law, the implementation by the administration and the evaluations of these purification activities in judicial decisions will be considered in all aspects and in the light of comparative law, it will be discussed to what extent the purification activities post-1990 in the Federal Republic of Germany are compatible with the rule of law.*

**Keywords:** Lustration, Rule of law, Presumption of innocence, Transnational justice

**1. Giriş**

15 Temmuz 2016 askeri darbe girişimi sonrasında Türkiye’de ilan edilen olağanüstü hâl rejiminin en önemli sonuçlarından birisi, çıkarılan olağanüstü hâl kararlarıyla çok sayıda kamu görevlisinin kamu görevinden ihraç edilmiş olmasıdır. Bu ihraçlara ilişkin tartışmalarda, sıklıkla 1990’lı senelerde Post-Sovyetler ülkelerinde yaşanan arındırma (*Lustration*)<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> II. Dünya Savaşı sonrasında totaliter devletlerin çöküşü sonrasında ilk örneklerle-

süreçlerine referans verilmiştir.<sup>2</sup> Bu ülkelerin başında ise Demokratik Almanya Cumhuriyeti (DDR) gelmektedir; çünkü bu ülkenin Federal Almanya Cumhuriyeti ile 1990 senesinde imzaladığı birleşme sözleşmesi (*Einigungsvertrag*) sonrasında bu ülkede (DDR) görev yapmış çok sayıda kamu görevlisi ihraç edilmiştir. İşte bu çalışmada öncelikle Federal Almanya ve DDR arasındaki birleşme süreci gerek tarihsel gerek anayasal boyutlarıyla ele alınacak; ardından birleşme sözleşmesinin genel hükümlerine değinildikten sonra; birleşme sonrasında DDR'de yer alan bazı kamu görevlilerinin tasfiyesinin hangi usul ile yapıldığı aktarılacaktır. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde Federal Alman yargısının ve uluslararası insan hakları yargısının bu tasfiye hareketlerine ilişkin verdiği kararlar ele alınacak; bu değerlendirme yapılırken karşılaştırmalı hukuktaki arındırma(tasfiye) hareketlerine de değinilecektir. Son olarak Yeniden Birleşme sonrasındaki geçmişe yüzleşme adaleti genel hatlarıyla ele alınıp; DDR kamu görevlilerinin tasfiye edilmesinin insan haklarıyla bağdaşma ölçüsüne ilişkin nihai değerlendirmeler aktarılacaktır. Bu aktarımın, Türkiye'deki 2016 sonrasındaki arındırma faaliyetleri açısından önemi de hiç şüphesiz vurgulanacaktır.

---

rini Almanya, İtalya gibi ülkelerde görebileceğimiz *Lustration* (arındırma) kavramı, Orta Doğu ve Avrupa ülkelerinde post-komünizm sonrası dönemde savaş suçları, soykırım, terör gibi insanlığa karşı işlenmiş suçlara karışmış olan kamu görevlilerinin kurulan yeni demokratik düzende kamu gücünü demokratik düzene uygun biçimde kullanmayacağına ilişkin makul bir şüphe bulunması sebebiyle kamu hizmetinden çıkarılmalarını hatta özel sektörde dahi belirli işleri yapmalarının yasaklanmasını ifade etmektedir. Arındırma hareketlerine ilişkin tanım için bkz. Cemil Kaya, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kamu Görevlilerinin Sadakat Yükümlülüğü", *Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu*, 11 Mayıs 2017, Danıştay Yayınları, No:93, Ankara, 2017, s. 42.

<sup>2</sup> Örneğin Cumhurbaşkanlığı sözcüsü İbrahim Kalın, yakın tarihli açıklamalarında 1990'da "iki Almanya'nın birleşmesi sonrasında eski Doğu Almanya vatandaşı 500 bin memurun Doğu Almanya istihbarat örgütü STASI için çalıştığı iddiasıyla işten çıkarıldığını" hatırlatmıştır.

<https://www.haberturk.com/cumhurbaskanligi-sozcusu-ibrahim-kalin-berlinde-konustu-2543787> (Erişim tarihi: 31.03.2022)

## 2. Yeniden Birleşmenin Tarihi ve Anayasal Dayanakları

İkinci Dünya Savaşı sonrasında Weimar Cumhuriyetini ortadan kaldıran Nasyonal Sosyalizm'in mağlup edilmesi üzerine Cumhuriyet'in topraklarında kurulan iki farklı devletin yeniden birleşmesi, her iki devlette de anayasa hukuku açısından tartışmalara yol açmıştır. Federal Alman Cumhuriyeti anayasa hukuku açısından yeniden birleşmeyi bir devlet görevi olarak ifade eden Bonn Anayasası'nın başlangıç kısmı ve 23. maddesi bu konuda gerekli anayasal dayanağı oluştursa da yine de hukukun yapılan kapsamlı tartışmaları sonlandıramamıştır.<sup>3</sup> Nitekim Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nde 1989 devriminin itici gücü olan toplumsal hareketlerin ilk talebi, birleşmeden öte Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nin bağımsız<sup>4</sup> ve demokratik bir hukuk devleti olarak yeni bir anayasaya sahip olmasıdır.<sup>5</sup> Şüphesiz bu talepler bir anda ortaya çıkmamıştır. Varşova Paktı'nın başat ülkesi Sovyetler Birliği'nde o dönem Mihael Gorbaçov'un Komünist Parti Genel Sekreteri olmasıyla başlayan reform süreci, DDR'de devlet katında olmasa da toplumda bu zamana dek sesini yükseltmemeyen, sadece yer altında ya da Kilise çatısı altında toplanabilen<sup>6</sup> muhalif sesleri cesaretlendirmiş ve 1987 Eylül'ünde çok sayıda muhalif grup "Barış Yürüyüşü (*Friedensmarch*)" isimli çatı örgütü altında birleşmeye karar vermiştir.<sup>7</sup> Toplumsal muhalefet için dönüm noktası olan bir başka olay ise 7.5.1989 tarihinde yapılan yerel seçimlerdeki

---

<sup>3</sup> Yeniden Birleşmeyi sağlayan 1989 Devriminin Federal Almanya ve DDR anayasa hukuku açısından etkilerine ilişkin bkz. Stephan Jaggi, "Revolutionary Constitutional Lawmaking in Germany- Rediscovering the German 1989 Revolution", *German Law Journal*, Vol. 17, No.04, s.579-629.

<sup>4</sup> Buradaki bağımsızlıkla kastedilen şüphesiz o zaman tüm Varşova Paktı üyesi ülkeler üzerinde olduğu gibi DDR üzerinde de önemli bir etkiye sahip olan Sovyetler Birliği'nden bağımsızlıktır.

<sup>5</sup> Jaggi, s. 585.

<sup>6</sup> Bkz. Ulrich Maehlert, *Kleine Geschichte der DDR*, C.H. Beck Verlag, 7. Auflage, München 2010, s.153.

<sup>7</sup> Bu hususta bkz. Dietmar Willoweit, *Deutsche Verfassungsgeschichte- Vom Frankreich bis zur Wiedervereinigung Deutschlands*, 7. Auflage, C.H Beck Verlag, München 2013, s.435.

usulsüzlüklerin<sup>8</sup> ayyuka çıkması olmuş; bu seçimlerin ardından DDR'in Leipzig kentinde büyük gösteriler düzenlenmeye başlamıştır. Aynı dönemde bir başka sosyalist devlet olan Macaristan ise komşusu Avusturya ile sınırlarını gevşetmiş ve çok sayıda<sup>9</sup> DDR vatandaşı böylece Avrupa'nın çeşitli yerlerindeki Batı Almanya büyükelçiliklerine sığınmaya başlamıştır.<sup>10</sup> Her pazartesi Leipzig'te toplanan göstericileri şiddet yolu ile bastıramayan DDR bürokrasisi, kendi içerisinde kadro değişimi ile büyüyen dalgayı çözmeyi denemiş; Devlet Başkanı ve aynı zamanda DDR'in resmi partisi olan Alman Sosyalist Birlik Partisi (*Sozialistische Einheitspartei Deutschlands-SED*) lideri Honecker istifa etmiş; yerine geçen Egon Krenz başkanlığında Bakanlar Kurulu ise DDR sınırları dışına çıkışı kolaylaştırarak krizi sonlandırmayı denemiştir.<sup>11</sup> 4 Kasım'da yüzbinlerce kişinin Doğu Berlin sınırına yürümesi üzerine, 7 Kasım'da yeni Seyahat Kanunu (*Reisegesetz*) ilan edilmiş ancak bu kitleleri memnun etmemiş; 9 Kasım'da ise DDR rejimi sınırları açmak zorunda kalmıştır.<sup>12</sup>

Bu gelişmenin ardından DDR rejimi için sonun başlangıcının geldiğini söylemek mümkündür. Nitekim bu gelişmelerden sonra sadece alt kademelerde çok sayıda parti üyesinin/yöneticisinin değil, üst kademelerdeki yöneticilerin de görevden ayrıldığı görülmüştür.<sup>13</sup> Honecker'in halefi Egon Krenz de bu dönemde istifa etmiş ve onun yerini alan Hans Modrow önderliğinde DDR rejimi muhalefetin önde gelenleriyle yuvarlak masa toplantıları düzenlemeye başlamış; bu toplantılarda iki Al-

---

<sup>8</sup> Halihazırda seçimden önce çok sayıda muhalif grup, seçimlerdeki usulsüzlükleri kabul etmeyeceklerini beyan etmişlerdi. Seçimin ardından barış ve çevre hareketinden çok sayıda gözlemci de usulsüzlükleri teyit ederek, protestolara katılmış, daha önce görülmemiş biçimde seçim usulsüzlüklerine dair yüzlerce suç duyurusunda bulunmuştur. Bkz. Maehlert, s.156.

<sup>9</sup> Bu rakamın 25.000 civarında olduğu tahmin edilmektedir. Bkz. Maehlert, s. 159.

<sup>10</sup> Willoweit, s.436.

<sup>11</sup> Willoweit, s.437.

<sup>12</sup> Willoweit, s.437.

<sup>13</sup> Maehlert, s.168.

manya'nın yeniden birleşmesi de gündeme gelmiştir.<sup>14</sup> Federal Almanya Cumhuriyeti Başbakanı Kohl'ün yeniden birleşme için 28 Kasım'da ortaya koyduğu prensipleri Kohl'ün Modrow ile buluşması izlemiştir.<sup>15</sup> Bu görüşmelerde başlangıçta bir ekonomi birliği ve konfederasyon seçenekleri ortaya konmuştur. Ancak anayasacılık açısından dönüm noktasını oluşturan olay ise 21 Şubat 1990 tarihinde alınan kararla ilk defa DDR Anayasasında öngörülen parlamento seçimlerinin özgür biçimde yapılacağı olmuştur. Eş zamanlı olarak DDR parlamentosu bu dönemde sendikal özgürlükler<sup>16</sup>, dernek özgürlüğü, toplanma özgürlüğü gibi temel hak ve özgürlükler konusunda daha özgürlükçü birçok yasal düzenleme yapmıştır.<sup>17</sup> Seçimlere kadar parlamentodaki ezici çoğunluğa sahip olan SED ve diğer muhalefet partilerinin temsil edildiği bir "yuvarlak masa (Runden Tisch)" kurulması ve kararların böylece uzlaşma ile alınması; hatta parlamento dışı muhalefetin dahi Modrow hükümetinde bakanlık düzeyinde temsil edilmesi de bu döneme rastlamaktadır.<sup>18</sup>

---

<sup>14</sup> Bu dönemde Konrad Weiß ve Friedrich Schorlemmer gibi entelektüellerin "DDR komünizmini" eleştirerek daha demokratik - insancıl bir sosyalist alternatif olarak yeni bir DDR modeli önerdiklerini ancak bu önerilerin dönemin atmosferi içerisinde çok arka planda kalarak hayata geçirilemediğini belirtmek gerekir. Bkz. Eckard Jesse, ' "Entnazifizierung" und "Entstafizierung" als Problem- Die doppelte Vergangenheitsbewältigung, in: Vergangenheitsbewältigung durch Recht- Drei Abhandlungen zu einem deutschen Problem ' (Hrsg: Josef Isensee), Duncker&Humblot, Berlin 1992, s.31.

<sup>15</sup> Willoweit, s.437.

<sup>16</sup> DDR döneminde "Hür Alman Sendikalar Birliği" totaliter devletin bir unsuru olup, DDR hukukuna göre izin verilen yegâne sendikayı oluşturmaktaydı. Bu sendikaya üyelik ise zorunluydu. Böylece sendikal özgürlükler pozitif yönüyle tanınmadığı gibi negatif yönüyle de tanınmamaktaydı. Yeniden Birleşme sürecinde bu sendika, büyük bir güç kaybetmiş ve halk arasında kaybetmişliği güvenin sonucunda 30 Eylül 1990 tarihinde kendi kendini feshetmiştir. Bkz. Berndt Keller/ Fred Henneberger, "Bescheaeftigung und Arbeitsbeziehungen im öffentlichen Dienst der neuen Bundesländer", GMH 6/92, s. 337.

<sup>17</sup> Willoweit, s.438.

<sup>18</sup> Maehlert, s.170-171.

18.3.1990 tarihinde yapılan parlamento seçimlerini başta CDU (Hristiyan Demokrat Birlik) olmak üzere birleşme yanlısı partiler önemli bir sandalye çoğunluğuyla kazanmış, ardından 31 Mayıs tarihinde yeni parlamento, sosyalist DDR devlet bürokrasinin devlet kurumlarından tamamen silinmesine karar vermiş ve ardından birleşme için geçici anayasal ilkeleri -ki bu ilkeler esasında 1949 Bonn Anayasası'nın temel ilkeleri ile uyumlaşmayı amaçlamaktadır- kabul etmiştir.<sup>19</sup> Aynı şekilde SED ve onun tarafından kurulan blok partilerinin mal varlığına devlet tarafından el konulmuştur.<sup>20</sup> Yeni dönemde Lothar de Maiziere başbakanlığında kurulan yeni hükümetin ilk eylemi, Federal Almanya Cumhuriyeti ile bir ekonomik birlik sözleşmesi imzalamak ve Alman Markını para birimi olarak kabul etmek olmuştur. Bununla Federal Almanya Cumhuriyeti merkez bankası ve özel sektörün yoğun biçimde DDR topraklarında yatırım yapması hedeflenmiştir; böylelikle %3 ekonomik büyüme ile Doğu Almanya'daki işsizliğin ve altyapı sorunlarının çözülmesi planlanmıştır.<sup>21</sup>

Tüm bu gelişmelerin ardından nihayet “Zwei-Plus Vier (iki artı dört)” anlaşması olarak bilinen ve Sovyetler Birliği, Amerika Birleşik Devletleri, Fransa ve Büyük Britanya'nın yanında her iki Alman devletinin dışişlerinin katılımıyla imzalanan birleşme anlaşması imzalanmış ve her iki devlet 3 Ekim 1990'da bu anlaşmanın yürürlüğe girmesi ile birleşmiştir.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> Willoweit, s.439. 1 Aralık 1989'da yapılan anayasa değişikliği ile SED'in liderlik rolüne vurgu yapan hüküm anayasadan çıkarılmıştır. SED de ismini Demokratik Sosyalizm Partisi (PDS) olarak değiştirmiş ve böylece yeni düzende varlığını korumaya çalışmıştır. Bkz. Maehlert, s.169-170.

<sup>20</sup> Daha sonra bu mallar üzerindeki tasarruflar, DDR malvarlığının tasfiyesi için kurulmuş olan TREUHAND şirketinin iznine bağlı kılınmıştır. Burada belirleyici tarih olarak 7 Ekim 1989 esas alınmış; üyeler tarafından ödenen üyelik aidatlarının geri verilmemesi ise Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından Bonn Anayasası'nın 21. maddesindeki “parti özgürlüğüne” aykırı bulunmamıştır. Tüm bu hususlar için bkz. Wolfgang Däubler, “Bundesdeutsches Arbeitsrecht in der ehemaligen DDR”, *Kritische Justiz*, 1992, Vol. 25, No. 3, s.266.

<sup>21</sup> Manfred Görtemarker, *Geschichte der Bundesrepublik Deutschland- Von der Gründung bis zur Gegenwart*, Fischer Taschenbuch Verlag, München 1999, s.751.

<sup>22</sup> Bu sürece ilişkin bkz. <https://www.lpb-bw.de/weg-zur-deutschen-einheit#:~:text=>



Yeniden Birleşmenin doğurduğu en önemli sorunlardan biri iki Almanya arasındaki hukuk birliğinin nasıl sağlanacağıydı. Bu noktada Yeniden Birleşme Sözleşmesi bu konuda mümkün olduğunca tüketici düzenlemeler içermektedir.

Federal Almanya Anayasası'nın Alman halkının özgür iradesiyle yeni bir anayasa yapabilmesini öngören 146. maddesi ışığında Yeniden Birleşmenin yeni bir anayasa yapılmasını gerektirip gerektirmediği sorusuna ise 3 gerekçeyle olumsuz cevap verilmiştir<sup>23</sup>: 1949 Bonn Temel Kanunu geçici bir anayasal belge olarak düşünülmesine karşın oldukça istikrarlı bir anayasal devleti doğurmuştur; Doğu Almanya'da yaşayanlar ise öncelik olarak yeni bir devletin kurulmasını değil, Batı ile birleşmeyi esas almıştır. Son olarak yeni anayasa yapımında anayasa görüşmelerinin uzamasının birleşmeyi olanaksız hale getireceğinden kaygılanılmaktaydı.<sup>24</sup> Bu nedenlerle bir çalışma grubunun bir anayasa teklifi hazırlamış olmasına rağmen, yeni bir anayasa yapılması yerine Bonn Anayasası'nın 23. maddesindeki birleşme maddesinden faydalanıldı ve anayasanın etki alanı Doğu Almanya'da kurulan yeni eyaletler için de genişletilecek biçimde yorumlandı.<sup>25</sup>

### **3. Yeniden Birleşme Sonucunda Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nde Görev Yapan Kamu Görevlilerinin Tasfiye Süreci**

Merkeziyetçi üniter bir devlet olarak DDR<sup>26</sup>, güçlü yerinden yönetimi reddeden bir yapıya sahipti. Birleşme öncesinde DDR parlamentosu, "DDR Eyaletlerinin Tekrar Kurulmasına İlişkin Kanunu" kabul et-

---

Der%20Vertrag%20vom%2012., Deutschland%20und%20den%20Alliier-  
ten%20gleich. (Erişim tarihi: 30.03.2022)

<sup>23</sup> Willoweit, s.441.

<sup>24</sup> Osman Korkut Kanadoğlu/ Ahmet Mert Duygun, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s.61.

<sup>25</sup> A.g.e.

<sup>26</sup> Nitelendirme için bkz. Christoph Schöeneberger/Matthias Knauff, *Allgemeine Staatslehre*, C.H Beck Verlag, 2. Auflage, München 2013, s.256.

mişti.<sup>27</sup> Böylece 1952’te kaldırılmış olan eski yerinden yönetim birimleri federal devlet yapısı içinde tekrar kurulmuştu. Bu durum 1945 sonrasında Müttefik Kuvvetlerin, Federal Almanya’da değiştirilemez biçimde bir yerinden yönetim teşkilatı kurması ile paralellik göstermektedir. Ancak bu sefer Müttefik Kuvvetlerin o dönem yaptığının (yeni yerinden yönetim birimleri kurmak) aksine Yeniden Birleşmenin ardından federal devlet, bu kez DDR döneminde oluşturulmuş yerinden yönetim birimlerini kaldırmak yükümlüğüyle karşı karşıyaydı.<sup>28</sup>

Federal Almanya ve DDR arasında yapılan Birleşme Sözleşmesi (madde 2 fıkra 3) birleşmenin ardından uygulanacak iktisadi politika olarak sosyal piyasa ekonomisi ve bu politikanın gerektirdiği kurumların (bağımsız bir Merkez Bankası, işveren-işçi arabuluculuğu, zorunlu kaza ve sağlık sigortası) oluşturulmasını öngörmektedir.<sup>29</sup>

Bu önemli düzenlemelerin yanında Federal Almanya ve DDR arasında yapılan Birleşme Sözleşmesi, birleşme sonrasında DDR’nin kamu görevlileri konusunda da düzenlemeler içermektedir. Bu dönemde iki Almanya’nın birleşmesi vesile kılınarak halen monarşist Prusya geleneğini sürdüren ve arkaik yapısı sebebiyle eleştirilen bürokratik yapının ve memurların yaşam boyu çalışma güvencesi de olmak üzere sahip oldukları sosyal güvencelerin değiştirilmesini içeren<sup>30</sup> reformlar önerilmiştir. Böylece mevcut kamu görevlisi rejimi değiştirilmiş olacak; hem nihayetinde DDR’in “entelektüel elitini” oluşturan kimi kamu görevlilerinin (hâkim-savcı ve akademisyenler gibi) yeni düzene katkı vermesi sağlana-

---

<sup>27</sup> Keller/Henneberger, s.331.

<sup>28</sup> Ulrich Battis, in: *Vergangenheitsbewältigung durch Recht- Drei Abhandlungen zu einem deutschen Problem* (Hrsg: Josef Isensee), Duncker&Humblot, Berlin 1992, s. 67.

<sup>29</sup> Battis, s.69.

<sup>30</sup> Örneğin Alman Kamu Hukukçuları Sendikası, “memurluk (*Beamte*)” statüsünün kaldırılarak tüm kamu görevlilerinin aynı düzenlemeye tabi kılınmasını önermiştir.

cak, hem de Doğu Almanya’da yaşayan halkta, kendilerinin “Batı Almanya” tarafından yutulduğu algısının doğması, engellenecektir.<sup>31</sup> Ancak tüm bu öneriler ve görüşler kabul görmemiştir.<sup>32</sup>

Almanya’da, Varşova Paktı’nın yıkılması sonrasındaki diğer Post-Sovyet devletlerin aksine DDR kamu görevlilerinin doğrudan kamu hizmetine devam etmesi öngörülmemiştir. Bunun sebepleri kısaca DDR Dışişleri Bakanlığı gibi belirli kurum-birimlerin kapatılacak olması<sup>33</sup>, DDR’de Federal Alman Cumhuriyeti’ne kıyasla çok sayıda kamu görevlisi olması ve bu kadar çok kamu görevlisini yeni kurulan eyaletlerde istihdam etmenin getireceği mali yükün çok yüksek olmasıdır.<sup>34</sup> Bununla birlikte artık bazı hizmetlerini kamu yerine özel sektörün yerine getirecek olması da bir başka nedendir. Bu sebeple kamunun yürütmeyeceği faaliyet alanları için bu faaliyet alanlarında çalışan kamu görevlilerinin statüsünün ne olacağı hususunda federal ve federe devletler yetkili kılınmış

---

<sup>31</sup> Peter E. Quint, *The Imperfect Union: Constitutional Structures of German Unification*, Princeton University Press, West Sussex 1997, s.166.

<sup>32</sup> Justing Collins, *Democracy’s Guardians- A History of the German Federal Constitutional Court (1951-2001)*, Oxford University Press, Oxford 2005, s. 235.

<sup>33</sup> Däubler, *Bundesdeutsches Arbeitsrecht in der ehemaligen DDR*, *Kritische Justiz*, Vol. 25, No. 3 (1992), s.266.

<sup>34</sup> Keller/Henneberger, s.333-336. Uygulamada ise Federal Almanya’nın kamu hizmetini sağlamak için yeterli sayıda kamu görevlisi istihdam edememesi (*Verbeamtung*) sebebiyle Batı Almanya’dan çok sayıda memur geçici süre için Doğu Almanya’da görevlendirilmiş; bu memurların aldıkları maaş yanında ilave tazminat almaları ise eski DDR kamu görevlilerinin kendilerini ikinci sınıf hissetmesine neden olmuştur. Aynı yönde bkz. Battis, s.76. Örneğin Brandenburg eyaletinde yeni oluşturulan finans idaresini oluşturan (*Finanzverwaltung*) 30 memurun tamamı başkan da dahil Batı Almanya’dan gelen kişilerdi. Yine 21 finans dairesinin tamamı Batı Almanya’dan gelen memurlar ile oluşturulmuş olup, bunların her birinin en az 6 en çok 9 arasındaki sayıdaki danışmanları da Batı Almanya’da yaşamış olan eski memurlardır. Buna karşın çok az sayıda eski DDR kamu görevlisi, federal organlarda memur olarak görev yapabilmıştır.

olup, eyaletlerin de 3 Ağustos 1991 tarihine kadar hangi birimlerin faaliyetine devam edip etmeyeceğine karar vermesi <sup>35</sup>ve Aralık 1992 tarihine kadar memur yasalarını (*Landesbeamtenengesetze*) çıkarması öngörülmüştür.<sup>36</sup> Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden sonraki 3 ayda federal ve federe devletler hangi idari ünitelerin kapanacağı ya da hangi ünitelerin faaliyetine devam edeceği hususunda takdir yetkisine sahipti; ancak bu durum eyaletlerin takdir yetkisine ilişkin herhangi bir sınırlama getirilmemiş olması sebebiyle eleştirilmiştir.

Birleşme Sözleşmesinde; olağan fesih ve olağanüstü fesih olmak üzere iki yolla DDR zamanında kamu görevlisi olan kişilerin sözleşmelerinin feshedilmesi olanaklı kılınmıştır.<sup>37</sup> Burada fesih ile amaçlananın geçmişte kamu görevlisinin yaptığı hatalı davranışın bir yaptırıma tabi kılınmasından öte, gelecekteki kurumsal zararları engelleme amacı güdüldüğü öğretilmektedir.<sup>38</sup> Ancak Federal Hükümetin Birleşme Sözleşmesine ilişkin tutum belgesi ise, çok açık bir biçimde belirli bir davranışın uluslararası hukukta tanınmış ölçütler çerçevesinde değerlendirildiğini göstermektedir.<sup>39</sup>

---

<sup>35</sup> Däubler, "Bundesdeutsches Arbeitsrecht in der ehemaligen DDR", *Kritische Justiz*, 1992, Vol. 25, No. 3, s.166.

<sup>36</sup> Ulrich Fastenrath, Die Regelungen über die Staatennachfolge bei der Vereinigung der beiden deutschen Staaten, *Verfassung und Recht in Übersee / Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, 1. Quartal 1992, Vol. 25, No. 1, s. 80. Aynı yönde bkz. Battis, s.70.

<sup>37</sup> Friedrich- Christian Schroeder/ Herbert Küpper/Axel Bormann, Die rechtliche Aufarbeitung der kommunistischen Vergangenheit in Deutschland in: Die rechtliche Aufarbeitung der kommunistischen Vergangenheit in Osteuropa, Peter Lang Verlag, Frankfurt Am Main 2010, s.85.

<sup>38</sup> Reinhard Künzl, Aspekte des Kündigungsrechts in den neuen Bundesländern, *ArbuR* Heft 7/1992, s.210.

<sup>39</sup> Unterrichtung durch die Bundesregierung Erläuterungen zu den Anlagen zum Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands vom 31. August 1990, Drucksache 11/7817, <https://dserver.bundestag.de/btd/11/078/1107817.pdf> (Erişim tarihi: 31.03.2022) s.180.

Özel hukuk sözleşmesi ile kamu hizmeti gören kişilerin<sup>40</sup> liyakatsizlik yahut çalışılan kurumun yeniden oluşturulması sebepleriyle sözleşmelerin feshedilmesini düzenleyen olağan fesih kurumu, Sözleşme'nin A bölümünün 3. Kısımının 1. maddesinin 4-5. fıkralarında düzenlenmiştir. Bu hüküm esasen "anayasaya sadakat ile bağlı bulunan memurluk kurumunu "kurmak kadar "profesyonel bir bürokrasi" kurma amacı da güdüyordu. Ancak zaman içinde sadakat yükümlülüğünü sağlamak ana erek haline gelmişti.<sup>41</sup>

Bunun dışında ise Sözleşme'nin 20. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesi, kamu hizmetinin mümkün olduğunca "memurlar" eli ile eski DDR topraklarında yürütülmesi hususunda Federal Hükümeti yükümlü kılmıştı. Böylece eski DDR topraklarında iki farklı statüde kamu görevlisi bulunmaktaydı; birincisi idare hukukunun temel ilkelerine bağlı olarak ömür boyu memuriyet hakkına sahip kamu görevlisi iken, diğeri de iş hukukuna bağlı olarak çalışan kamu görevlisiydi<sup>42</sup>. Ancak statüleri ne olursa olsun idare hukuku açısından ise artık birleşmiş olan Federal Almanya'da çalışan tüm kamu görevlilerinin hiyerarşi düzenine tabi olduğu olgusu değişmemekteydi.<sup>43</sup>

Liyakatsizlik sebebiyle kamu görevlilerinin görevine son verilmesindeki<sup>44</sup> amaçlardan biri de DDR kamu görevlilerinin almış oldukları

---

<sup>40</sup> Bu dönem öğretilerde "kamu görevlisinin" kim olduğuna ilişkin tartışmalar yaşanmış; kamu görevlisi dar anlamıyla değil geniş anlamıyla yorumlanarak, DDR topraklarında merkezi ya da yerel yönetimde görev almış "idare" kavramına atfedilebilecek her türlü görevli olarak tanımlanmıştır. Nitekim Federal Alman AYM de aşağıda değinilecek olan "Warteschleifen" kararında kavramın anayasal belirlilik ilkesine aykırı olmadığını tespit etmiştir. Öğretideki görüşlerin özeti için bkz. Künl, s.207.

<sup>41</sup> Derlien, s.205.

<sup>42</sup> Keller/Henneberger, s.334. Yeniden Birleşme Sözleşmesi ile getirilen fesih kurumunun iş hukukundaki genel fesih düzenlemelerine ayrıkısı (*lex specialis*) salt idarenin yeniden düzenlenmesi ile sınırlı bir istisna getirdiği kabul edilmekteydi. Bkz. Künl, s.207.

<sup>43</sup> Peter Badura, Staatsrecht, C.H Beck, München 2012, s. 458.

<sup>44</sup> Dönemin Federal Hükümetinin (*Bundesregierung*) Birleşme Anlaşmasına

eğitim sebebiyle yeni döneme uyum sağlayamayacakları yolundaki yaygın inançtır.<sup>45</sup> Yeniden Birleşme sonrasında 1991 senesinde Federal Almanya'nın başkenti Bonn'da oluşturulan komisyon, özellikle DDR kamu görevlilerinin eğitiminin sadece parti dogmaları esas alınarak yapıldığını; kamu görevlilerinin değişen koşullara uyum sağlayacak şekilde eğitimlerini sağlayacak akademilerin vb. yer almadığını, terfi işlemlerinde de liyakat yerine tamamen partiye ve sisteme sadakatin ön planda olduğunu belirtmiştir.<sup>46</sup> Kamu görevlilerinin bu eksiklerini, birleşme sonrasındaki eğitim (kurs, sempozyum vb.) ile giderme konusundaki girişimler de gerek siyasal nedenler gerekse bu eğitimi yapacak birimlerin kapasite eksikliği sebebiyle başarısız olmuştur.<sup>47</sup>

Bu durum özellikle DDR hukukçularını etkilemiştir; çünkü DDR'in Federal Almanya topraklarına katılımı ve DDR topraklarında da artık Federal Almanya hukukunun geçerli olmasıyla birlikte DDR hukuku sadece kısmi olarak geçmişe yönelik davalarda geçerli olan bir hukuk olarak kalmış; gelecekteki hukuki uyumsuzluklar açısından değerini yitirmiştir. Bu da DDR zamanında hukuk eğitimi almış birçok kişinin bilgisine ihtiyaç duyulmamasına yol açmıştır; öyle ki Berlin'deki Humboldt Üniversitesi'nde

---

İlişkin tutum belgesinde sözleşmesi feshedilecek kamu görevlisinin başka bir pozisyonda istihdam edilmesi mümkünse bunun denenmesi gerektiği ifade edilmekteydi. Bkz. Unterrichtung durch die Bundesregierung Erläuterungen zu den Anlagen zum Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands vom 31. August 1990, Drucksache 11/7817, <https://dserver.bundestag.de/btd/11/078/1107817.pdf> (Erişim tarihi: 31.03.2022) s.180.

<sup>45</sup> Ancak eğer liyakatsizlik sebebiyle sözleşmesi feshedilecek kamu görevlisi belirli bir sürede nitelikli hale getirilebilir durumdaysa; sözleşmesinin feshi hukuka aykırı olacaktır. Bkz. Künzl, s.208.

<sup>46</sup> Hans-Ulrich Derlien, in: *Verwaltungsreform und Verwaltungspolitik im Prozeß der deutschen Einigung / Wolfgang Seibel ...* (Hrsg.). - 1. Aufl. - Baden-Baden, 1993. - s. 193.

<sup>47</sup> Derlien, s.194.

sadece az sayıda hukuk profesörü üniversitede kalabilmiş,<sup>48</sup> çok sayıda DDR üniversitesinin hukuk fakültesi ise kapatılmıştır.<sup>49</sup> Bunların yerine de 7 adet yeni hukuk fakültesi açılması kararlaştırılmıştır.<sup>50</sup>

Benzer biçimde DDR hukuk sisteminde eğitim almış ve bu hukuk sisteminde avukatlık yapmış kişiler de geçiş sürecinde sorunlar yaşamıştır. Öyle ki hiçbir DDR meslek grubunun hukukçular kadar yeniden birleşmenin hedefinde olmadığı ifade edilmektedir.<sup>51</sup> DDR devletinde devlet ve toplumun iç içe geçmesi, devlete karşı halkın çıkarlarını savunan bir sivil toplumun olmayışı, avukat sayısının oldukça az olmasına (DDR sona erdiğinde yaklaşık 600 kadar avukat bulunmaktaydı) ve bu avukatların Adalet Bakanlığı bünyesinde örgütlenmesine neden olmuştur.<sup>52</sup> Avukatların teşkilatlanmasına ilişkin “Meslektaşlar Kanununun” (*Kollegengesetz*) 2. maddesinin birinci fıkrasına göre DDR avukatlarının görevlerinden birisi de “sosyalist kanunilik” ilkesinin<sup>53</sup> güçlendirilmesidir. Bu ilke kapsamında da bireylerin sübjektif çıkarlarını savunmanın sınırının

---

<sup>48</sup> Schroeder/Küpper/Bormann, s.86. Heinz Hillermeier, STASI-Mitarbeiter im öffentlichen Dienst, LKV 1995, s. 142. Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Hans Meyer, “200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin”, *Juristische Zeitung*, 2011, s.357-360.

<sup>49</sup> Quint, s.180. Yazar, bu noktada Nasyonal Sosyalist rejimin çöküşü sonrasında yürütülen “Nazisizleştirme” faaliyetlerinde Nasyonal Sosyalist hukukçuların çoğunun üniversitelerdeki kürsülerini kaybetmediklerine dikkat çekmektedir.

<sup>50</sup> Derlien, s. 191.

<sup>51</sup> Ingo Markovits, “Children of a Lesser God: GDR Lawyers in Post-Socialist Germany”, *Michigan Law Review*, Vol.94:2270, s.2271.

<sup>52</sup> BVerfGE 93,213,2.

<sup>53</sup> Sosyalist kanunilik ilkesine ilişkin bkz. Ernst Hirsch, Was bedeutet Sozialistische Gesetzlichkeit, *Juristen Zeitung*- 9. März 1962, 17. Jahrg., Nr. 5/6 (9. März 1962), s. 149-154. Sosyalist anayasa anlayışına ilişkin genel olarak bkz. İbrahim Özden Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, Legal Yayınevi, 16. Baskı, İstanbul 2021, s.6-8.

Günümüzdeki anayasa metinlerindeki sosyalist anayasacılık anlayışına ilişkin bkz. Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s.122vd.

toplum ve devletin objektif menfaatlerinden asla ayrılamayacağı vurgulanmaktadır.<sup>54</sup> Buna göre avukatın görevi, bireylerin ve Parti'nin (SED) çıkarlarını aynı anda savunmaktır. 1990 yılında DDR'de başlayan özgürleşme hareketlerinin etkisiyle avukatlık mesleğine ilişkin yönetmelik çıkarılmış; ancak bunun yeterli olmaması üzerine bu hukuki işlemi, 13 Eylül 1990 tarihli Avukatlık Kanunu'nun çıkarılması izlemiştir. Avukatlık Kanunu ile kanunun yürürlüğe girdiği döneme değin verilmiş olan tüm avukatlık ruhsatlarının geçerli olması düzenlenmiş; ancak buna istisna olarak ruhsatların iptalini doğuracak olguların ileride ispatlanması gösterilmiştir.<sup>55</sup>

Birleşme Sözleşmesi ile DDR döneminde avukatlık yapma hakkı elde edenlerin durumu da düzenlenmiş; DDR döneminde avukatlık ruhsatına sahip olanların avukatlık yapmaya devam edeceği ve DDR Avukatlık Kanunu'nun yürürlükte kalacağı belirtilmiştir. İlaveten başta yeni kurulan Berlin eyaleti gibi birçok eyalette avukatlık mesleğinin yeniden yapılandırılmasına ilişkin kanun çıkarılmıştır. Ancak bunların hiçbiri federal düzeyde 1992 senesinde çıkarılan "Avukatlık, Noter ve Fahri Yargıçlık Mesleğine Kabulün Yeniden Değerlendirilmesi Hakkında Kanun" kadar etki doğurmamıştır. Bu kanun ile avukatlık mesleği ile bağdaşmayacak ölçüde insanlığa ve hukuk devletine karşı eylemlerde bulunan; özellikle STASI ile iş birliğinde bulunan kişilerin ruhsatlarının geri alınabilmesi düzenlenmiştir.

Bu kanunun sonucunda yapılan uygulamalar bazı avukatların anayasa şikâyeti yoluna başvurması ile Federal Anayasa Mahkemesinin (FAYM) önüne gelmiştir.<sup>56</sup> Mahkeme, yapmış olduğu incelemede öncelikle kamu gücünün işlemlerinin kanuni dayanağı olan "Avukatlık, Noter ve Fahri Yargıçlık Mesleğine Kabulün Yeniden Değerlendirilmesi Hakkında Kanun"un 1. maddesinin 1. fıkrasının anayasaya uygunluğunu incelemiştir. Mahkeme'ye göre kanun meşru bir amaç gütmektedir; çünkü

---

<sup>54</sup> BVerfGE 93,213,3.

<sup>55</sup> BVerfGE 93,213,36.

<sup>56</sup> BVerfGE 93,213,- DDR-Rechtsanwälte. Kararın tam metni için bkz. <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv093213.html> (Erişim tarihi:31.03.2022)



hukuk devleti yargılamanın bir unsuru olan avukatın her türlü devlet etkisinden uzak olmasını ve bu sayede müvekkille avukat arasında bir güven ilişkisinin kurulabilmesini gerektirmektedir<sup>57</sup>. Eğer bir avukata insanlığa ve hukuk devletine karşı fiiller isnat edilirse, bu güvenin sarsılması muhtemeldir. Mahkeme'ye göre bu meşru amaca ulaşmak için kullanılan, avukatlık ruhsatının geri alınması tedbiri orantısız değildir; çünkü yasada belirtilen bu araç sadece bireysel bir inceleme sonucu ve kamunun yararı avukatın ruhsatının geri alınmasından doğan zarardan daha ağır bastığı zaman kullanılacaktır.<sup>58</sup> Aynı zamanda bu aracın gerekli olmadığından da söz edilemez; çünkü avukatlık ruhsatının geri alınması dışında uygulanacak her türlü daha hafif tedbir, kanunun amacını gerçekleştirilemeyecektir. Dolayısıyla söz konusu düzenleme FAYM'ne göre anayasaya uygundur.

Mahkeme daha sonra bu yasanın bireysel olarak uygulanmasında kamu gücünün ne zaman çalışma hakkını ihlal edeceğine ilişkin tespitlerde bulunmuştur. Mahkeme'ye göre STASI ile yapılan her türlü iş birliği, avukatın müvekkilleriyle özel konuşmalarının her aktarımı tek başına avukatlık ruhsatının geri alınması için yeterli değildir; yapılan bu iş birliği sonucunda DDR yurttaşlarının belirli bir zarara uğramış olması (tutuklanması yahut malvarlığını kaybetmesi vb.) da aranmaktadır. Bu zarar eğer idari makamlarca ve bu işlemleri denetleyen uzman mahkemelerce gerekçeli biçimde ortaya konamazsa, avukatlık ruhsatının geri alınması çalışma hakkının ihlalini doğuracaktır.<sup>59</sup>

FAYM bu içtihadını sürdürmüş ve daha sonra avukatlık yahut noterlik yapmak isteyen eski DDR ceza yargıçları için de bu tespitlerin geçerli olduğuna karar vermiştir.<sup>60</sup> Ancak bu kararda, DDR ceza yargıçlarının vermiş oldukları karar dolayısıyla avukatlık yapmaya ehil (*unwürdig*)

---

<sup>57</sup> BVerfGE 93,213, s.45.

<sup>58</sup> BVerfGE 93,213, s.48.

<sup>59</sup> BVerfGE 93,213, s.48.

<sup>60</sup> Bkz. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 21. September 2000- 1 BvR 661/96-; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom

olmadıklarına ilişkin değerlendirmeler oldukça özgün ve önemlidir: Mahkeme'ye göre DDR yargıçlarına karşı sadece ceza yargılamasında ölçülülük ilkesine riayet etmedikleri için böyle bir tedbirde bulunmak çalışma özgürlüğü ile bağdaşmayacaktır; çünkü bu ilke DDR hukukunda geçerli bir ilke olarak yer almamaktadır.<sup>61</sup> 1933'ten beri Almanya'nın bir kısmında var olan "hukuksuzluk rejiminin" gerçekleri ışığında DDR'de yargıç bağımsızlığından söz edilemeyeceğini vurgulayan Mahkeme, bu sebeple kişileri "seyahat yasağı" gibi hafif suçlara mahkûm etmesi nedeniyle eski DDR yargıçlarının avukat ya da noterlik mesleğini sürdürememesinin kendisinin de paradoksal olarak ölçülülük ilkesi ile bağdaşmayacağını belirtmiştir. Bu bağlamda somut olayda Mahkeme, her bir yargıç için kategorik bir çalışma yasağı getirilmesinden öte tek tek bu yargıçların, hangi dosyalarda görevlerini nasıl ifa ettiklerine ilişkin bir denetim yapılması gerektiğini belirtmektedir. Dolayısıyla Mahkeme avukat ve noter olmak isteyen iki başvuruçunun çalışma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Bununla birlikte FAYM, hukuku kasten kötüye kullandığı (*Rechtsbeugung*) gerekçesiyle avukatlık yapma talebi reddedilen eski DDR yargıcının anayasa şikayetini açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur.<sup>62</sup>

Bir ara sonuç olarak belirtmek gerekir ki avukat yahut hâkim-savcı veya noter pozisyonunda olsun, en çok DDR yargısında görev alanlara Yeniden Birleşme Sözleşmesi kapsamında tedbir uygulanmış ve bu alanda DDR elitlerinin Federal Almanya Cumhuriyeti'nde mesleklerini icra etmeleri engellenmiştir.<sup>63</sup>

---

21. September 2000 - 1 BvR 514/97; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 21. September 2000 - 1 BvR 2069/98

<sup>61</sup> FAYM'nin bu tespitinin doğru olduğunu belirtmek gerekir. 1963 tarihli DDR Mahkeme Teşkilatı Kanununun (*Gerichtsverfassungsgesetz*) açıkça yargıçların devlet disiplini sağlamaya ve parti ile iş birliği içinde olmakla yükümlü kılmaktaydı. Bkz. Horst Heinrichs/ Arnold Kremer/ Bernd Hucke, Ehemalige DDR-Richter als Richter im geeinten Deutschland- Materialien zur Orientierung bei der Beantwortung einer schwierigen Frage, NJW 1991, s.450.

<sup>62</sup> BVerfGE 93,213.

<sup>63</sup> Bkz. Derlien, s.201.

Sözleşme'nin A bölümünün 3. kısmının 1. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen olağanüstü fesih kurumu ise, insani olmayan ve hukuk devletine aykırı eylemlerde bulunmuş olan ve BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin içerdiği temel ilkeleri ihlal eden ya da kamuoyunda STASI olarak bilinen Devlet Güvenliği Bakanlığı<sup>64</sup> (*Ministerium für Staatssicherheit/Amt*) yahut Ulusal Güvenlik Kurumunda çalışmış olan kişilerin sözleşmelerinin devamının "sürdürülemez" hale gelmesi sebebiyle feshini düzenlemektedir.<sup>65</sup> Öyle ki "liyakatsızlık" sebebiyle olağan fesih ancak belirli bir süreye (2 sene) bağlanmışken, insanlık dışı eylemlerden kaynaklı olağanüstü fesih kurumu her daim işletilebilecektir; yeter ki bu eylemlere ilişkin olgular kanıtlanmış olsun.<sup>66</sup> Şüphesiz DDR nüfusunun çoğunluğunun STASI ile bir şekilde bağlantısının olması, buradaki temel sorunu oluşturmaktadır. STASI ile iş birliği kavramının muğlaklığı bu sorunu daha da büyütmektedir.<sup>67</sup> Çünkü STASI bu dönemde "devlet içinde devlet olarak" tanımlanmakta ve totaliter rejimin en önemli kılıcı olarak işlev görmektedir.<sup>68</sup> Ve STASI için yapılan her türlü raporlama/muhbirlik faaliyetinin totaliter devlet yapısı için faydalı olması ve kolaylıkla "iş birliği" kavramının kapsamına sokulabilmesi mümkündür.<sup>69</sup>

---

<sup>64</sup> 1950 senesinde kurulmuş olan Devlet Güvenliği Bakanlığı hakkında bkz. Kathrin Winkler, *Die Kündigung wegen Tätigkeit für das MfS in der Praxis-Eine rechtstatsächliche Untersuchung der vom Thüringer Kultusministerium wegen MfS-Verstrickung und/oder Verschweigens dieser Verstrickung ausgesprochenen Kündigungen und ihrer Überprüfung durch die Thüringer Arbeitsgerichtsbarkeit*, Peter Lang Verlag, Berlin 2003 s.29 vd; aynı şekilde bkz. Karl Wilhelm Fricke, "Kein Recht geboren? Das MfS und die politische Strafjustiz der DDR", *Aus Politik und Zeitgeschichte-Beilage zur Wochenzeitung von "Das Parlament"*, Oktober 1994, B 40/94, 7, s.24-33.

<sup>65</sup> Schroeder/Küpper/Bormann, s.85.

<sup>66</sup> Derlien, s.204.

<sup>67</sup> Aynı yönde bkz. Künzl, s.209.

<sup>68</sup> Fricke, s.24.

<sup>69</sup> Bu sebeple iş birliğinin yoğunluğuna (Intensität der Taaetigkeit) bakılması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Diemut Majer, *Ein halbiertes Rechtsstaat für*

STASI, DDR Ceza Kanununda yer alan “devlete karşı suçlar” olmak üzere hafif suçlarda dahi ceza yargılaması sürecine dâhil olmuştu. Özellikle siyasal yargılamaların tamamında DDR savcılarını davada yönlendiren esas organ olarak işlev gören<sup>70</sup> STASI, yargılamada toplanılan delillerin çoğunu, kişi özgürlüğü ve güvenliği veya haberleşmenin gizliliği gibi temel hak ve özgürlükleri ihlal etmekten çekinmeksizin toplamaktaydı.<sup>71</sup>

Dönemin Federal Almanya Adalet Bakanı Klaus Kinkel’in SPIEGEL dergisine vermiş olduğu mülakattaki ifadesine göre, DDR toplumunun yaklaşık %25’i ile %30’unu oluşturan bir kitlenin STASI için “köstebek” olarak faaliyette bulunduğu tahmin edilmekteydi.<sup>72</sup>

Doktrinde, iş ilişkisinin “sürdürülemez (*unzumutbar*)” olmasının tespitinde başvurulacak sürdürülemezlik tespitinin, belirsiz bir kavrama işaret ettiği ve Federal Alman Anayasası’nın yargıçların kanun ve hukuka bağlı olduğunu belirten 20. maddesinin 3. fıkrasına aykırı olduğu ileri sürülmüştür.<sup>73</sup> Bu iddiaya karşı ileri sürülen sav ise şudur: Yeniden Birleşme ile kurulan yeni idari teşkilatlanmada halkın güvenini sağlamak için etkili ve hukuk devleti ilkelerine sadık bir kamu hizmetinin oluşturu-

---

Ostdeutschland- Unterschiedliche Kriterien bei der Überprüfung von Angehörigen des öffentlichen Dienstes der ehemaligen DDR, s.154.

<sup>70</sup> Fricke, s.26.

<sup>71</sup> DDR Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 122. maddesi, acil şüphe vakalarında yahut ülkeden kaçma şüphesi yahut delil karartma şüphesi varsa şüpheli ya da sanığın STASI tarafından gözaltına alınmasını mümkün kılmaktaydı. STASI’nin kendi hapisanelerinde süren bu gözaltı süresinde savunma hakkı ya da maddi-manevi vücut bütünlüğü hakkı gibi çok sayıda temel hak da ihlal edilmekteydi. Fricke, s.27-28.

<sup>72</sup> Uwe Scholz, Fristlose Kündigung im öffentlichen Dienst wegen Taetigkeit für das frühere Ministerium für Staatssicherheit/Amt für nationale Sicherheit(MfS), BB 1991, s. 2515.

<sup>73</sup> Bu eleştirinin derlenmiş bir özeti için bkz. Scholz, s.2520-2521. Benzer bir eleştirisi “faaliyet (*Taetigkeit*)” kavramı için de yapılmaktadır. Bkz. Heinz Hillermeier, STASI-Mitarbeiter im öffentlichen Dienst, LKV 1995, s. 141.

rulması, bu amaçla da idarenin “uğursuz” kısmının ayıklanması gerekmektedir.<sup>74</sup> Bu sebeple öncelikle STASI için yapılmış olan faaliyetler, Birleşme Sözleşmesi’nin amacı doğrultusunda (*ratio legis*) kamuda istihdam açısından sürdürülemez bir duruma tekabül etmektedir.<sup>75</sup> Sürdürülemezlik tespiti yapılırken kamu görevlisinin önceden savunmasının alıp alınmadığı hususuna ise, eğer kamu görevlisinin STASI için çalıştığı kanaatine kesin olarak ulaşıldıysa, gerek görülmemektedir. Bu durumun bir şüphe feshi (*Verdachtskündigung*) olmadığı ifade edilmektedir.<sup>76</sup> Yine burada önemli olan bir başka husus ise STASI için çalışmanın hiçbir baskı altında kalmadan<sup>77</sup> gönüllü olmasıdır; ancak bu “gönüllülük” kriteri ilk zamanlarda STASI’nin eylemlerinin herkes tarafından bilindiği göz önüne alınarak oldukça dar yorumlanmıştır.<sup>78</sup>

Yine tartışma konusu olan bir başka soru(n) kamu hizmetinin devamı için “sürdürülemezlik” kriterinin ne zamana değin geçerli olacağı; diğer bir ifadeyle bu tespit sonrasında yapılacak feshin geçici bir süre mi kamu hizmetine girme hakkına engel olacağı yoksa bu kişilerin daimî olarak mı kamu hizmetinden dışlanacaklarına ilişkindi. Bu soruya amaçsal yorum yöntemini kullanarak yaklaşan *Schlink*<sup>79</sup>, geçmişle yüzleşmenin hem DDR döneminde kamu hizmetine girme hakkı engellenmiş olanların haklarının tanınmasına öncelik verilmesini hem de kamudaki kadroların

---

<sup>74</sup> Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin bu tespitleri için bkz. Bundesverfassungsgericht Urteil vom 24. April 1991 1 BvR 1341/90.

<sup>75</sup> Scholz, s.2521.

<sup>76</sup> Scholz, s.2522. Aynı yönde bkz. Manfred Weiss/ Thomas Kreuder, Das “Sonderkündigungsrecht” nach dem Einigungsvertrag, ArbuR, Heft 1/1994, s.20. Buna göre bir suç işlediği gerekçesiyle sözleşmesi “şüphe feshi” ile feshedilen işçinin aksine idare, Birleşme Sözleşmesi’ne dayanarak sözleşmesi feshedilen kimseler açısından mutlaka “pozitif tespitlere ve delillere” dayanmak zorundadır.

<sup>77</sup> Hilfmeier, s.142

<sup>78</sup> Scholz, s.2522.

<sup>79</sup> Schlink, s.59.

aşırı dolu olmasından kaynaklı olarak personel azaltılmasını amaçladığını belirtmiş ve bu tartışmalı fesih nedeninin belirsiz süreyle geçerli olacak şekilde kategorik olarak kullanılmayacağına vurgu yapmıştır. Aynı şekilde yapılan bu denetimin her zaman aynı katılıkta olup olmayacağı tartışılmıştır. Buna göre DDR döneminde çalışılmış olan süre ne kadar uzak tarihli ise, idarece o kadar süre geçtikten sonra kamu görevinin sonlandırılmasını meşru kılacak zarar o denli büyük olmalıdır.<sup>80</sup>

Bu konuda özellikle Almanya'da eyaletlerin uygulamaları arasında önemli farkların bulunduğu da vurgulanmaktadır.<sup>81</sup> Örneğin yeniden birleşme sonrası Berlin'de, DDR'in başkenti Doğu Berlin'de çalışan kamu görevlilerinin istihdam edilmesi sırasında çıkarılan Bakanlık genelgesi ile her bir kamu görevlisinin hukuk devletine ve insan haklarına aykırı eylemler ve STASI ile işbirliği hakkında sorular içeren bir formu doldurması zorunlu kılınmıştır.<sup>82</sup> Başka eyaletlerde de kullanılan bu formun gerekli açıklıkta olmaması<sup>83</sup> üzerine Federal İdare (*Bundesverwaltung*) tüm ülkede geçerli olacak yeknesak ve daha dar kapsamlı bir form için genelge göndermiş<sup>84</sup>, bu genelgede ise STASI için çalışanlar ve çalışmayanlar arasında bir ayırım yapılmadığı gibi "sürdürülemezlik" tespitinde dahi

---

<sup>80</sup> Schlink, s71.

<sup>81</sup> Majer, Ein halbirter Rechtsstaat für Ostdeutschland- Unterschiedliche Kriterien bei der Überprüfung von Angehörigen des öffentlichen Dienstes der ehemaligen DDR, s.157

<sup>82</sup> Schroeder/Küpper/Bormann, s.89. Benzer formlar nasyonal sosyalizme geçiş döneminde memuriyete devam etmek isteyen bazı kamu görevlilerine de doldurtulmuş ve nasyonal sosyalist ideoloji ve uygulamayla bağları bu sayede incelenmek istenmiştir. Bkz. Hans Meyer, "200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin", *Juristische Zeitung*, 2011,s.357.

<sup>83</sup> Bazı eyaletlerde (örneğin Thüringen) kullanılan formlarda, kamu görevlilerine sadece STASI için değil DDR'in herhangi bir kurumu için çalışıp çalışılmadığı ya da doğrudan SED üyelikleri olup olmadığı dahi sorulmaktaydı. Bu formlara kişilerin cevap verme yükümlülüğü getirilmesinin hukuka aykırı olduğu hususunda bkz. Weiss/Kreuder, s.21.

<sup>84</sup> Örneğin soruşturulan kamu görevlisinin STASI için yarı-zamanlı çalışıp çalışmadığı, Federal İdare'nin hazırladığı bu formda sorulmuyordu. Bu tutumda şüphesiz personel eksikliği sebebiyle birçok eski STASI görevlisinin

kamu görevlisinin çalışmaya devam edebileceği öngörülmüştür.<sup>85</sup> Yine Sachsen Eyaleti'nin mülga Memur Kanununun (*Sächsisches Beamten-gesetz*) 6. Maddesi birinci ve ikinci fıkralarında Yeniden Birleşme Sözleşmesi ile paralel biçimde insani olmayan ve hukuk devletine aykırı eylemlerde bulunmuş olan ve BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin içerdiği temel ilkeleri ihlal eden ya da STASI ve Ulusal Güvenlik Kurumunda çalışmış olanların memuriyete alınmayacağını belirtmiş; maddenin üçüncü fıkrası ise yasaklılar kapsamını genişleterek ve Parti'nin (SED), kitle örgütlerinin ya da silahlı kuruluşların önde gelen üyelerinin, DDR'in diplomatik temsilcilerinin ya da bakanlıklardaki daire amirlerinin memuriyete atanacak liyakate sahip olmadığını öngörmüştür.<sup>86</sup> Burada belirleyici olan Sachsen eyaletinin iş sözleşmesinin devamının sürdürülebilir olup olmadığına dair bir değerlendirmeyi dahi öngörmeksizin toptancı bir yaklaşımla kamu hizmetine giriş hakkını sınırlamasıdır.<sup>87</sup> Çarpıcı olan ise bu kanuni düzenlemenin Sachsen Eyalet Anayasası'nın halen yürürlükte olan 119. maddesine de aykırılık teşkil etmesidir, çünkü bu madde sadece STASI için faaliyet göstermiş olan ve BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin içerdiği temel ilkeleri ihlal edenlerin kamuda istihdam edilmesinin katlanılmaz (*untragbar*) bir hale gelmesi durumunda kamudan yasaklı olmalarını düzenlemektedir. Böylece Sachsen Eyalet Anayasası bireysel bir değerlendirmeyi mümkün kılmaktayken, Eyalet Yasa Koyucusu eyalet anayasasına aykırı biçimde bu olanağı ortadan kaldırmıştır.<sup>88</sup>

---

de istihbarat kurumlarında ve sınır bölgelerinde görevlendirilmeye devam etmesinin etkisi bulunmaktadır. Bkz. Diemut Majer, Ein halbierter Rechtsstaat für Ostdeutschland- Unterschiedliche Kriterien bei der Überprüfung von Angehörigen des öffentlichen Dienstes der ehemaligen DDR, s.160-161.

<sup>85</sup> Schroeder/Küpper/Bormann, s.90-91.

<sup>86</sup> Hillermeier, s.141.

<sup>87</sup> Hillermeier, s. 143.

<sup>88</sup> Bu dönemde bireysel inceleme yapılmasına geçmişte STASI'de görev almış kişilerin işlerine devam edebileceği gerekçesiyle kuşkulu bakanlar da bulunmaktaydı. Bu ihtimal için bkz. Wolfgang Däubler, "Bundesdeutsches Arbeitsrecht in der ehemaligen DDR", *Kritische Justiz*, 1992, Vol. 25, No. 3, s.268.

DDR zamanında kamu görevinde bulunanlar için getirilen bu form doldurma yükümlülüğü, 1993 tarihli Federal İçişleri Bakanlığı Genelgesi ile ilk defa kamu hizmetine girecek olan eski DDR vatandaşları için de öngörülmüş ve neredeyse aynı sorular ilk defa kamu hizmetine girenlere de sorulmuştur.<sup>89</sup>

Genelgedeki önemli bir ayırım da bu iş birliğinin resmi olup olmasındadır; diğer bir ifadeyle resmi olarak STASI için çalışmış olanlar için ancak istisnai durumlarda “göreve devam” kararı alınabilirken, gayri resmi olarak iş birliği yapmış olanlar için her somut olay değerlendirilerek bir karara varılmaktadır.

Bir başka dikkat çekici husus ise forma yanlış cevap verilmesi durumunda ne olacağıdır. Eğer doldurulan formda kişi, kendisinin STASI ile iş birliği hususunda yanıltıcı bilgi verirse ve bu durum daha sonra Gauck Komisyonu raporu sonucu ortaya çıkarsa Federal Memurlar Kanunu 123. maddesinin birinci fıkrası uyarınca “hileye bağlı yanıltma” sebebiyle iş akdinin her daim feshedilmesi mümkündür.<sup>90</sup> Ancak bunun için de ilgili sorunun formda sorulmasına izin verilen bir soru olması gerekliydi ve dolayısıyla yanıltılmanın hukuka aykırı bir sonuç oluşturması gerekliydi.

Yeniden Birleşme sonrasında sözleşmeleri feshedilecek olan DDR kamu görevlilerinin olağanüstü fesih yolu ile tasfiyesinde ispat yükü şüphesiz, fesih işlemini yapmakta olan idarededir.<sup>91</sup> Bu noktada en önemli

---

Bu sebeple örneğin alkollü bir haldeyken STASI üyeliği başvurusunda bulunan ve daha sonra bu başvurusu kısa bir deneme süresi sonunda reddedilen bir yurttaş, Yeniden Birleşme Sonrası belediye başkanı seçilmiş; ancak bu geçmiş başvurusuna dayanılarak kamu görevinden alınarak seçimi iptal edilmiştir. Böylece somut olaydaki koşullar dikkate alınmaksızın söz konusu yurttaşın toptancı bir yaklaşımla seçme ve seçilme hakkı ihlal edilmiştir. Bkz. Hilermeier, s.143.

<sup>89</sup> Schroeder/Küpper/Bormann, s.90-91.

<sup>90</sup> Schlink, s.58.

<sup>91</sup> Scholz, s.2525. Eğer kamu görevlisinin STASI'ye girerken imzalamak zorunda olduğu “yükümlülük açıklamasına (*Verpflichtungserklärung*)” ulaşıldıysa, artık delil yükünün kamu görevlisinde olduğu kabul edilmiştir. Majer de



delilin ne olacağı sorusuna cevap vermek çok zor değildir; kamu görevlilerinin STASI ile olan bağının sorgulanmasında hiç kuşkusuz en önemli delillerden birini<sup>92</sup> STASI arşivleri oluşturacaktır. Ancak bu noktada da arşive erişimin nasıl olacağı, STASI belgelerindeki otoriter rejimin doğasına uygun olan dilin ne ölçüde delil değeri oluşturacağı<sup>93</sup> önemli bir tartışma konusunu oluşturmuş; bir dönem temiz bir sayfa açmak adına bu arşivin yok edilmesi yahut açılmamak üzere mühürlenmesi önerilmiş<sup>94</sup>, en sonunda bu konuda çıkarılan STASI Belgeleri Yasası ile (*Stasiunterlagengesetz*)<sup>95</sup> tartışma nihayete erdirilmek istenmiştir. STASI Belgeleri Yasası'nın 1. maddesinin 1. fıkrasının 4. cümlesi, DDR kamu görevlileri için

---

uygulamada eski DDR hakimlerinin bu göreve uygun olmadıklarının idarece kanıtlanması gerekirken; çoğunlukla hakimlerin parti üyeliklerindeki angajmanlarının halen mevcut olmadığını ve yeni anayasal düzene bağlılıklarını ispatla yükümlü kılındığı eleştirisinde bulunmaktadır. Bkz. Diemut Majer, Ein halbiertes Rechtstaat für Ostdeutschland - Unterschiedliche Kriterien bei der Überprüfung von Angehörigen des öffentlichen Dienstes der ehemaligen DDR, s.152.

<sup>92</sup> Ancak STASI belgelerinin de en nihayetinde otoriter bir rejimin hukuk dışına çıkmış kamu görevlileri tarafından işlenmiş olması nedeniyle, bu belgelerin tek başına DDR vatandaşlarına yaptırım uygulanması için yeterli delil oluşturmayacağı haklı olarak dile getirilmiş, bu belgelerdeki olguların tanık beyanları gibi başka delillerle desteklenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Majer, Ein halbiertes Rechtstaat für Ostdeutschland- Unterschiedliche Kriterien bei der Überprüfung von Angehörigen des öffentlichen Dienstes der ehemaligen DDR, s.167.

<sup>93</sup> Majer, Ein halbiertes Rechtstaat für Ostdeutschland- Unterschiedliche Kriterien bei der Überprüfung von Angehörigen des öffentlichen Dienstes der ehemaligen DDR, s.165.

<sup>94</sup> Schlink, s.69. STASI belgelerinin mühürlemenin geçmişle yüzleşmeyi nasıl zorlaştıracağı ve illegal faaliyetler yürüten kamu görevlilerine nasıl faydalı olacağı hususunda bkz. Ficker, s.33.

<sup>95</sup> Bu kanuna ilişkin detaylı bilgi için bkz. Joachim Gauck, Der Sonderausschuß zur Kontrolle der Auflösung des MfS/AfNS: Die Schaffung eines Gesetzes über die STASI-Unterlagen, in: Mandat für Deutsche Einheit Die 10. Volkskammer

yapılacak inceleme sırasında gerekli tüm belgelerin başkanının ismine atıfla "Gauck Komisyonu" olarak bilinen özel bir komisyonca ilgili kurumların erişimine açık olacağını belirtmekle beraber, bu yasa hiçbir şekilde tüm kamu kurumlarının belgelere erişmesi hakkını öngörmemektedir.<sup>96</sup> Bir başka sorun ise, Yeniden Birleşme öncesinde Modrow hükümeti döneminde 22 Şubat 1990 tarihli genelge ile hakim ve savcılar da dahil olmak üzere kamu görevlilerine, kendileriyle ilgili resmi evraklarda değişiklik yapabilme hakkının tanınmış olmasıdır. Bu da tasfiye hareketlerinin sağlıklı biçimde yapılabilmesini zorlaştırmıştır.<sup>97</sup>

Nitekim uygulamada sadece STASI faaliyetleri kapsamında görev yapan yüksek bürokratların ya da istihbaratçıların değil; örneğin kurumun aşçısı, müze bekçisi gibi alt kademede günlük işleri yürüten kamu görevlilerinin de bu tasfiye hareketlerinin muhatabı olduğu gözlenmektedir.<sup>98</sup>

Dikkat çekici bir husus ise totaliter bir rejim olan DDR anayasal düzeninde tek parti olan SED ve onun diğer kitle örgütlerinde çalışanların durumudur: Tek başına SED üyeliği kamu görevinden ihraç nedeni oluşturmadığı<sup>99</sup> gibi 1989 devrimi sonrasında tüzel kişiliği sona eren SED

---

zwischen DDR-Verfassung und Grundgesetz(Ed:Hans Misselwitz-Richard Schroder), Leske+ Budrich Verlag, Opladen 2000, s. 141-153.

<sup>96</sup> Schroeder/Küpper/Bormann, s.87.

<sup>97</sup> Keller/Henneberger, s.334.

<sup>98</sup> Bkz. Wolfhard Kohte, Kündigung wegen früherer MfS- Taetigkeit: Zugleich eine Anmerkung zum Urteil des BAG vom 28.1993- 8 AZR 415/92, DZWir 1995-Heft 7, s.300-303.

<sup>99</sup> Keller/Henneberger, s.333-334. Buna karşın Diemut Majer böyle bir ayrımın yapılmasının olanaksız olduğunu; çünkü DDR siyasal düzeninde SED ve STASI'nin birbiriyle iç içe geçmiş iki kurum olduğunu belirtmekte ve kamuoyunda parti üyeliğinin ihraç sebebi olmadığı yönündeki algıya karşı çıkmaktadır. Bkz. Diemut Majer, Ein halbierter Rechtstaat für Ostdeutschland- Unterschiedliche Kriterien bei der Überprüfung von Angehörigen des öffentlichen Dienstes der ehemaligen DDR, Kritische Justiz Vol. 25, No. 2 (1992), s.150.

ve diğer DDR kitle örgütlerinde çalışanlar için, bu partinin dondurulan malvarlığından sosyal güvenlik ödemeleri yapılmıştır.<sup>100</sup>

#### 4. Yeniden Birleşme Sonucunda Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nde Görev Yapan Yargı Mensuplarının Tasfiye Süreci

Yeniden Birleşme sonrasında en önemli tartışmalardan birisi DDR döneminde görev yapan yargıçların durumunun ne olacağı ve bu dönemde verilmiş olan yargı kararların akıbetidir. Öyle ki DDR hukukuna göre yargı organlarınca verilmiş kararlar için Birleşme Sözleşmesi özel bir hüküm içermektedir. Bu sebeple aşağıda bu tartışmaya kısaca değinilecektir.

Yeniden Birleşme Sözleşmesi'nin 3. Kısımın A. Başlığının 8. maddesine göre DDR döneminde görev yapan yargıçların, görevlerine devam edebilmesi kural olarak mümkündür, ancak 15 Nisan 1991 tarihine kadar her bir yargıcın DDR döneminde vermiş olduğu kararlar incelenmek ve denetlenmek zorundadır. Burada önemli bir nokta şudur: Eğer bu denetim sonucunda verilen kararların siyasi saikle verilmiş (*politisch vorbelastet*) olduğu tespit edilirse kararın temyize tabi tutulması gerekmektedir.<sup>101</sup>

Belirtmek gerekir ki, kamu görevlilerinin aksine kural olarak yargıçların göreve devam etmeleri kararlaştırılmıştır. Bu durum 1945 sonrasında yargıdaki Nasyonal Sosyalizmden arınma hareketlerinden (*Entnazifizierung*) farklılık göstermektedir; çünkü 1945 sonrasında Nasyonal Sosyalist dönemde görev yapmış yargıçların tamamı önce tasfiye edilmiş<sup>102</sup>; bunu daha sonra Weimar Cumhuriyeti hukuk sistemini de tanımış

<sup>100</sup> Schroeder/Küpper/Bormann, s.87.

<sup>101</sup> Schroeder/Küpper/Bormann, s.86.

<sup>102</sup> DDR'in kuruluşuyla kamu gücü kullanan diğer organlarda olduğu üzere yargıda da eski Naziler yoğun ölçüde tasfiye edilmiş; ancak bu tasfiye sadece Nasyonal Sosyalistlerle sınırlı kalmamış; komünist olmayan tüm aktörler yargıdan dışlanmış. Bu durum da yargıçların devletin "yargı kolu (*Justizfunktionaere*)" olmasına yol açmış, , ironik olarak yargısal denetimin bu ölçüde zayıflığı DDR'in de zayıflaması ve çöküşüne katkı sunmuştur. Bkz. Quaritsch, s.530.

olan ve dolayısıyla yeni hukuk sistemine uyum sağlayabilecek yargıçların tekrar işe alınması (*Wiedereinstellung*) izlemiştir.<sup>103</sup> Yine 1945 sonrasındaki yargıç tasfiye hareketleri ile yeniden birleşme sonrasındaki tasfiye hareketlerinin önemli bir farkı da, 1945 sonrasındaki tasfiye hareketlerinin Soğuk Savaş'ın başlaması ve bu dönemdeki personel açığının etkisiyle oldukça kısa sürmesidir.<sup>104</sup> Öyle ki Federal Alman Cumhuriyeti'nin ilk dönemlerinde yargı organlarında görev yapan hakim ve savcılarının %70 ila %80'i eski Nasyonal Sosyalist Parti üyesidir.<sup>105</sup>

Kamu görevlilerinin aksine yargıçların görevine devam etmesinin ana ilke olması ise yargının Federal Almanya'da 40 senede edindiği itibar ve yargı bağımsızlığına verilen önemle açıklanmaktadır.<sup>106</sup>

Yeniden Birleşme Süreci öncesinde DDR'de halihazırda yargıç bağımsızlığını sağlamaya yönelik birtakım gelişmeler de yaşanmıştır. DDR'in yasama organı olan *Volkskammer* 5.7.1990'da çıkardığı "Yargıç Kanunu" (*Richtergesetz*) sadece yargı bağımsızlığına ilişkin soyut düzenlemelerde bulunmamış; aynı zamanda bunun en önemli güvencelerinden biri olan yargıçların görev başlama usulünü "Batı Almanya" modelini esas alarak düzenlemiştir.<sup>107</sup> Yeniden Birleşme Sözleşmesi ise Yargıç Yasasının birleşmenin ardından da yürürlükte kalacağını düzenlemiştir; DDR

---

<sup>103</sup> Diemut Majer, Die Überprüfung von Richtern und Staatsanwaelten in der ehemaligen DDR, ZRP 1991, Heft 5, s. 171.

<sup>104</sup> A.g.e.

<sup>105</sup> A.g.e.

<sup>106</sup> Quint, s.184.

<sup>107</sup> Fakat bu tercih günümüzde halen yürürlükte olan Federal Almanya'daki hâkim ve savcı atama modelinin ideal bir model olduğu anlamına gelmemektedir. Federal Alman Bonn Anayasası'nın 95. maddesinin 2. fıkrasına göre yüksek mahkemelerin yargıç atamalarının yarısını Federal ve Eyalet Adalet Bakanlarından, diğer yarısı ise Federal Parlamento (*Bundestag*) tarafından seçilen üyelerin oluşturduğu bir komisyon yapmaktadır. Uygulamada ise bu durum siyasi partilerle bağlantısı olmayan yargıçların seçilme şansını neredeyse olanaksız hale getirmektedir. Nitekim Avrupa Adalet Divanı da "Avrupa Yakalama Kararına" ilişkin vermiş olduğu kararında, Almanya'daki hâkim ve savcı atamalarının tamamen siyasi organların elinde olduğunu ve

dönemindeki görevdeki yargıçlar görevde kalmaya devam edecekler ancak ömür boyu görevde olan yargıçlar gibi değil, haklarındaki inceleme bitene kadar deneme süresiyle iştirah edilen yargıçlar ile aynı statüde olacaklardır.<sup>108</sup> Burada yargıçlar, kademeli olarak olumlu bir değerlendirme bekleyecek ve Birleşmenin ardından 3 sene boyunca deneme süresinde yer alacaklardır; bu zaman diliminde Batı Almanya'lı yargıçlar tarafından bazı eğitimlere tabi tutulacaklardır.<sup>109</sup> Bu 3 senenin ardından 2 sene daha görev yapmaları durumunda “yaşam boyu görev yapan yargıç” olarak atanacaklardır.<sup>110</sup> Bu geçiş sürecinde bu değerlendirmenin nasıl yapılacağı ise yeni oluşturulan eyaletlerin takdir yetkisine bırakılmıştır; örneğin Mecklenburg-Vorpommern eyaleti bu denetimi tamamen siyasi makamlar olan Adalet Bakanlığı ve Parlamento Komitesi'ne bırakmıştır.<sup>111</sup>

Bu durumun yegâne istisnasını ise Berlin eyaleti oluşturmaktadır; bu eyaletteki Doğu Berlin'den gelenler de dahil olmak üzere tüm davaları Batı Berlin'deki yargıçlar üstleneceklerdir.<sup>112</sup> Bu davaların büyük bir çoğunluğu ise esasında Birleşme öncesinde yaşanan hukuki uyuşmazlıklara ilişkin olup, bu uyuşmazlıklara “kanunların geriye yürümezliği ilkesi”

---

yargının siyasallaşması tehdidine karşı gerekli tedbirlerin alınmadığını belirterek Alman savcılarının Avrupa Birliği Yakalama kararı çıkartamayacaklarına karar vermiştir. Bu kararın ve Federal Almanya'daki yargı bağımsızlığına ilişkin sorunların değerlendirilmesi için bkz. Thomas Groß, Die institutionelle Unabhängigkeit der Justiz in Deutschland – ein Defizitbefund, VerfBlog, 2019/6/06, <https://verfassungsblog.de/die-institutionelle-unabhaengigkeit-der-justiz-in-deutschland-ein-defizitbefund/> (Erişim tarihi: 31.03.2022)

<sup>108</sup> Majer, s.172.

<sup>109</sup> Quint, s.187.

<sup>110</sup> Horst Heinrichs/ Arnold Kremer/ Bernd Hucke, Ehemalige DDR-Richter als Richter im geeinten Deutschland- Materialien zur Orientierung bei der Beantwortung einer schwierigen Frage, NJW 1991, s.450.

<sup>111</sup> Quint, s.186.

<sup>112</sup> Majer, s. 176. Bu istisnanın temel sebebi ise Doğu Berlin'in DDR'in başkenti olarak rejimle özdeşleşmiş olması ve buradaki yargıçlara güvensizliğin çok yüksek olmasıydı.

kapsamında bakılmış; Doğu Berlin'deki yargıçlar ise maaşları belirli bir kesintiye uğratarak inceleme bitene kadar açığa alınmıştır.

Birleşme Sözleşmesi, DDR'de görev alan yargıçlar ve kamu görevlileri hakkındaki bu incelemenin 14.4.1991'e kadar bitmesi gerektiğini öngörmekle beraber bu süreye hiçbir zaman riayet edilememiştir. Bu inceleme sonrasında ilave delillerin ortaya çıkması durumunda ise yargıçlar, daimî statüye atanmış olsalar bile görevden alınabileceklerdir.<sup>113</sup> Nitekim bu süreler defalarca kez uzatılmış<sup>114</sup>; Federal Anayasa Mahkemesi bu uzatılmanın kamu yararını esas alan orantılı bir müdahale olduğu tespitinde bulunmuş ve anayasaya uygun olduğuna kanaat getirmiş<sup>115</sup>; en son Federal Kabine (*Bundesregierung*), Mayıs 2019'da almış olduğu karar ile kamuda görev alan yargıçlar da dahil tüm kamu görevlilerinin STASI geçmişlerinin incelenmesinin süresinin 2030 senesine kadar uzatılmasını kararlaştırmıştır.<sup>116</sup> Bu incelemenin eski Devlet Güvenliği Bakanlığı ve STASI'de görev yapmış personelden hiç kimsenin kamu hizmetinde çalışmadığı gün, sona ereceği ifade edilmektedir.<sup>117</sup>

Bu inceleme sırasında diğer kamu görevlilerinde olduğu gibi yargıçlar da bir form doldurmak<sup>118</sup> ve bu formda kendilerine sorulan sorular

---

<sup>113</sup> Majer, s.172.

<sup>114</sup> İlk defa 1992 tarihli Kamuda Birleşme Sözleşmesi Uyarınca Fesih Hakkının Uzatılması Hakkında Kanun ile (*Gesetz zur Verlängerung der Kündigungsmöglichkeiten in der öffentlichen Verwaltung nach dem Einigungsvertrag*) sözleşmenin ilgili hükümleri 31 Aralık 1993 tarihine kadar uzatılmıştır.

<sup>115</sup> Bkz. BVerfG 1 BvR 1825/02.

<sup>116</sup> Bkz. DIE ZEIT, Öffentlicher Dienst wird bis 2030 auf STASI-Tätigkeit überprüft; <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2019-05/stasi-ddr-ueberpruefung-mitarbeit-unterlagengesetz-bundeskabinett> (Erişim tarihi:31.03.2022)

<sup>117</sup> Bernhard Schlink, *Geçmişe İlişkin Suç ve Bugünkü Hukuk* (Çev: Reyda Ergün), Dost Kitabevi, Ankara 2012, s.54.

<sup>118</sup> Belirtmek gerekir ki Federal Almanya'dan yargıçlığa başvuran yargıç adayları da bu formu doldurmak durumundaydılar.

kapsamında DDR ve onun benimsediği totaliter rejimle bağlarının koptuğunu, hukuk devleti ilkesine uyum sağladıklarını ortaya koymak durumdadırlar. Bu açıdan sadece SED'e üye olmak tek başına tasfiye nedeni olmamakla beraber, partinin yönetim kademesinde ya da gençlik kollarında rol üstlenmek, resmi ya da gayri resmi STASI hizmeti yürütülmesi, ilgili kişilerin görevden alınmasına yol açmıştır.<sup>119</sup> Bu noktada yine eyaletler arasındaki<sup>120</sup> inceleme kriterlerinin eşit olmadığını belirtmek mümkündür; kimisi sadece şekli bir bağın olmamasını yeterli görmekteyken, Thüringen ya da Berlin gibi kimi eyaletler "mükemmeliyetçi"<sup>121</sup> bir değerlendirmeye yargıçların görevinin devam edip etmeyeceğine karar vermektedir.<sup>122</sup> Hatta Berlin'de bu inceleme sonucunda göreve devamı uygun görülmeyen yargıçların, hukuk disiplinine ilişkin başka bir meslekle iştilal etmeleri dahi yasaklanmıştı.

Yine bu formla yargıçlar, DDR zamanında vermiş oldukları kararlara ilişkin dosyalara bakılması konusunda rıza göstermekteydiler.<sup>123</sup> Bu kararlar açısından esas kriter, yargıçların ölçülülük ilkesine riayet edip etmedikleriydi; özellikle bu ilkeyi DDR Ceza Kanununca suç olan Berlin

---

<sup>119</sup> Quint, s.186.

<sup>120</sup> Hatta aynı eyaletin farklı kurumları arasında dahi inceleme kriterlerinin değiştiğini görmek mümkündür. Bkz. Majer, Ein halbiertes Rechtsstaat für Ostdeutschland- Unterschiedliche Kriterien bei der Überprüfung von Angehörigen des öffentlichen Dienstes der ehemaligen DDR, s.165.

<sup>121</sup> Örneğin Thüringen eyaletinde yargıçların eşleri hatta partnerleri dahi incelemeye tabi tutulmaktaydı.

<sup>122</sup> Brandenburg'ta ise -hukuka uygunluğu tartışmalı biçimde- SED'in devam partisi PDS'e üye olup olmadıkları yargıçlara sorulmaktaydı ki, PDS bu tarihlere Federal Almanya Anayasası'nın 21. maddesi uyarınca yasal bir parti olarak "parti ayrıcalığından" faydalanmaktaydı.

<sup>123</sup> Majer, s.173 vd. Sachsen eyaletinde ise "rıza" özel yaşamın gizliliği hakkını tamamen ihlal eden bir uygulama için verilmekteydi: Buna göre incelemeye tabi tutulan hâkim, kendisiyle ilgili soruşturmanın yerel gazetede yayımlanmasına rıza göstermekteydi. Böylece halkın bu soruşturmalarda "hile" yapıldığına ilişkin kaygıları giderilmek istenmekteydi.

Duvarı'ndan kaçış ya da "Rowdytum" olarak bilinen DDR'in ortaya koyduğu ilkelerin ihlal edilmesi davalarında nasıl uyguladıkları veya bu ilkeye rağmen gerekçesiz bir biçimde nasıl uzun tutukluluk kararlarına vardıkları incelenmekteydi.<sup>124</sup> Thüringen gibi incelemeyi oldukça sert yürüten eyaletlerde yargıçların özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda ne tür kararlar verdikleri dahi inceleme konusu olmaktaydı.<sup>125</sup>

Uygulamada ilginç olan bir husus ise şudur: Birçok hâkim ve savcı formda sorulan soruları görünce gönüllü olarak ayrılmayı tercih etmişlerdir.<sup>126</sup> Benzer biçimde bu incelemelerden sorunsuz biçimde geçerek, görevlerine devam etme ihtimali oldukça düşük olan savcılarının birçoğu da kamuoyunda hâkim olan "önyargının" da etkisiyle inceleme bitmeden görevden istifa ederek, özel sektörde hayatlarını idame ettirmeye çalışmışlardır.<sup>127</sup> Bu önyargıları ve uygulamadaki sorunları gidermeye yönelik reform çabaları ise sonuçsuz kalmıştır.<sup>128</sup> Eski DDR coğrafyasında kurulan yeni eyaletlerde Federal Almanya yargı sistemi ile uyumlu olarak yeni mahkemeler ve yargı kolları (idari yargı, iş yargısı, sosyal güvenlik yargısı vb.) kurulmuş; bu mahkemeler bu dönemde özellikle yeni mezun olan Batılı genç hukukçular için önemli bir kariyer basamağı ve iş olanağı olarak görülmüştür.<sup>129</sup>

---

<sup>124</sup> Quint, s.186.

<sup>125</sup> Majer, s.174.

<sup>126</sup> Majer, s. 177.

<sup>127</sup> Majer, s.178. Benzer şekilde kadrolarını kaybeden hukuk profesörleri de kendi hukuk ofislerini açmışlardır. Bkz. Quint, s.189.

<sup>128</sup> Majer, s.179.

<sup>129</sup> Quint, s.189.



## 5. Yeniden Birleşme Sonucunda Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nde Görev Yapan Kamu Görevlilerinin Tasfiye Edilmesine İlişkin Yargı Kararları

### 5.1 Federal Alman Uzman (Derece) Mahkemelerinin (Fachgerichte) Kararları

Yeniden Birleşmenin ardından gerek kamu iştiraklerini devralan Treuhand şirketi<sup>130</sup> tarafından sözleşmesi feshedilenler gerek bürokraside görev alan diğer DDR kamu görevlilerinin iş sözleşmelerinin olağan ya da haklı sebeple feshedilmesine yönelik çok sayıda hukuki uyuşmazlık, uzman mahkemeleri -özellikle iş mahkemelerini- meşgul etmiştir.<sup>131</sup> Sa-

<sup>130</sup> Treuhand şirketi hakkında bkz. Wolfgang Daeubler, AİB-Stichworte:Treuhandanstalt, Arbeitsbereich, im Betrieb 12/90, s.503vd. DDR döneminde bütün endüstri kuruluşları, kamu iktisadi teşekkülleri tamamıyla kamunun mülkiyetindeydi. Birleşme döneminde Modrow hükümeti 1 Mart 1990 tarihli Dönüşüm Yönetmeliği (*Umwandlungsverordnung*) ile bütün kamu iktisadi teşekküllerinin limited ve anonim şirket şeklinde biçimlendirilmesini zorunlu kılmıştır. Ancak bu yönetmeliğe pek az kamu iktisadi teşekkülü riayet etmiştir. Bunun üzerine Volkskammer, 17 Haziran 1990 tarihli "Halk Mülkiyetinde Bulunan Malvarlığının Yeniden Teşkilatlanması ve Özelleştirilmesi Hakkında Kanun (*Das Gesetz zur Privatisierung und Reorganisation des volkseigenen Vermögens*)" ile Treuhandanstalt isimli bir şirket kurulmasına ve postademiryolu ve su işletmeleri hariç tüm sanayi kuruluşlarının bu şirkete devredilmesine karar vermiş; bu kanun daha sonra Birleşme Sözleşmesi'nin konuyla ilgili 25. maddesinin de temelini oluşturmuştur. Bu kanun değişikliği ile eşzamanlı olarak DDR Anayasasında da değişiklik yapılmış ve özel mülkiyet mümkün hale getirilmiştir. Birleşme Sözleşmesi'nin 25. maddesi ile şirketin 5 kişiden oluşan yönetim kurulu ve bu yönetim kurulunu denetleyen 25 kişilik İdari Kurulun (*Verwaltungsrat*) Federal Hükümet (Bundesregierung) tarafından atanması öngörülmüştür. Treuhand şirketi yolu ile yapılacak özelleştirmeler ise birer idari işlem olarak yargı denetimine açıktı; burada ise idarenin takdir yetkisine ilişkin en önemli hususlardan biri özelleştirmelerde işçilerin menfaatlerinin korunup korunmadığına ilişkindi.

<sup>131</sup> Bu hususta bkz. Martin Schneider. Gerichtliche Konfliktregulierung in turbulenten Arbeitsbeziehungen: die Funktion der Arbeitsgerichtsbarkeit in der ostdeutschen Transformation. Industrielle Beziehungen : Zeitschrift für Arbeit, Organisation und Management, 6(4), s. 458.

dece 1990 senesinin sonunda DDR ülkesinin sınırlarında oluşturulan 5 yeni eyalette 280.000 yeni iş hukuku davası açılmıştır.<sup>132</sup>

Yeniden Birleşmenin ardından verilen ilk kararların Birleşme Sözleşmesi'ndeki hükümleri oldukça katı ve toptancı bir yaklaşımla yorumladığını söylemek mümkündür.<sup>133</sup> Örneğin Neubrandenburg Bölge Mahkemesi, önüne gelen davalarda, STASI Teşkilatının kıdemsiz memurları ile sahada aktif olarak operasyonda bulunan görevlilerinin aynı işleme tabi kılınmasının eşitlik ilkesini ihlal ettiği iddialarını dayanaktan yoksun bulmuştur.<sup>134</sup> Mahkeme'nin buradaki gerekçesi ise STASI'nin iş bölümüne dayanan bir kurum olduğu ve sahada aktif görevde yer alan ya da kurumda aktif rol alan kişilerin örneğin bir elektrikçi<sup>135</sup> ya da aşçı olmadan kolaylıkla görevini yürütmelerinin imkansız olmasıydı. Haklı olarak Mahkeme'nin bu çıkarımı, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı ve temel hak öğretisinin gerektirdiği pratik uyum ilkesine<sup>136</sup> riayet edilmediği gerekçesiyle eleştirilmiştir.<sup>137</sup> Yine STASI Teşkilat binasında sadece aşçı olarak çalışan bir kişinin köpek vergisi (*Hundessteuer*)<sup>138</sup> biriminde çalışır-

<sup>132</sup> Schneider, s.456.

<sup>133</sup> Quint, s.174.

<sup>134</sup> Bu değerlendirme için bkz. Scholz, s. 2524.

<sup>135</sup> Örneğin STASI'de telsiz bekçisi (Funkabwehr) olarak görev yapan kimsenin daha sonra Federal Posta Servisindeki masa başı işinden çıkarılmasını Berlin Eyalet Mahkemesi hukuka uygun bulmuştur. Bu karar için bkz. Wolfgang Däubler, Bundesdeutsches Arbeitsrecht in der ehemaligen DDR, Kritische Justiz, Vol. 25, No. 3 (1992), s.268.

<sup>136</sup> Pratik uyum ilkesine göre bir temel hakkın başka bir temel hak ya da anayasanın koruduğu başka bir değerle çatışması halinde gerek o temel hak gerekse anayasanın koruduğu hukuki değer, varlık ve etkilerini optimal düzeyde korunması amaçlanmalıdır. Bkz. Kemal Gözler, "Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları: Özgürlüklerin Sınırlandırılması Problemi Açısından Sigara Yasağı", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 47, Sayı 1, Ocak 1990, s.42

<sup>137</sup> Hillermeier, s.143.

<sup>138</sup> Federal Almanya'da Prusya döneminden bu yana köpek sahipleri için (Hundehalter) yerel yönetimlere ödenmek üzere bir vergi salınmaktadır.

ken sözleşmesinin olağanüstü fesih ile feshedilmesi de Berlin Eyalet İş Mahkemesi tarafından hukuka aykırı görülmemiştir.<sup>139</sup>

Bir başka kararda ise uzman(derece) mahkemeler(i), sadece DDR sınırlarını terk etmek isteyen kişilerin seyahat iznini reddettiği ve ülkeyi terk etmek isteyen kamu görevlilerini işten çıkardığı gerekçesiyle işine son verilen eski DDR kamu görevlisinin, yaptığıının sadece DDR kanunlarını uygulamak olduğu yönündeki savunmasını reddetmiş; DDR kanunlarının bizatihi kendisinin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin ihlal ettiğini belirtmişlerdir.<sup>140</sup>

Federal İş Mahkemesi ise idarenin kamuoyu algısında nasıl görüldüğüne dikkat çekerek, bu tasfiyelerle yurttaşların hukuka güveninin sağlanmasının amaçlandığını belirtmiştir.<sup>141</sup> Bu sebeple örneğin kamu görevlisinin o anda ifa ettiği görevle ilişkisine ve işveren olan kamunun haklı çıkarı olup olmadığına bakılmaksızın, kamu görevlisinin geçmişteki faaliyetlerine ilişkin soru sorulması yahut form doldurulmasında hukuka aykırılık bulunmamıştır.<sup>142</sup>

Federal Mahkeme (Yargıtay) ise önüne gelen davalarda, olağanüstü feshe dayanarak DDR kamu görevlilerinin hizmet sözleşmelerinin feshedilmesinde Alman Medeni Kanunu'nun 626. maddesine dayanarak iki adımlı (*zweistufig*) bir inceleme yapılması gerektiğini belirtmektedir.<sup>143</sup> Buna göre öncelikle feshe yol açan sebebin elverişli olup olmadığına dair bir denetim yapılmalı; ardından neden olağan fesih süresine kadar hizmet sözleşmesi ilişkisinin devam ettirilemeyeceğine ilişkin her somut olay için ayrı bir tartım yapılmalıdır. Mahkeme'nin buradaki yaklaşımı olağan hukuk düzenindeki "fesih" kurumuna olan yaklaşımdan, geçmişe dayalı (*Vergangenheitsorientiert*) olması<sup>144</sup> ile ve iş ilişkisinin devamı (*Fort-*

<sup>139</sup> Berlin Eyalet İş Mahkemesinin bu kararı için bkz. Weiss/ Kreuder, s.14.

<sup>140</sup> Bu vaka için bkz. Quint, s.172.

<sup>141</sup> BAG 70,309'dan aktaran Schlink, s.59.

<sup>142</sup> Federal İş Mahkemesi'nin bu yaklaşımı ve eleştirisi için bkz. Schlink, s.68.

<sup>143</sup> Kohte, s.301

<sup>144</sup> Örneğin daha önce STASI için çalışmış olsa da halihazırda aşçı olarak çalışan

setzung) yerine iş ilişkisinin bırakılmaması (*Festhalten*) kavramının kullanılması ile ayrılmaktadır. Federal Mahkeme'nin bu yorumu ve özellikle Federal İdare Mahkemesi'nin aynı alanda ortaya koyduğu kamu disiplin hukuku yaklaşımından sapma göstermesi, öğretide eleştirilmiştir.<sup>145</sup>

Federal Mahkeme'nin avukatların hukuki uyumsuzluklarına ilişkin dairesinin (*BGH Anwaltssenat*) DDR ve STASI geçmişi nedeniyle mesleğe kabul edilmeyen avukatlara ilişkin kararları da oldukça önemlidir. İlk derece mahkemelerinin ve baroların diğer kamu görevlilerinin tasfiye sürecine benzer biçimde toptan bir yaklaşımla eski DDR kamu görevlilerinin avukatlığa kabulünü reddetmesi üzerine kendisine gelen dosyalarda Daire, STASI faaliyetlerinin neler olduğu<sup>146</sup>, ne zaman başlayıp ne zaman sona erdiği ve 1990'dan beri davacıların ne tür faaliyetlerde bulunduğunu esas alan bir tartımın yapılmasını öngörmektedir.<sup>147</sup>

Federal Alman Anayasa Mahkemesi ise sadece geçmişi esas alan bir yaklaşımın devletin Bonn Anayasası'nın çalışma hürriyetini düzenleyen 12. maddesine yönelik pozitif yükümlülüğüne (koruma yükümlülüğü) aykırılık oluşturduğunu belirtmektedir.<sup>148</sup> Bu bağlamda aşağıda Federal Alman Anayasa Mahkemesi yaklaşımına daha detaylıca değinilecektir.

## 5.2 Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin DDR Kamu Görevlilerinin Tasfiyesine İlişkin Verdiği Kararlar

### 5.2.1. Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin Birleşme Öncesi Kamu Görevlilerine İlişkin Vermiş Olduğu Kararlar

Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin kamu görevlilerinin hukuki statüsü ve görevlerine son verilmesine ilişkin Yeniden Birleşme ön-

---

bir kişinin neden bu mesleğini sürdüremeyeceği; somut olayı esas alan bir tartımla ortaya konmalıdır. Kohte, s.303.

<sup>145</sup> Kohte, s.302.

<sup>146</sup> Örneğin avukatlık için başvuran herhangi bir DDR hâkimi ile duvarı atlamaya çalışan kişilere karşı çok sayıda tutuklama kararı veren bir hâkim aynı kapsamda değerlendirilmeyecektir. Bkz. Kohte, s. 302.

<sup>147</sup> Dairenin bu kararı için bkz. BGH, NJW 1994, s. 281 vd.

<sup>148</sup> Bu tespit için bkz. Kohte, s.304.

cesinde verdiği kararlar iki türlü ele alınmalıdır: Öncelikle Nasyonal Sosyalist rejimin sonrasında Federal Almanya Cumhuriyeti'nin ilk zamanlarında Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin "Nazisizleştirme (*Entnazifizierung*)" içtihadına değinmek gerekmektedir.<sup>149</sup> Daha sonra ise Mahkeme'nin özellikle Soğuk Savaş ikliminde vermiş olduğu ve daha çok kamudaki sosyalist gruplara ilişkin olan "Extremisten (Aşırıları)" kararı açıklanmalıdır.<sup>150</sup>

1949 Bonn Anayasası'nın yürürlüğe girmesi ile kurulan Federal Almanya Cumhuriyeti, öncülü Weimar Cumhuriyeti'nin aksine memuriyet ilişkilerinin devamı yönünde bir tercihte bulunmamıştır.<sup>151</sup> Weimar Anayasası'nın 129. maddesi, Kayzerlik döneminde görev yapan memurların kazanılmış haklarının korunacağını düzenlemekteydi. Yine bu dönemde görev yapan memurlara emeklilik aylıklarını alarak derhal emekli olabileceği de sunulmuş; ancak çok az sayıda kamu görevlisi bu hakkı kullanmıştır.<sup>152</sup> Benzer bir durum yargıçlar için de geçerlidir; bütün yargıçların sadece %0.15'i kendilerine sunulan emeklilik teklifini kabul etmiştir.<sup>153</sup>

Nasyonal Sosyalizmin Müttefik Kuvvetler tarafından mağlup edilmesiyle, Almanya'da kamu gücünü devralan Müttefik Kuvvetler,

---

<sup>149</sup> BVerfGE 3,58.

<sup>150</sup> BVerfGE 39,334.

<sup>151</sup> Anna Carla Sommer-Weisel, Das Beamtenurteil- Hintergrund, Kritik und Darstellung seiner Bedeutung für die Stellung des Bundesverfassungsgerichts Bonner Rechtsjournal 01/2017, s.71.

<sup>152</sup> Jörg Menzel, Völkerrechtliche Kontinuität vs. beamtenrechtliche Diskontinuität- Vergangenheitsbewältigung im Disput zwischen BVerfG und BGH in: Verfassungsrechtsprechung- Ausgewählte Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Restperspektive, Mohr Siebeck, Tübingen 2011, 2. Auflage, s.74.

<sup>153</sup> Markovits, s.2272. Hitler de Weimar Cumhuriyeti'ni ortadan kaldırdıktan sonra yargıçlara ilişkin doğrudan bir tasfiye hareketine girişmemiş;" muhteşem avanaklar" olarak adlandırdığı burjuva yargıçların "nasyonal-sosyalist hukuk devleti" yaratmak için oldukça kullanışlı olduğuna kanaat getirmiştir.

Karl Löwenstein gibi sürgündeki Alman hukukçuların önderliğinde yargı sisteminin ve devlet teşkilatının Nazi hukukundan arındırılmasına başlanarak<sup>154</sup> ve ilk olarak totaliter rejimin işbirlikçisi olan çok sayıda kamu görevlisinin görevine son vermiştir.<sup>155</sup> Buna neredeyse tamamı Nasyonal Sosyalist Parti üyesi olan yargıçlar da<sup>156</sup> dahildir<sup>157</sup> 1949 yılında

<sup>154</sup> Henüz savaş sona ermeden Nazi hukukundan Almanya'nın arındırılmasına ilişkin çalışmalar yürütmeye başlamış olan Löwenstein'in bu süreçteki rolüne ilişkin bkz. Rande W. Kostal, "The Alchemy of Occupation: Karl Loewenstein and the Legal Reconstuction of Nazi Germany", *Law and History Review*, February, 2011, Vol. 29 No.1, s.12 vd.

<sup>155</sup> Resmi rakamlara göre kamu görevinden çıkarılanların toplam sayısı 336.892'dir. Bkz. Helmut Quaritsch, "Theorie der Vergangenheitsbewaeltigung", *Der Staat*, 1992, Vol. 31, No. 4, s.537. Üstelik Müttefik Kuvvetler bu tasfiye hareketlerinde memurların kazanılmış haklarına riayet de etmemişlerdir. Bkz. Menzel, *Völkerrechtliche Kontuinitaet vs. beamtenrechtliche Diskontunitaet- Vergangenheitsbewaeltigung im Disput zwischen BVerfG und BGH*, s.75. Daha detaylı bilgi için bkz. Peter Reichel, *Vergangenheitsbewaeltigung in Deutschland: Die Auseinandersetzungen mit der NS-Diktatur von 1945 bis heute*, Verlag C.H Beck, München 2001.

<sup>156</sup> Nasyonal Sosyalist Parti üyesi olmayan hukukçuların hemen hemen hepsi kitlesel olarak işgal sonrası dönemde nasyonal sosyalist rejimin hukuksuzluklarındaki sorumluluklarını inkara girişmiş, bu suçların bir avuç suçlu ve militan tarafından işlendiğini ileri sürmüşlerdir. Bkz. Kostal, s.21. Bu görüşe bu dönemde destek veren akademisyenler de olmuştur. Örneğin bkz. Hubert Schorn, *Der Richter im dritten Reich- Geschichte und Dokumente*, Verlag Vittorio Klostermann, Frankfurt. 1959. s.26vd.

<sup>157</sup> Ancak 1948'in ardından yargı hizmetlerinin neredeyse durmuş olması, Nasyonal Sosyalizm ile lekelenmemiş yargıç bulmanın zorluğu ve Sovyetlerle ABD arasında başlamış olan Soğuk Savaş'ın dikkatleri başka yöne çekmesi gerekçe kılınarak, Nazilerden arındırma sonlandırılmış ve birçok eski Nazi Parti üyesi yargıç görevlerine geri dönmüştür. Kenneth Letford, "III. Reich'taki Alman Yargıçları Yargılamak: Geçmişle Yüzleşme ve Geçmişini Mazur Görme" (çev: Kıvılcım Turanlı); in: *Nazi Almanyası'nda Hukuk- İdeoloji, Fırsatçılık ve Adaletin Saptırılması* (ed:Alan E. Steinweis& Robert D. Rachlin), Zoe Kitap, İstanbul 2020, s.206-207.

Bonn Anayasası'nın yürürlüğe girmesiyle Federal Almanya Cumhuriyeti'nin kurulmasıyla Batı Almanya'da kamu gücünü yeni Cumhuriyet devralmış; kamu görevlileri konusu ise Anayasa'nın 131. maddesinde düzenlemiştir. Buna göre 8 Mayıs 1945 tarihinde halen kamu görevinde bulunan ve o ana dek herhangi bir sebeple kamudan ayrılmamış olan kimselerin durumu federal bir yasa ile düzenlenecektir. Böylece kurucu iktidar, bu hususu yasa koyucunun takdirine bırakmıştır. Nihayetinde 1951 senesinde Federal Meclis (*Bundestag*), "G-131" olarak bilinen Anayasa'nın 131. maddesinin kapsamında bulunan kişilere ilişkin yasayı çıkarmıştır.<sup>158</sup> Bu kanun ile nasyonal sosyalist rejimin insanlığa karşı eylemlerine ilişkin hakkında dava açılmış (*Hauptschuldigte*) yahut isnatta bulunan (*Belastet*) kişiler haricindeki herkesin görevine devam edebileceği düzenlenmektedir.<sup>159</sup> Ancak kanun bu duruma şöyle bir istisna getirmektedir: Kanun, idareye toplam kamu görevlisinin %20'si kadar memuru yenileriyle ikame edebilme şansı vermiştir, bu durumda görevine son verilen ve on seneyi aşkın süredir görev yapan memurlara bir geçiş ödemesi (*Übergangsgeld*) yapılmasını öngörmüş, ayrıca emekli maaşlarının %55'inin de ödeneceğini belirtmiştir. Ancak bu sosyal haklara sahip olmayan memurlar ve onların destekçileri kanuna çok ciddi bir tepki göstermiştir. Buna göre "G-131" yasası ile anayasa ihlal edilmektedir; çünkü yeni kurulan Federal Alman Cumhuriyeti, 8 Mayıs 1945'te varlığı sona eren Alman İmparatorluğunun (*Deutsches Reich*) halefi olup; yeni Cumhuriyet bu özdeşlik sebebiyle devlet ve kamu görevlileri arasındaki hukuki ilişkileri de sürdürmekle yükümlüdür.<sup>160</sup>

Bu sürece karşı çok sayıda memur haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle öncelikle Federal Mahkeme'ye (*Yargıtay*) sonrasında ise Federal Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuşlardır. Burada değinilmesi gereken

---

<sup>158</sup> Sommer-Weisel, s. 72.

<sup>159</sup> Bu durum Federal Almanya Cumhuriyeti'nde o dönem izlenen daha uzlaşmacı tutumun ve "onarıcı adalet" anlayışının bir sonucudur. Bkz. Justing Collins, *Democracy's Guardians- A History of the German Federal Constitutional Court (1951-2001)*, Oxford University Press, Oxford 2005, s.29.

<sup>160</sup> A.g.e.

husus, Federal Mahkeme dairelerinin kendi içinde çelişkili kararlar vermiş olmasıdır. Federal Mahkeme'nin genel yetkili 3. Dairesi, kamu görevlilerinin zor durumda olduğunu belirtmekle beraber "G-131" yasaının geçiş süreci için gerekli düzenlemelere yer verdiğini de vurgulayarak anayasaya aykırılık iddialarını reddetmiştir. Buna karşın kamu görevlilerine ilişkin hukuki uyumsuzlukları çözmekle yetkili 1. Hukuk Dairesi ise düzenlemenin Weimar Anayasası'nın 129. maddesinde belirtilen güvenceleri ortadan kaldırdığını ve dolayısıyla anayasaya aykırı olduğunu belirtmiş ve bu aykırılığı ortadan kaldıracak meşru bir anayasal dayanağın da olmadığını vurgulamıştır.<sup>161</sup> Benzer biçimde Federal Mahkeme Hukuk Genel Kurulu da "G-131" yasaının eşitlik ilkesi ve mülkiyet hakkını ihlal ettiğine ilişkin bir mütalaayı Federal Alman Anayasa Mahkemesi'ne sunmuştur.<sup>162</sup> 34 memurun yapmış olduğu anayasa şikayeti ile nihayetinde son sözü söylemek ise Federal Alman Anayasa Mahkemesi'ne kalmıştır.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi (FAYM), "Memurlar İçtihadı (*Beamtenurteil*)" olarak bilinen kararı<sup>163</sup> ile "G-131" yasaının anayasaya uygun olduğunu tespit etmiş ve hak ihlali iddialarını reddetmiştir. Mahkeme'nin gerekçesi aslında oldukça basit bir cümlede özetlenmiştir: "8. Mayıs 1945 tarihi itibarıyla kamu görevlilerine ilişkin bütün hukuki ilişkiler sona ermiştir."<sup>164</sup>

Bu noktada FAYM, Federal Mahkeme'nin gerekçelendirmesine karşı çıkmış; Nasyonal Sosyalist rejimin kamu gücünü ele geçirmesi ile siyasi partilere ilişkin tarafsızlığı ihtiva etmesi gereken memurin ilişkilerinin sona erdiğini ve devletin Nasyonal Sosyalist Parti'nin aparatı haline geldiğini belirtmiştir.<sup>165</sup> Bu sebeple 1945 yılında devlet biçiminin değiş-

---

<sup>161</sup> Sommer-Wesel, s.73.

<sup>162</sup> A.g.e

<sup>163</sup> BVerfGE 3,53.

<sup>164</sup> "Alle Beamtenverhältnisse sind am 8. Mai 1945 erloschen."

<sup>165</sup> Bunun sebebi olarak Sommer-Wesel, özellikle kendisinin içinde bulunduğu, hukuken de sorumlu olan hukuk camiasının bir an evvel geçmişi arkada bırakma isteği olduğunu belirtmektedir. Sommer, Wesel, s.77.



mesi, memuriyet ilişkilerine temas etmeyen bir geçiş ile karşılaştırılmaz.<sup>166</sup> Dolayısıyla Weimar Anayasası'nın 129. maddesinde memurlar için düzenlenen güvencelerin halen devam ettiğinden bahsedilemez.<sup>167</sup>

Bu karara karşı ise gerek öğreti gerekse yargı önemli bir direnç göstermiştir.<sup>168</sup> Belirtmek gerekir ki FAYM'nin bu kararına olan bu direnç, Batı Almanya yargısının Nasyonal Sosyalist rejimin sorumlularının yargılanmasına dair göstermiş olduğu isteksizlikle birlikte ele alındığında özel bir anlam kazanmaktadır.<sup>169</sup> Özellikle Federal Mahkeme Hukuk 3. Dairesi, bir devletin ancak işgal ya da ilhak yoluyla ortadan kalkacağını; FAYM kararının 19. yüzyılın partiler devleti anlayışını kabul ettiğini; tek partili bir düzenin devleti ortadan kaldırmadığını ifade etmektedir.<sup>170</sup> Bu noktada bu direncin ironik olan tarafı bir bölümü Nasyonal Sosyalist rejimde de yargıçlık yapmış olan ve bu dönemde "aşırı pozitivist bir yaklaşımla" otoriter rejime hizmet etmekle suçlanan yargının, bu sefer doğal hukukçu bir yaklaşım benimsemesidir.<sup>171</sup>

---

<sup>166</sup> Menzel, *Völkerrechtliche Kontinuität vs. beamtenrechtliche Diskontinuität-Vergangenheitsbewältigung im Disput zwischen BVerfG und BGH*, s.76.

<sup>167</sup> Sommer-Wesel, s.74.

<sup>168</sup> Hukukçu olmayan kamuoyunda ise karar büyük destek görmüş, hatta karar "Alman kendi kaderini tayin hakkının Magna Cartası" olarak dahi görülmüştür. Bkz. Sommer-Wesel, s.73.

<sup>169</sup> Bkz. Ledford, s.212. Nasyonal sosyalist dönemin sorumlularını sadece o dönemdeki yasaları uyguladıkları gerekçesiyle mahkûm etmenin mümkün olmadığı gerekçesiyle "aklayan" bu pozitivist görüşün Radbruch formülü ile nasıl aşıldığına aşağıda değinilecektir.

<sup>170</sup> Öğretide bu yorumun da ötesinde Nazi Partisi'nin diğer partileri mağlup edip tek parti haline geldiğini; dolayısıyla böyle bir devlet düzeninde partili bir memuriyetten bahsedilemeyeceğini dahi belirtenler olmuştur. Prof. Herrfahrdt'ın bu yorumu için bkz. Menzel, *Völkerrechtliche Kontinuität vs. beamtenrechtliche Diskontinuität-Vergangenheitsbewältigung im Disput zwischen BVerfG und BGH*, s.77

<sup>171</sup> Collins, s.31.

Öğretideki yoğun eleştiriler ise, 1954 tarihinde toplanan Anayasa Hukukçuları Toplantısında (*Staatslehrerstagung*) dile getirilmiş; kararı savunan yegâne akademisyen olan Ernst Friesenbahn o gün ortaya konan görüş ve içtihatların ileride DDR ile Federal Almanya'nın birleşmesi sonrasında da uygulama alanı bulacağı öngörüsünde bulunmuştur.<sup>172</sup>

Federal Mahkeme'nin ortaya koyduğu bu direnişe karşı 1957 tarihli "Gestapo" kararı ile FAYM içtihadını güçlendirmiştir.<sup>173</sup> Buna göre Almanya'da Nasyonal Sosyalizm zamanında totaliter partinin hâkim olduğu memuriyet kurumunun oluşturulmasıyla artık Weimar bürokrasisi hukuken sona ermiştir. Böylece Nasyonal Sosyalizmin bürokrasiye marjinal denilecek kadar az dokunduğu ve detaylı bir araştırmayla kolaylıkla listelenecek kadar çok insanlığa karşı eylemin sorumlusunun kamu görevlileri arasında olmadığı tezi, FAYM üyelerince benimsenmemiştir.<sup>174</sup>

Federal Almanya'da yürütülen<sup>175</sup> Nazisizleştirme sürecinin FAYM'nin bu kararlarına karşı ne kadar başarılı olduğu halen siyasi tarihçilerce tartışılmaktadır: Bir araştırma göstermektedir ki 1973 tarihine

---

<sup>172</sup> Menzel, *Völkerrechtliche Kontinuität vs. beamtenrechtliche Diskontinuität-Vergangenheitsbewältigung im Disput zwischen BVerfG und BGH*, s.78.

<sup>173</sup> Kararın bir diğer sonucu ise yeni bir yargısal aktör olarak FAYM'nin özellikle yüksek yargı organları üzerindeki hakimiyetini kurabilmiş olmasıdır. Bkz. Collins, s.28.

<sup>174</sup> Sommer-Wesel, s.75. "Gestapo kararının" geçmişle hesaplaşma açısından "Memurlar" kararına kıyasla daha önemli bir karar olduğu ifade edilmektedir; çünkü ilk karardaki teorik vurgunun yanında "Gestapo" kararında Nazi dönemindeki kamu görevlilerinin insanlık dışı eylemleri de tartışılmış; "Memurlar" kararına eleştiride bulunan birçok akademisyene cevap olarak da Nasyonal Sosyalizm döneminde nasıl devlet ve partinin iç içe geçmesini savunduklarına ilişkin çok sayıda alıntıya da yer verilmiştir. Bkz. Collins, s.36.

<sup>175</sup> DDR topraklarında kalan eski Nazilerin tasfiyesi de üstünde durulması gereken önemli bir konudur. Bu hususta DDR oldukça tavizsiz davranmış; ancak bu süreci bir fırsata da çevirmiş ve eski Nazilerin yanında Komünist Parti ile zorunlu birleşmeyi (*Zwangvereinigung*) reddeden sosyal demokratlar ve eski komünistler de kamu makamları ve iktisadi yaşamdan arındırılmışlardır.

kadar Bonn'daki Adalet Bakanlığı'nda çalışan kamu görevlilerinin %53'ü eski Nasyonal Sosyalist (Nazi) Partisi üyesidir.<sup>176</sup>

Federal Almanya Cumhuriyeti tarihinde anayasa karşıtı görülen akımlara karşı yürütülen mücadele ve bu mücadelenin kamu görevlileri açısından beraberinde getirdiği tedbirler sadece Nasyonal Sosyalistler ve onun temsilcileri ile sınırlı kalmamıştır. Nitekim 70'li senelere gelindiğinde 68 gençlik hareketlerinin Soğuk Savaşın önemli aktörü olan Federal Almanya yöneticilerinde doğurmuş olduğu panik sonucunda özellikle kamuda sosyalist akımlara karşı sert tedbirler alınması "Başbakanlar Konferansında" karara bağlanmış; tam da bu atmosferde bir hukuk stajyerinin zorunlu staja kabulünün reddedilmesinden kaynaklı Schleswig İdare Mahkemesi'nde açtığı davada uygulanan normun anayasa aykırılık iddiası somut norm denetimi yoluyla FAYM'nin önüne gelmiştir. Hukuk stajyerinin (Rechtsreferendar) "Hukuk Kızıl Hücresinin (*Rote Zellen Jura*)" bir etkinliğine katılması sebebiyle staj yapma talebinin reddedilmesine dayanak oluşturan yasal düzenleme ise Eyalet Memur Kanunu'nun 9. maddesiydi.<sup>177</sup> Buna göre özgürlükçü demokratik devlet için tehlike oluşturan kamu görevlilerinin atanmaması mümkündü. FAYM, "Extremisten (Aşırıları)" olarak da bilinen kararında<sup>178</sup> dava konusu normu anayasaya uygun bulmuştur. Bununla birlikte yaptığı değerlendirmede Bonn Anayasası'nın 33. maddesinde düzenlenen kamu hizmetine girme hakkının

---

DDR resmi rakamlarına göre sadece 408.549 kişi bu tasfiye sürecinin muhatabı olmuştur. Bkz. Quaritsch, s.528.

<sup>176</sup> Sommer-Wesel, s. 77.

<sup>177</sup> Bu maddenin hukuk stajyerleri için uygulama alanı bulması ise Hukuk Eğitimi Yönetmeliğinin 25. maddesinde yapılan gönderme ile mümkün kılınmıştır. Hatta bu sebeple ilgili davada tartışmalı olan nokta, uygulanacak normun Memur Kanunu değil; bu yönetmelik olduğu ve somut norm denetiminin ancak şekli anlamda kanun için yapılabilmesi olmuştur. Bkz. Tade Matthias Spranger, BVerfGE 39, 334 – Extremisten: Zur Einstellung von politischen Radikalen in den öffentlichen Dienst, in: Verfassungsrechtsprechung-Ausgewählte Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Restrospektive, Mohr Siebeck, Tübingen 2011, 2. Auflage, s.277.

<sup>178</sup> BVerfGE 39,334.

kamu görevlilerine devlete sadakat yükümlülüğü getirdiğini; bu sadakat yükümlülüğünün de sadece sözlü olarak anayasal düzeni onaylamak anlamına gelmediğini, fiili olarak da anayasal düzenin korunması görevinin icra edilmesini gerektirdiğini ifade etmiştir. Bu sebeple kamu görevlileri, anayasal organlara ve geçerli hukuk düzenine karşı mücadele eden grup ve oluşumlardan uzak durmalıdırlar. FAYM, hukuk stajyerlerinin de kamu görevlilerinin liyakat ve uygunluğuna sahip olmaları gerektiğini; ancak hukuk mesleğini staj sonrasında kamu dışında icra etmek istiyorlarsa onların siyasi görüşleri sebebiyle mesleklerini icra etmelerinin engellenmesinin çalışma hakkı ihlali anlamına geleceğini belirtmiştir. Dolayısıyla mahkemeye göre devlet, staj sonrasında kamuda görev yapmak istemeyen hukuk stajyerlerine eşdeğer bir staj eğitimini, onlara bu staj kapsamında devlette görev verilmeksizin sunmak zorundadır.<sup>179</sup> Kararda ilginç olan bir husus ise henüz FAYM tarafından yasaklanmamış olan ve dolayısıyla da parti ayrıcalığından<sup>180</sup> faydalanan bir siyasi partiye üye olduğu gerekçesiyle de bir kişinin kamu görevine girmesine engel olunup olunmayacağına ilişkin geleceğe dair yapılan değerlendirmedir. Mahkeme böyle bir durum yaşanması durumunda da kamu görevinden yasaklılığı anayasaya uygun bulmuştur.<sup>181</sup> Son olarak Mahkeme'nin kamu görevlilerinin geçmişine yönelik yaptığı değerlendirme oldukça çarpıcıdır: FAYM, insanların özellikle gençlik zamanlarında daha duygusal tepkiler vererek protest bir tutum alabileceklerini ve bu dönemde bazı milis gruplanmalarına üye olabileceklerini de vurgulamıştır. Son olarak vurgulamak gerekir ki bu karar kamu görevine girişte yapılacak değerlendirmeler

---

<sup>179</sup> Spranger, s.279.

<sup>180</sup> Federal Alman Anayasası'nın 21. Maddesinde öngörülen parti ayrıcalığı, Anayasa Mahkemesi tarafından "anayasa karşıtlığı" tespit edilene kadar siyasi partilerin ve faaliyetlerinin "anayasaya uygunluk karinesinden" faydalanmasını esas almaktadır. Bu kavram silah ruhsatından toplanma özgürlüğüne kadar çok sayıda olguda tartışmaya yol açmaktadır. Silah ruhsatı ve parti ayrıcalığına ilişkin bkz. Bkz. Michael Snowadsky/ Richard Wiedemann, Wafferecht und Parteienprivileg vor dem BVerwG, BayVBl 2011, 102.

<sup>181</sup> Yargıç Reuffert ve Rupp bu bölüme muhalif kalmışlardır.

meleri oldukça etkilemiş ve karardan tam 35 sene sonra memur olmaksızın ve kamuda görev almaksızın hukuk stajı yapma olanağı tanınmıştır.<sup>182</sup>

### 5.2.2. Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin Yeniden Birleşme Sonrası Kamu Görevlilerine İlişkin Vermiş Olduğu Kararlar

Yeniden Birleşme Sonrasında DDR kamu görevlilerinin hukuki statüsüne ilişkin uyuşmazlıkların Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmesi çok uzun bir zaman almamıştır. Mahkeme'nin bu hususta 1991 senesinde vermiş olduğu ilk karar, "Bekleme Süreci (*Warteschleife*)" kararı olarak da bilinen, çalıştıkları idari birim kapanan kamu

---

<sup>182</sup> Spranger, s.281. Benzer biçimde Federal İş Mahkemesi de 1987 senesinde vermiş olduğu bir kararında memurluk aşaması dışındaki bir hazırlık hizmeti için aktif bir "anayasaya sadakat" gerekli olmadığını; tarafsız bir anayasal duruşun yeterli olduğunu belirtmiştir. Buna karşın Federal Almanya'da eyalet anayasa mahkemesi düzeyindeki güncel bir karar FAYM'nin 1970'lerde ortaya koyduğu "*Extremisten*" kararındaki kriterler ve bu kriterlerin sonucunda hukuk stajı yapmak için memuriyet ilişkisine ihtiyaç duyulmaması yönündeki kazanımlardan sapılabildiğini ortaya koymaktadır. Buna göre Neo-Nazi 3. Yol Örgütünün önderi konumundaki bir başvuruçunun hukuk stajyerliğinden çıkarılmasına ilişkin başvuruda Sachsen Eyalet Anayasa Mahkemesi, stajyerlik ilişkisinin sonlandırılmasının başvuruçunun çalışma hakkına bir müdahale olduğunu kabul etmiş. Bu müdahalenin ise başvuruçunun halen anayasaya karşıt bir örgütlenmede aktif olarak rol aldığı için ceza mahkemesince tespit edildiğinden dolayı meşru bir amaca dayandığını belirtip, müdahaleyi de ölçülü bulmuştur. Federal İş Mahkemesinin 1987 senesindeki bu kararı, bu karardan önemli ölçüde sapma içeren Sachsen Eyalet Anayasa Mahkemesinin kararı ve bu kararların değerlendirilmesi için bkz. Jonas Deyda, Nazis im Staatsdienst: Divergierende Rechtsprechungslinien zum Ausschluss aus dem juristischen Vorbereitungsdienst, VerfBlog, 2022/1/04, <https://verfassungsblog.de/nazis-im-staatsdienst/>, DOI: 10.17176/20220104-210242-0. (Erişim tarihi:07.01.2022). Sachsen Eyalet Anayasa Mahkemesinin kararına karşı yapılan anayasa şikâyeti ise FAYM tarafından, başvuruçunun FAYM Kanunu 23. madde uyarınca başvurusunu gerekçelendirememesi sebebiyle kabul edilemez bulunmuştur. Bu karar için bkz. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 06. Juli 2021-2 BvR 950/21-, Rn. 1-12.

görevlilerinin durumuna ve onların mali haklarına ilişkindi.<sup>183</sup> Bu kararda öncelikle FAYM, Federal Almanya Cumhuriyeti'nin 1945'te sonlanan Almanya İmparatorluğu'nun (*Deutsches Reich*) halefi olduğunu<sup>184</sup> ve bunun DDR topraklarını da kapsadığını tespit etmiştir. Yine Mahkeme, Nazi Almanya'sı döneminde görev yapmış kamu görevlilerine ilişkin daha önceki içtihadının aksine<sup>185</sup>, DDR'in sonlanması ile memurluk ilişkilerinin de sona ermiş olmadığını dolayısıyla Federal Hükümet'in DDR kamu görevlileri için de hukuki yükümlülüklerle sahip olduğunu belirtmiştir.

Somut olayda Mahkeme'ye göre Yeniden Birleşme Sözleşmesi'nin ilgili hükümleri ile DDR kamu görevlilerinin çalışma hakkına bir müdahalede bulunulmaktadır; ancak bu müdahale kamu yararına hizmet eden meşru bir amaç (etkin bir idare kurulması ve diğer çalışanların finanse edilmesi) gütmektedir.<sup>186</sup> Ancak burada yasa koyucunun sınırsız bir takdir yetkisi bulunmamaktadır: Temel hakka yapılan müdahalenin ölçülü olabilmesi için çalıştıkları idari birimleri kapamış olan kişilere yapılan tazminat ödemelerinin kısıtlı bir zaman diliminden fazlasını kapsamaması; böylece geçiş sürecinin etkilerinin yumuşatılması gerekmektedir. Bu noktada Mahkeme özellikle, çalıştıkları birim kapansa dahi Anayasa'nın al-

---

<sup>183</sup> Bkz. BVerfGE 84,133, Warteschleife.

<sup>184</sup> II. Dünya Savaşı sonrasında Almanya topraklarında DDR ve Federal Almanya Cumhuriyeti olarak iki devlet kurulması sonrasında bu devletlerin hukuki statüsü ve halefiyete ilişkin "Almanya teorileri" olarak bilinen görüşler ve FAYM'nin bu husustaki tespitleri için bkz. Ahmet Mert Duygun, "Yunanistan'ın Almanya ile Yaşadığı Savaş Tazminatı Tartışmasının Gündeme Getirdikleri: Federal Almanya Cumhuriyeti Nazi Almanyası'nın Devamı mı? Anayasa Hukuku ve Uluslararası Hukuk Açısından Bir Değerlendirme", *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Haziran 2015, Sayı: 5, s. 113-131.

<sup>185</sup> Collins, s.236.

<sup>186</sup> BVerfGE 84,133, 74.

tıncı maddesinde yer alan ailenin korunması hakkının da süjesi olan hamile kadınların işine son verilmemesi gerektiğini vurgulamaktadır.<sup>187</sup> Dolayısıyla Mahkeme, önüne gelen anayasa şikayetinde hak ihlalini doğurduğu ileri sürülen yasal düzenlemeleri sadece hamile kadınlar açısından kısmi olarak anayasaya aykırı bulmuştur.<sup>188</sup>

Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin DDR kamu görevlileri için yapılan arındırma faaliyetlerine ilişkin ilk verdiği karar ise, "*Sonderkündigung* (Özel Fesih)" kararı<sup>189</sup> olarak bilinen karardır. Karara konu olan olayda DDR Halk Polisi'nde görevli olan başvuru, Birleşmenin ardından 11.000 meslektaşıyla beraber Federal Almanya polisine katılmıştır. 1992 yılında başvurucuyla beraber 10.000 kişi özel incelemeye tabi kılınmış; bu incelemeler yukarıda da bahsedilmiş olan formlar doğrultusunda yapılmıştır. Temmuz 1992'de başvuru iş sözleşmesi liyakatsizlik sebebiyle feshedilmiştir. Başvurucunun olağan hukuk yollarını tüketmesinin ardından yapmış olduğu anayasa şikayetinde ise Mahkeme, başvuru çalışmaya hakkının ve kamu hizmetine girme hakkının ihlal edildiği tespitinde bulunmuştur. FAYM kararı uyarınca, kamu hizmetinde hangi statüde çalışırsa çalışsın Bonn Anayasası'nın 12. maddesinde bulunan çalışma hakkının tamamlayıcısı olarak kamu hizmetine girme hakkını düzenleyen 33. maddenin de çalışma hakkı ile yarışan bir hak olarak koruma alanında olduğunu belirtmiştir.<sup>190</sup> Mahkeme'ye göre Yeniden Birleşme Sözleşmesi ile DDR idari teşkilatında çalışan kamu görevlilerinin bir kısmının gerekli liyakata sahip olmadığı varsayımından hareket edilmiş; aynı zamanda DDR zamanında siyasi nedenlerle kamu hizmetine girme fırsatı bulamayan kişilere yeni bir şans verilmek istenmiştir. Mahkeme'ye göre meşru olan bu amaç aynı zamanda elverişli ve orantılıdır da. Ancak anayasaya uygun olan bu anlaşma hükümleri, somut olay

---

<sup>187</sup> BVerfGE 84,133, 86vd.

<sup>188</sup> BVerfGE 84,133, 89.

<sup>189</sup> BVerfGE 92, 140 – Sonderkündigung.

<sup>190</sup> BVerfGE 92, 140, 44.

açısından uzman mahkemelerce anayasaya uygun biçimde yorumlanmamıştır.<sup>191</sup> Her şeyden evvel uzman mahkemeler, başvurucunun sadece geçmişte totaliter rejimin partisinin üyesi olması ve partide bazı görevler üstlenmesinin fesih için yeterli olduğu varsayımından yola çıkmışlar; başvurucunun şu anda Federal Almanya Cumhuriyeti'nin temel ilkelerine sadık olup olmadığını incelemeye gerek görmemişlerdir. Oysaki Yeniden Birleşme Anlaşması'nın temel amacı DDR kamu görevlilerini mümkün olduğunca Federal Almanya Cumhuriyeti teşkilatına entegre etmektir, bu sebeple genel kategorik bir dışlama yerine "bireyselleştirilmiş bir inceleme" ile bazı kamu görevlilerinin sözleşmelerinin feshi yoluna gidilmiştir.<sup>192</sup> Mahkeme burada daha önce kamu görevlilerinin sadakat yükümlülüğüne ilişkin "*Extremisten*" kararında ortaya koymuş olduğu ölçütlerin geçmişe yürüyecek şekilde DDR kamu görevlileri için uygulanmasının mümkün olmadığını ifade etmiştir.<sup>193</sup>

DDR döneminde Parti'nin okul komiseri oldukları için iş sözleşmeleri Birleşme Sözleşmesi'ne göre feshedilen öğretmenlerin yapmış olduğu üç başvurunun birleştirildiği "*Parteilehrer (Partili öğretmen)*"<sup>194</sup> kararında ise Mahkeme, öncelikle öğretmenlerin yetiştirdikleri gençler için rol model olduğunu ve bu sebeple güven arz etmesi gerektiğini vurgulamış, öğretmenler açısından bu işe uygunluğun, onun iç dünyasındaki değer yargılarından bağımsız olmadığını da belirtmiştir. Karar öncesinde uzman kişilerden bilgi alan Mahkeme, DDR döneminde eğitim alanında parti komiserlerinin işlevlerinin ne olduğunu incelemiştir. Buna göre

---

<sup>191</sup> BVerfGE 92,140, 51.

<sup>192</sup> BVerfGE 92, 140, 57.

<sup>193</sup> BVerfGE 392,140, 61. Doktrinde de şu önemli ayırım yapılmaktadır: "Extremisten" kararında demokratik bir düzenin içinde tamamen kendi iradesiyle anayasa karşıtı grupların içinde yer alan kişiler söz konusuysen, DDR kamu görevlilerinin önemli bir kısmı demokratik, liberal bir hukuk düzeninin gerçeklerini hiç gözlemlememiş; çoğunlukla kariyerinin devamı SED üyeliğine bağlı ve o sırada geçerli olan anayasa düzenine açıktan eleştiri getiremeyecek kişilerden oluşmaktadır. Bkz. Weiss/Kreuder, s.19.

<sup>194</sup> BVerfGE 96, 152 – Parteilehrer.



parti komiserlerinin hem okullardaki parti üyesi olan öğretmenlerin disiplin amirleri olarak onları parti çizgisinde tutma ve gerektiğinde disiplin yaptırımıyla cezalandırma gibi yetkileri hem de öğrencilerin siyasi faaliyetlerini ve okuldaki gelişmeleri partideki üstlerine bildirme yükümlülükleri bulunmaktaydı.<sup>195</sup> Mahkeme bununla beraber DDR eğitim sisteminin diğer idari teşkilatlanmada görüldüğünden de sert bir hiyerarşiye sahip olduğunu ve dolayısıyla partili öğretmenlerin tek başlarına bu olguyu değiştirecek kadar tesirli olmadıklarına vurgu yapmaktadır. FAYM bununla beraber, daha önceleri Birleşme Sözleşmesi'nden kaynaklı fesihlere ilişkin kararda tespitlerini tekrarlayarak, tek başına parti üyesi olmanın ya da DDR eğitim sisteminde öğretmen olarak görev yapmanın liyakatsizlik sebebiyle iş sözleşmesinin feshini meşru kılmadığını ve dolayısıyla somut olayda yürütülen bu görevlerin öğrenciler ve öğretmenler açısından nasıl bir zarar doğurduğunun halihazırda kamuya açık olan belgeler ışığında ortaya konması gerektiğini ifade etmiştir.<sup>196</sup> Bu sebeple söz konusu kararda Mahkeme, bu bireysel incelemenin yapılmadığı 2 başvuru açısından kamu hizmetine girme hakkı ile bağlantılı olarak çalışma hakkının ihlal edildiğini tespit etmişken, diğer bir başvuru için ise iş sözleşmesinin feshinin hak ihlali oluşturmadığına hükmetmiştir. Mahkeme örneğin söz konusu başvuruçulardan birinin hem Parti Sekreterliği hem de Arkadaş Casusluğu Şefi (Freundschaftspionierleiterin) olarak görev yapmasının tek başına iş sözleşmesinin feshini haklı kılmadığını belirtmiştir.<sup>197</sup> Buna karşın Mahkeme, 17 senedir aralıksız olarak parti sekreteri ve okul direktörü olarak görev yapan başvuruçunun sözleşmesinin feshedilmesi sebebiyle çalışma hakkının ihlal edilmediğine hükmetmiş; burada başvuruçunun kendisini tamamen partiye adanmış bir kariyeri olmasını ve birleşme öncesinde bu sebeple görevden uzaklaştırılmış olmasını gelecekte etkin bir idare kurmak açısından yeterli sayan uzman mahkemelerin gerekçelerinde meşru olmayan bir müdahale tespit etmemiştir.<sup>198</sup>

---

<sup>195</sup> BVerfGE 96, 152, 44-45.

<sup>196</sup> BVerfGE 96, 152, 49.

<sup>197</sup> BVerfGE 96, 152, 51.

<sup>198</sup> BVerfGE 96, 152, 55.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin yeniden birleşme sonrasında yüz yüze kaldığı önemli sorunlardan biri de DDR üniversitelerinde görev yapan akademisyenlerin durumudur. Yeniden Birleşme sonrasında aralarında Humboldt Üniversitesi'nin eski rektörü Heinrich Fink<sup>199</sup> gibi ünlü bilim insanlarının da olduğu çok sayıda akademisyenin görevine son verilmiş; onların bıraktığı anabilim dalı başkanlıkları ise çoğunlukla batıdan gelen<sup>200</sup> akademisyenlerce doldurulmuştur.<sup>201</sup> DDR kamu iktisadi teşekküllerinin Batı Almanya tarafından kapatılarak özelleştirilmesini öngören "Treuhand" planının akademik yansıması olarak nitelenen<sup>202</sup> bu tasfiye, üniversitelerin diğer kurumlardan çok daha fazla

<sup>199</sup> Fink'in görevine 1969'dan beri STASI ile aralarında "resmi olmayan işbirlikçilik" ilişkisi olduğu gerekçesiyle son verilmiştir. Bu durum onun Birleşme sürecindeki önder rolü sebebiyle Fink lehine çok sayıda öğrenci protestosuna yol açmış; İş Mahkemesi'ndeki yargılamada STASI görevlileri onun asla kurum ile iş birliği yapmadığı yönünde ifade vermiştir. Bkz. Quint, s. 173. Buna karşın yazılı STASI belgelerine dayanarak mahkeme bu ifadeleri de dikkate almamış ve davayı reddetmiştir. Fink ise daha sonra 1994 senesinde SED'in devamı olarak kurulan Demokratik Sosyalizm Partisi (PDS) listesinden milletvekili olarak Bundestag'da görev yapmıştır. Fink hakkındaki STASI raporları için bkz. Der Denunziant- Die Birthler-Behörde hat die Spitzelakte von Heinrich Fink vorgelegt - der Theologe bestreitet aber weiterhin seine Zusammenarbeit mit der STASI Berliner Zeitung 16.06.2005, <https://web.archive.org/web/20060204122732/http://www.berlinonline.de/berliner-zeitung/archiv/.bin/dump.fcgi/2005/0616/politik/0003/index.html> (Erişim tarihi:12.03.2021)

<sup>200</sup> Batı Almanya'dan aktarılan kişilerle eski DDR kadrolarının doldurulması sadece akademiye özgü bir olgu değildir; Yeniden Birleşme sonrasında eski DDR sınırları içerisinde oluşturulan 5 yeni eyalette başbakanların mutlaka Batı Almanya (Federal Almanya Cumhuriyeti) doğumlu bakanlara kabinede yer verildiği görülmektedir. Bkz. Derlien, s.197.

<sup>201</sup> Kadın akademisyen sayısının çok olduğu DDR üniversitelerinin aksine Federal Almanya Cumhuriyeti'nde erkek akademisyenlerin üniversitede hegamonik bir üstünlüğünün olması da bu durumu etkilemiş; çoğunlukla görevine son verilen kadın akademisyenler Batılı erkek akademisyenlerce ikame edilmiştir. Bkz. Quint, s.179.

<sup>202</sup> Quint, s. 182. Bu süreçte sadece DDR üniversiteleri "Batılılaştırılmamış"; aynı

eski rejimin siyasi atmosferinden etkilendiği gerekçesiyle savunulmuştur.<sup>203</sup> Bu işlemlerin bazılarında karşı idari yargıda açılan davalar sonucunda ise idari yargı, üniversitelerdeki bu “reform” girişimlerinin anayasaya aykırı olduğu ve geçiş düzenlemesi olmaksızın akademik birimlerin kapatılmasının hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle işlemlerin iptali kararı vermiştir.<sup>204</sup> Federal Alman Anayasa Mahkemesi önünde ise bu husus öncelikle Sachsen-Anhalt ve Berlin eyaletlerindeki geçiş yasası ile DDR yükseköğretim sisteminde edindiği profesörlük kadrosunun yerine yüksekokul doçenti (*Hochschuldozent*) ya da araştırma görevlisi (*wissenschaftlicher Mitarbeiter*) kadrosu ihdas edilen akademisyenlerin yaptığı anayasa şikâyeti sonucunda tartışılmıştır.<sup>205</sup> FAYM, burada öncelikle DDR döneminde öğretim elamanlarının statüsüne ilişkin açıklamalarda bulunmuştur. Mahkeme’nin de belirttiği üzere akademik özerkliği haiz olmayan DDR üniversitelerinde görev yapan akademisyenler (profesörler, doçentler ve diğer öğretim elamanları), kamuda görev yapan diğer personel gibi iş sözleşmesi ile çalışmakta ve DDR üniversitelerinden verilen doktora ve eğitim konusunda liyakatli olduğuna ilişkin bir değerlendirmeye ihtiyaç duymaktaydılar. Bu değerlendirmeye karşı Batı Almanya üniversitelerinde bir itiraz hakkı tanınmamaktaydı.

Yeniden birleşme öncesinde geçiş düzenlemesi olarak DDR önce Yüksek Öğretim Yönetmeliği (*Hochschulordnung*)<sup>206</sup> ile üniversitelere idari özerklik vermiştir. Yeniden Birleşme Sözleşmesi’nin olağan ve olağüstü fesihle ilgili hükümleri tüm kamu görevlileri gibi akademisyenler için de geçerli olacaktır; buna karşın Federal Alman Cumhuriyeti’nin Yükseköğrenim Çerçeve Yasasının (*Hochschulrahmengesetz*) 75/a. maddesi bu akademisyenlerin statüsüne ilişkin 3 ay içinde gerekli koşullara dair

---

zamanda Varşova Paktı sonrasında benzer dönüşüm sürecinden geçen Polonya gibi ülkelerle entelektüel köprü oluşturması için Frankfurt Oder (Vladrina) Üniversitesi gibi yükseköğrenim kurumları da kurulmuştur.

<sup>203</sup> Quint, s.177.

<sup>204</sup> Quint, s.178.

<sup>205</sup> BVerfGE 95, 193.

<sup>206</sup> BVerfGE 95,193,5.

düzenleme yapması için federe devletleri yükümlü kılmıştır.<sup>207</sup> Yine aynı düzenlemeye göre eyaletlerin belirleyeceği bu koşulları yerine getiren akademisyenler, daimi memur kadrosuna alınacaklardır. Anayasa şikâyetine konu olan işlemi oluşturan Sachsen-Anhalt eyaletinin çıkardığı yasalardan biri olan Yüksek Öğrenim Yenileme Yasası (*Hochschulernerneuerungsgesetz*) yeni profesörlerin, olağanüstü bir komisyonun yapacağı liyakat ve bilimsel uzmanlık incelemesi<sup>208</sup> atanmasını öngörmüş; bu inceleme sonucunda atanması uygun görülmeyenlere ise itiraz hakkı tanınmasına karar verilmiştir.<sup>209</sup> Profesör kadrosuna atanacak kişiler ise yükseköğretim doçenti olarak görev yapacaklardır. Bu ikisi arasındaki temel fark ise artık özerk olan üniversitelerin yönetimine katılımın profesörlerle sınırlı olmasıdır.

Doğu Berlin'in Batı Berlin ile birleşmesiyle oluşturulan Berlin eyaletinde ise çok sayıda farklı düzenleme çıkarılmış<sup>210</sup>; özetle DDR zamanında üniversitelerde kadro sahibi olan profesör ve diğer akademik kadronun görevleri otomatik olarak sonlandırılmasa da, üniversitelerin yetkili kurullarına bu akademisyenlerin yeni oluşturulan kadrolara geçirilmesi için takdir yetkisi tanınmış; yapılan akademik değerlendirmeler<sup>211</sup> sonucunda bu kadrolara geçirilmeyen profesör ve diğer akademik personele ise araştırma görevlisi/uzman (*wissenschaftlicher Mitarbeiter*) kadrosu tahsis edilmiştir. Mahkemeye anayasa şikâyetinde bulunan başvuru sahipleri

---

<sup>207</sup> BVerfGE 95,193, 7.

<sup>208</sup> Benzer bir komisyon incelemesi Mecklenburg- Vorpommern eyaletinde de yürütülmüş ve sadece 6 ayda 100 akademisyenin dosyası incelenmiştir. Bkz. Quint, s179.

<sup>209</sup> BVerfGE 95,193,12.

<sup>210</sup> BVerfGE 95,193,28vd.

<sup>211</sup> Bu değerlendirmelerde de akademisyenlere tıpkı diğer eski DDR kamu görevlileri gibi formlar doldurulduğu ve bu formlarda akademik personelin DDR devlet aygıtı ile olan ilişkisinin eski hâkim-savcılardan bile daha detaylı bir şekilde incelendiği belirtilmelidir. Bkz. Diemut Majer, Ein halbiertes Rechtsstaat für Ostdeutschland- Unterschiedliche Kriterien bei der Überprüfung von Angehörigen des öffentlichen Dienstes der ehemaligen DDR, s.158.

ya bu yasanın uygulanmasından dolayı doğrudan mağdur statüsünde kişilerdir ya da yasaya dayanarak yapılan idari işlemlerle geçiş döneminde daimî kadroya geçirilmemişlerdir. Mahkeme, yapılan anayasa şikâyeti başvurularının bir kısmını olağan hukuk yolları tüketilmediği için kabul edilemez bulmuşken; ikincillik ilkesinin somut olayda geçerli olmadığına hükmettiği bir dosyada ise esas incelemesine geçip hak ihlali tespitinde bulunmuştur. FAYM, bu başvuruda Anayasa'nın 5. maddesinde düzenlenen bilim özgürlüğünün ihlal edildiği tespitinde bulunmuştur. FAYM'ne göre, bilim özgürlüğü bir negatif statü hakkı olmakla beraber; akademisyene kendisi hakkında yapılacak işlemlere karşı koyabilmesi için üniversite yönetiminin aldığı kamusal tedbirlere katılım imkanını da bahşetmektedir. Dolayısıyla bilim özgürlüğü, ayrımcılık yasağıyla da bağlantılı olarak aynı statüde, bilimsel yetkinlikte olan akademisyenlerin homojen biçimde aynı grupta değerlendirilmesini ve kendisini etkileyecek kararlara dahil olmasını öngörmektedir.<sup>212</sup> FAYM, yapılan başvurularda çalışma hakkı açısından ise ihlal bulmamıştır. Buna gerekçe olarak ise müdahalenin üniversitelerin sosyalist bir akademik yapının tasfiyesinin ardından akademik, finansal ve sosyal açıdan elverişli bir yeni yapı kurma meşru amacını güttüğü gösterilmiş; bu amaç için kullanılan araçların ise başvuru akademisyenler için ölçüsüz olmadığı belirtilmiştir.<sup>213</sup> Çünkü her ne kadar bu akademisyenlere eski kadroları ile denk kadrolar tahsis edilmese de onların iş ilişkileri sonlandırılmamakta ve bilimsel faaliyetlerini kurum içinde yürütmeleri sağlanmaktadır.

## **6. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin DDR Kamu Görevlilerinin Arındırılmasına İlişkin Verdiği Kararlar**

### **6.1 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Post-Sovyet Ülkelerde Yapılan Arındırma Faaliyetlerine İlişkin İçtihatları**

Doğu Avrupa'nın diğer eski totaliter rejimlerinde de 1991 senesinden itibaren<sup>214</sup> benzer "arındırma" faaliyetleri yürütülmüş ve eski komü-

---

<sup>212</sup> BVerfGE 95,193,68.

<sup>213</sup> BVerfGE 95, 193, 86.

<sup>214</sup> 1991 tarihli Arındırma Yasasını ilk çıkaran Çekoslavakya'yı daha sonra Bulgaristan(1992), Macaristan(1994), Arnavutluk (1995) ve Polonya(1997) takip

nist rejimlerle bağlantısı olduğuna inanılan kişiler kamu görevinden çıkarılmıştır. Bu süreç her ülkede farklı işlemekle beraber izlenen yöntemlerin pek çok ortak noktası bulunmaktadır. Bunlardan en önemlisi ise yeni rejimlerin kamu hizmetinin arındırılması faaliyetinde çoğunlukla eski rejimin "istihbarat" organlarını odağa koymasındır.<sup>215</sup> Polonya, Çek Cumhuriyeti (bugünkü resmi adıyla Çekya) ve Slovakya'da üst düzey parti yöneticilerinin kamuda görev yapması yasaklanmıştır. Geçmişle yüzleşmesini "önleyici bağışlama"<sup>216</sup> konsepti adı altında yapan Çek Cumhuriyeti daha sonra çıkardığı Lustrasyon Kanunu ile ortaya koyduğu tanıma göre " istihbarat örgütleri ile kasti biçimde iş birliği" yapan kişilerin<sup>217</sup> kamu görevinden men edilmesi öngörülmüş; bu kanun toplamda 140.000 kişiyi etkilemiştir.<sup>218</sup> Kanun'un iptali için Çek Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açılmış; Mahkeme kanunu anayasaya uygun bulmakla beraber failerin kategorize edilmesine ilişkin bazı sorunlar bulunduğu da tespit etmiştir.<sup>219</sup> Polonya ise üç aşamalı bir geçmişle yüzleşme konsepti benimsemiştir: Öncelikle belirli kamu görevlerine atanmaya aday olan ve eski düzende kamu görevi üstlenen kişilerin Lustrasyon Ofisinden gelen bilgilendirme doğrultusunda isimlerinin duyurulması söz konusudur.<sup>220</sup> İkinci aşama ise 18 Aralık 1998 tarihli Ulusal Hatırlama

---

etmiştir. Bkz. Gökhan Çayan, Geçiş Adaleti Ve Avrupa Arındırma Hukuku, TAAD, Yıl: 11, Sayı: 40, s.216.

<sup>215</sup> Klaus von Beyme, Systemwechsel in Osteuropa, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1994, s.185.

<sup>216</sup> Jakub J. Sczzerbowski/Paulina Pitrowska, Measures to Dismantle the Heritage of Communism in Central and Eastern Europe: Human Rights Context, Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol n° 62/63, s. 240.

<sup>217</sup> Bu kişilerin daha sonra özel sektöre geçerek, kurdukları ilişkilerle geçiş dönemi siyasetini etkilediği ifade edilmiştir. Bkz. Sczzerbowski/Pitrowska, s.241.

<sup>218</sup> von Beyme, s.187.

<sup>219</sup> A.g.e

<sup>220</sup> Sczzerbowski/Pitrowska, s.241.

Ofisi Kanunu uyarınca kamu görevlisi olan kişilerle ilgili Ulusal Hatırlama Ofisi'nde yer alan verilere erişim hakkının getirilmesidir.<sup>221</sup>

Üçüncü ve son aşama olarak ise “Bazı Görevlerin Yerine Getirilmesi Şartlarını Belirleyen Kanun” isimli Lustrasyon kanunu ile belli kategorilerdeki kişilerin beş yıl boyunca bazı kamu görevlerinde bulunmaları yasaklanmıştır.<sup>222</sup> Bu kanunun bazı hükümleri Polonya Anayasa Mahkemesi tarafından anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir.<sup>223</sup> Polonya Anayasa Mahkemesi'ne göre arındırma faaliyetlerinde kullanılan “güvenlik servisleri ile iş birliği” kavramı failerin belirlenmesi için belirsizdir ve somutlaşmaya ihtiyaç duymaktadır.<sup>224</sup>

Macaristan ise arındırma faaliyetlerinde esas olarak “gerçeği bilme” boyutuna vurgu yapmakta ve arındırma sisteminde kamudan ihracın alternatifinin, geçmiş ihlallerinin topluma bildirilmesi olduğunu benimsemektedir.<sup>225</sup> Diğer bir ifadeyle insanlık karşıtı faaliyetlere karıştığı tespit edilen doğrudan kamudan zor yoluyla ihraç edilmemekte; bunun yerine kamu görevlisi istifaya zorlanmakta eğer istifa etmez ise kendisi hakkındaki geçmiş bilgilerinin kamuya açıklanacağı belirtilmektedir.<sup>226</sup>

---

<sup>221</sup> A.g.e.

<sup>222</sup> Bu kanun kolektif bir sorumluluk öngördüğü için hukuk devletini ihlal ettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bkz. Bülent Yücel, “Komünizm Sonrası Orta ve Doğu Avrupa Ülkelerinde Anayasacılık Hareketleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, D, 60 (3), s. 622.

<sup>223</sup> Sczzerbowski/Pitrowska, s.243.

<sup>224</sup> A.g.e.

<sup>225</sup> Çayan, s. 219.

<sup>226</sup> Benzer bir düzenleme Polonya'da siyasetçiler için öngörülmüş; 1997'deki arındırma programında geçmişi hakkında yalan söyleyen siyasetçileri siyasetten azletmek yerine, bu kişilerin isimleri resmî gazetede yayımlayarak siyasi gelecekleri seçmenlerin tercihine bırakılmıştır. Bkz. Serdar Gülener/ Serencan Erciyas, *Dünyada Arındırma Uygulamaları ve Türkiye'de Devletin Fetö'den Arındırılması*, <https://setav.org/assets/uploads/2016/12/Arindirma-Politikaları.pdf> (Erişim tarihi:01.05.2022)

Nitekim 2007 senesinde, sosyalist dönemde yüksek bürokraside görev almış kişilerin hükümet üyesi ya da müsteşar olarak görev almalarını 25 sene boyunca yasaklayan halk girişimini<sup>227</sup> Macaristan Anayasa Mahkemesi, anayasanın kamu hizmetine eşit biçimde girme hakkını düzenleyen 70. Maddesine aykırı bulmuştur.<sup>228</sup>

Macaristan'da da arındırma faaliyetlerinin en yoğun hedef aldığı grup, istihbarat birimlerinde çalışmış olan kimselerdir.<sup>229</sup> Macaristan'daki Lustrasyon Kanunu bununla beraber 1956/1957 tarihindeki ayaklanmanın(*kartahalmistak*) bastırılmasına karışan kişilerin de arındırma faaliyetlerinin odağında olacağını belirtmektedir.<sup>230</sup> Vurgulanması gereken bir başka husus ise arındırma komisyonunda görev alacak kişilerin, parlamento tarafından seçilen yargıçlardan oluşmasıdır.<sup>231</sup>

Rusya'da ise Yeltsin yönetimi süresince hükümet tarafından özellikle parlamentoda yaşadığı yoğun direnişe karşın eski KGB muhbirlerinin açığa çıkmasına ilişkin düzenlemelerin yasalaşması için sayısız girişimde bulunulmuştur.<sup>232</sup> Örneğin Halk Meclisi Kongresi'nin 20 Haziran

---

<sup>227</sup> Çoğunlukla İtalya ve İsviçre'de uygulama alanı bulan halk girişimi, en basit ifadeyle halkın kanun teklifinde bulunması olarak tanımlanabilir. Yarı doğrudan demokrasi aracı olan halk girişiminin "tasarılı" ve "tasarısız" olmak üzere iki çeşidi bulunmaktadır. Bkz. Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınevi, 9. Bası, s.235-236.

<sup>228</sup> Herbert Küpper, *Die rechtliche Aufarbeitung der kommunistisch Vergangenheit in Ungarn*, in: *Die rechtliche Aufarbeitung der kommunistischen Vergangenheit in Osteuropa*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 2010, s.313.

<sup>229</sup> Küpper, *Die rechtliche Aufarbeitung der kommunistisch Vergangenheit in Ungarn*, in: *Die rechtliche Aufarbeitung der kommunistischen Vergangenheit in Osteuropa*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 2010, s.308.

<sup>230</sup> Küpper, *Die rechtliche Aufarbeitung der kommunistisch Vergangenheit in Ungarn*, s.312.

<sup>231</sup> Küpper, *Die rechtliche Aufarbeitung der kommunistisch Vergangenheit in Ungarn*, s. 312.

<sup>232</sup> Bu kanuna karşı başta devlet başkanı ve parlamento başkanı olmak üzere



1990 tarihinde almış olduğu eski siyasi makam sahipleri ile parti yöneticilerinin kamu görevliliği ile bağdaşmayacağı yönündeki karar ise siyasal yaşamda uygulanamamıştır.<sup>233</sup> Bu dönemde sadece “çekirdekten komünist” olduğu düşünülen ve reformlara direnç gösteren eski politbüro üyeleri kadrolarını kaybetmiştir. 1994 tarihine gelindiğinde ise Rusya Federasyonu’nda üst düzey kamu görevlilerinin tamamı Sovyetler Birliği’nin son lideri Gorbaçov zamanında orta düzeyde bürokratik görevlerde bulunmuş olan kişilerden oluşmaktaydı.<sup>234</sup> Benzer bir durum istihbarat örgütleri için de geçerli olup, burada izlenen “yıkım yerine reform” stratejisi, kurumda radikal bir arındırma faaliyeti yapılmasına engel olmuş, sadece Ağustos darbesinin<sup>235</sup> ideolojik önderleri kurumdan tasfiye edilmiştir.<sup>236</sup>

1971 yılına kadar idari teşkilatlanmasında liyakat unsuruna kısmen yer verebilen Hırvatistan’da ise Soğuk Savaş’ın nihayete ermesi ve iç savaşın sonlanmasının ardından 1998 ve 1999 senelerinde iki kez parlamentodaki iktidar parti grupları tarafından kamuda arındırma yasası

---

yoğun bir direnç gösterilse de nihayetinde kanun yürürlüğe girmiştir. von Beyme, s.186

<sup>233</sup> Antje Himmelreich, Die rechtliche Aufarbeitung der kommunistischen Vergangenheit in der Russischen Föderation, in: Die rechtliche Aufarbeitung der kommunistischen Vergangenheit in Osteuropa, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 2010, s.188.

<sup>234</sup> A.g.e.

<sup>235</sup> Ağustos darbesi olarak bilinen darbe girişimi Sovyetler Birliği’nin son döneminde Gorbaçov’a karşı girişilen darbe girişimidir. Darbe girişimi başlangıçta kısmen başarılı olmuş ve Gorbaçov, Kırım’da ev hapsine mahkûm olmuştur. Darbe girişimi bastırılrsa da; Gorbaçov’un, darbe girişimini bastırarak güçlerle hesaplaşmak yerine Sovyetler Birliği Anlaşması’nın gözden geçirileceğini söylemesi, Gorbaçov’un gücünün zayıflamasına ve Rusya Federasyonu’nun siyasi bir aktör olarak sahneye çıkışına yol açmıştır. Bkz. Hasan Dursun, “Süper Başkanlık Ya da Başkancı Parlamenter Sistem: Weimar Anayasasının ile Rusya Federasyonu Örnekleri ve Çıkartılacak Dersler”, *TBB Dergisi*, 2006, Sayı 67, s. 258-259.

<sup>236</sup> Himmelreich, s.217.

tasarıları hazırlanmış; tasarı ile eski Komünist Partisinin yüksek görevlilerinin yeni demokratik devlette görev yapmaları yasaklanmak istenmiştir.<sup>237</sup> Ancak bu tasarılar, muhalefet partilerindeki eski komünist partili üyelerin de etkisiyle, reddedilmiştir.<sup>238</sup>

Doğu Avrupa'da yürütülen arındırma faaliyetleri, genel olarak masumiyet karinesini tersine çevirdiği ve kişilerin kendi suçsuzluklarını ispat etmekle yükümlü kıldığı; arındırma faaliyetlerine konu olan belgelere erişimin ya engellendiği ya da bu belgelerin doğruluğunun kuşkulu olduğu sebebiyle eleştirilmiş ve bu faaliyetler yeni bir hukuksuzluk sürecine yol açmakla suçlanmıştır.<sup>239</sup> İlaveten tek parti görevlilerinin, onlarla iş birliği içindeki sivillerin ve istihbarat örgütü mensuplarının arındırılmasında sorumluluğun yargı organlarından alınıp idari kurullara verilmesi de bir başka eleştiri konusudur.<sup>240</sup>

Akademisyenler açısından ise belirtmek gerekir ki Doğu Almanya'daki durumun aksine eğitilmiş insan eksikliğinin de etkisiyle çoğu Doğu Avrupa ülkesinde akademisyenler ya buldukları enstitülerdeki bilim faaliyetlerine devam edebilmişler yahut enstitüdeki görevleri sonlandırılırsa da ders vermeye ve araştırma yapmaya devam edebilmişlerdir.<sup>241</sup> Benzer bir tespit yargı için de yapılabilir; nitekim yargı, kendi içindeki arındırma faaliyetlerine en fazla direnç gösteren kurumların başında gelmiştir.<sup>242</sup>

---

<sup>237</sup> Tomislav Pintaric, Die rechtliche Aufarbeitung der kommunistischen Vergangenheit in Kroaiten, in: Die rechtliche Aufarbeitung der kommunistischen Vergangenheit in Osteuropa, Peter Lang Verlag, Frankfurt Am Main 2010, s.115.

<sup>238</sup> Pintaric, s.116.

<sup>239</sup> von Beyme, s.188.

<sup>240</sup> Yücel, s. 662.

<sup>241</sup> von Beyme, s.191.

<sup>242</sup> A.g.e.

Eski Post-Sovyet ülkelerindeki tüm bu işlemler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına<sup>243</sup> ve Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin ilke kararlarına<sup>244</sup> konu olmuştur. Benzer şekilde Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) de 1993 senesindeki 80. oturumunda başta DDR olmak üzere post-komünist ülkelerin geçmişle yapılan hesaplaşmalarda sosyal güvenlik ve iş hukuku araçlarının adeta “sosyal ceza hukuku” araçlarına dönüşmesinden duyduğu endişeyi belirtmiş ve arındırma hareketleri sırasında 111 sayılı İş Hayatında Ayrımcılığın Yasaklanmasına Dair ILO Anlaşması uyarınca “siyasi motivasyonlu ayrımcılık yasağına” riayet edilen bir inceleme yapılması gerektiğini belirtmiştir.<sup>245</sup>

Konuyu genellikle AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı ve 8. maddesindeki özel yaşama saygı hakkı<sup>246</sup> kapsa-

<sup>243</sup> Örneğin bkz. Matyjek v. Polonya, Başvuru Numarası: 38184/03, 24.04.2007. Aşağıda benzer başvurular, detaylıca açıklanacaktır.

<sup>244</sup> Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin eski totaliter rejimlerdeki “temizleme” faaliyetlerine ilişkin ilke kararı için bkz. <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16507&lang=en> (Erişim tarihi:30.03.2022)

<sup>245</sup> ILO'nun bu tespitleri için bkz. Weiss/Kreuder, s.13. Yeniden Birleşme Anlaşmasının ILO'nun 111 Sayılı Anlaşmasına aykırı olduğu hususunda bkz. Däubler, Bundesdeutsches Arbeitsrecht in der ehemaligen DDR, Kritische Justiz, Vol. 25, No. 3 (1992), s.267-268.

<sup>246</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, AİHS'in 8. maddesinde düzenlenen özel yaşama saygı hakkını “özel hayatın gizliliğinden” çok daha fazla hukuki değeri koruyan, psikolojik ve fiziksel bütünlüğü, kişisel ve sosyal kimliği, itibarı, kişisel gelişim ve özerkliği kapsayan toplayıcı bir hak olarak nitelendirmekte ve bu hakkın koruma alanını içtihat yoluyla genişletmektedir. Bu hususta bkz. Dilara Yüzer Eltimur, *AİHS Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri*, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul 2019, s.20.

Özellikle Mahkeme'nin 8. madde kapsamında kamu görevlilerini de hak süjesi olarak kabul eden bir “çalışma hakkını” da özel yaşama saygı hakkının kapsamında gördüğü ve bu hususta yapılan başvuruları konu bakımından

mında ele alan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, temel olarak totaliter rejimler zamanındaki faaliyetlerin incelenmesi ve bu faaliyetlerin sonucunda kamu görevlilerinin işten çıkarılmasının Sözleşme hükümlerine prensip olarak aykırılık oluşturmayacağını belirtmiş ; ancak bu faaliyetlerin sıkı bir usule tabi olması gerektiğini vurgulamıştır.<sup>247</sup> Her şeyden evvel bu usulün kanuni bir dayanağı olmalı ve bu kanun erişilebilir ve belirlenebilir olmalıdır. Bu usulün hiçbir biçimde ceza yargısı yerine geçmemesi gerekmektedir.<sup>248</sup> Eğer bu usul sonunda Sözleşme’de yer alan haklardan birine müdahale edilmesi söz konusuysa; bu usul mutlaka adil yargılanma hakkına riayet edilerek yürütülmeli ve sorumluluk mutlaka “bireysel” olarak ele alınmalıdır.

Yine Mahkeme tasfiye hareketlerinin yürütülmesinde hakların kısıtlanması için (*Lustration*) aranan gerekliliklerin zaman geçtikçe ve geçiş süreci yaşayan ülkeler demokratikleştikçe yükseleceğini belirtmiştir.

---

kabul edilebilir bulunduğunu belirtmek gerekmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki Mahkeme, bu hakkın kapsamını oldukça dar yorumlamakta ve Sözleşme’nin bireylere kamu hizmetine girme hususunda bir hak öngörmediği yorumunu da yapmaktadır. Bkz. Evra Çetin, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2015, s.61 vd. Aynı yönde bkz. Kaya, s.54.

Mahkeme özel yaşama saygı hakkı açısından değerlendirme yaparken sebep temelli yaklaşım olduğu kadar “sonuç temelli yaklaşıma” da önem vermektedir. Buna göre Mahkeme, kamu görevinden çıkarılma neticesinde özel hayat kapsamında kabul edilmekte olan keder, endişe, gelecek kaygısı ile bu işlemin kişinin sosyal hayatına, çevresine, itibarına olan etkilerini dikkate almaktadır. Bkz. Fatih Alkan, “Kamu Görevinden Çıkarma İşlemlerinin Özel Hayata Saygı Hakkı Bağlamında Ele Alınması ve Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı”, *Anayasa Yargısı*, Cilt: 38, Sayı 2, s.151.

<sup>247</sup> Jens Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim, EMRK-Kommentar: Artikel 8 Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, in: (Ed:Meyer-Ladewig/ Nettesheim/von Raumer, Europäische Menschenrechtskonvention), 4. Auflage 2017, Rn. 50; aynı yönde bkz. Kerem Altıparmak, OHAL KHK’leri Sivil Ölüm mü, <https://m.bianet.org/bianet/siyaset/178496-ohal-khk-leri-sivil-olum-mu-demek> (Erişim tarihi 31.03.2022)

<sup>248</sup> A.g.e.

Mahkeme, önüne gelen arındırma faaliyetlerinde çoğunlukla yürütülen usulde gizli servis belgelerine erişimi incelemiştir.<sup>249</sup> Bu noktada özellikle devletlerin bu belgelere erişimi çoğunlukla” devlet sırrı” olarak sınırlandırma eğilimi taşıdığını belirtmek gerekir. Öyle ki Romanya’da parlamento Şubat 1992’de çıkardığı kanunla 40 sene gizli servis belgelerinin açıklanmasını yasaklamıştır; aynı şekilde Rusya’da KGB belgelerinin yayımlanması suç haline getirilmiştir.<sup>250</sup>

3 Ağustos 1997 tarihli Arındırma (*Lustration*) Yasası ile eski rejimin güvenlik servisleri ile (gizli veya açıktan) iş birliği içinde olan kişilerin kamu görevlisi olamayacağını düzenlemiş olan Polonya’ya karşı yapılan başvuruda<sup>251</sup>, AİHM Sözleşme’nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı açısından meseleyi ele almış ve başvurucunun arındırma tedbirlerine maruz kalmasına ve bunun sonucu olarak parlamentodaki sandalyesini kaybetmesine yol açan belgelere kendisinin erişim hakkının olmamasının silahların eşitliği ilkesine aykırı olduğunu tespit etmiştir.

Slovakya’ya karşı verilen Turek kararında<sup>252</sup> ise; başvurucu, eski Çekoslovakya komünist emniyet kuruluşu tarafından tutulan ve kendisini işbirlikçi ajan (*collaborator*) olarak gösteren dosya nedeniyle kamu görevinde çalışmak için gereken güvenlik soruşturmasından geçememiştir. Başvurucu, kendisi hakkında tutulan kayıtların yanlış olduğu gerekçeyle yargı yoluna başvurmuş; yerel mahkemeler ise ilgili kayıtların gizli (*top secret*) olduğunu belirtmekle beraber, eski istihbarat ajanlarının ifadelerine dayanıldığını belirtmiştir. Yargılama sırasında İçişleri Bakanlığı,

---

<sup>249</sup> Örneğin bkz. AİHM Gorny/Polen, 8.6.2010 – Başvuru No: 50399/07. Somut olayda, avukat olan başvurucu arındırma aşamasına ilişkin bildiriminde eski rejim ile iş birliği yapmadığını bildirmiş; ancak arındırma faaliyetlerini yürüten “Kamu Çıkarı Komisyonu (*Rzecznik Interesu Publicznego*) bu beyanın doğruluğundan şüphe etmiş; başvurucuyu mülakata davet etmiş, başvurucunun kendisi ile ilgili dosyaya erişim talebini ise 12 Mayıs 2004 tarihinde reddetmiştir.

<sup>250</sup> von Beyme, s.186.

<sup>251</sup> Matyjek v. Polonya, Başvuru Numarası: 38184/03.

<sup>252</sup> Turek v. Slovakya, Başvuru Numarası: 57986/00, 13.09.2006.

ilgili kayıtları Mahkemeye sunmuş; ancak başvuru sahibinin bu kayıtlara erişim talebi reddedilmiştir. Yapılan bireysel başvuru üzerine AİHM, işlemlerin eşitliğinin de sağlanamadığı<sup>253</sup> bu usul çerçevesinde kişinin, kendisiyle ilgili bilgilere erişiminin engellenmesinin, kendisi aleyhine ileri sürülen iddialara karşı etkili(*effective*) bir savunma olanağını engellediğini belirtmiş; bunun da özel yaşama saygı hakkının korunmasını mümkün kılan bir usul oluşturulmamasına yol açtığı tespitinde bulunmuş; başvuru sahibinin özel yaşama saygı hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.<sup>254</sup>

Sidabras & Dziautas- Litvanya<sup>255</sup> kararında ise AİHM, eski Sovyetler Birliği güvenlik servislerinde çalışanlar için özel sektör de dahil 10 senelik bir çalışma yasağı<sup>256</sup> getiren kanuni düzenlemenin ( *Law on the Evaluation of the USSR State Security Committee and the Present Activities of Permanent Employees of the Organisation*), ölçüsüz bir tedbir olduğunu belirterek başvuru sahiplerinin özel yaşamına saygı hakkının ve bu hakla bağlantılı olarak ayrımcılık yasasının ihlal edildiğini saptamıştır.

Sõro- Estonya kararında<sup>257</sup> ise komünizm döneminde KGB için şoför olarak çalışmakta olan başvuru sahibi, isminin Lustrasyon Kanununun (İfşa Kanunu- *Disclosure Act*) 2004 senesinde Resmi Gazete’de yayımlanması üzerine çevresi tarafından damgalandığını, işini kaybettiğini, ekonomik

---

<sup>253</sup> Slovakya kamu görevlileri(SIS) tüm dosyalara erişebilirken başvuru bu belgelere erişememektedir-

<sup>254</sup> Turek v. Slovakya, Başvuru Numarası: 57986/00, 13.09.2006, Knr.115-116.

<sup>255</sup> Sidabras&Dziautas v. Litvanya, Başvuru No: 55480/00-59330/00. Bu karara ilişkin bkz. Virginia Mantouvalou, “Work and Private Life: Sidabras and Dziautas v Lithuania”, *European Law Review*, 2005, s. 573-585.

<sup>256</sup> Cemil Kaya, bu kararda özel sektörde çalışma yasağını AİHM’in ölçüsüz bulmasının mefhum-u muhalifinden devlete sadakat yükümlülüğünü ihlal eden kamu görevlilerine kamuda çalışma yasağı getirilebileceği yorumunu yapmaktadır. Bkz. Kaya, s.45

<sup>257</sup> Sõro v. Estonya, Başvuru No: 225888/08. Kararın kişisel veriler bağlamında değerlendirilmesi için bkz. Ayşenur Ocak, İnsan Hakları Açısından Devlet Tarafından İşlenen Kişisel Verilerin Açıklanması, Ankara Barosu Dergisi 2020/4, s. 47vd.

ve sosyal açıdan ağır bir zarara uğradığını ileri sürmektedir. AIHM ise bu başvuruda, yapılan işlemin meşru bir amaca (ulusal güvenlik ve kamu düzeni) dayandığını belirtmekle beraber, KGB için özel bir görev icra edip etmediklerine bakılmaksızın, üstelik aradan uzun bir süre geçtiği de dikkate alındığında tüm eski KGB çalışanlarının Resmi Gazete’de isminin duyurulmasının ölçüsüz bir müdahale olduğunu tespit etmiş, başvurunun özel yaşama saygı hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Mahkeme’nin Post-Sovyet ülkelerdeki arındırma faaliyetlerine ilişkin kararlarında geliştirdiği bu içtihadını yakın tarihli kararlarda da sürdürdüğünü söylemek mümkündür. Örneğin Mahkeme Polykah v. Ukrayna kararında<sup>258</sup> 2014 yılında Ukrayna’daki “Turuncu devrim” sonrasında Hükümet Temizleme Yasası (*Government Cleansing Act*) uyarınca, hukuk devleti ihlallerinin odağı haline gelmiş “Yanukovych hükümeti memurlarının” ve 1991’den önce Ukrayna Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti’nin Komünist Partisi’nde çalışmış olan kişilerin toplu listeler halinde on sene süreyle kamu görevinden çıkarılmasının özel yaşama saygı hakkının ihlali olduğuna hükmetmiştir.<sup>259</sup> Ancak belirtmek gerekir ki bu kararda Mahkeme’nin şu vurgusu Post-Sovyet dönemdeki kamu görevinden çıkarmalarda tedbirlerin özgünlüğünü de göstermektedir: Mahkeme’ye göre Post-Sovyet ülkelerde yapılan arındırma faaliyetleri totaliter rejimlerle hesaplaşma ve demokratik bir siyasal rejim kurma amacına

---

<sup>258</sup> AIHM, Polyakh ve Diğerleri v. Ukrayna, Başvuru no. 8812/15, 53217/16, 59099/16, 23231/18 ve 47749/18. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. <https://anayasagundemi.com/2019/11/05/ihamin-polyakh-ve-digerleri-v-ukrayna-kararinin-cevirisi-temizleme-yasasiyla-kamu-gorevlilerinin-sorumluluklarına-bakılmadan-isimleri-yayınlanarak-ihrac-edilmesi-ve-davaların-4-5-yıldan-uzun-s/> (Erişim tarihi:31.03.2022)

<sup>259</sup> Kararın değerlendirilmesi için bkz. Ali Ulusoy, “Kamu Görevlileri Açısından Özel Hayata Saygı Hakkı ve Kamudan İhraçlar”, *Anayasa Yargısı*, Cilt: 38, Sayı 2, Aralık 2021, s.299vd. Ulusoy, makalesinin devamında “Polyakh” içtihadındaki ilkeler ışığında Türkiye’deki toplu ihraç uygulamasının kişiselleştirme yapılmaksızın toptancı bir anlayışla doğrudan kanunla toplu ihraçlar yapılması ve işbu ihraçların çok geniş kapsamlı olması (100 bin civarında kamu görevlisi) sebebiyle, özel hayata saygı hakkı açısından benzer bir ihlal oluşturabileceğini haklı olarak ifade etmiştir.

hizmet etmektedir; oysaki Ukrayna’da Hükümet Temizleme Yasası, her ne kadar gayrihukuki eylemlere karıştığı düşünülse de prensipte anayasal demokratik bir siyasal rejimin kamu görevlilerini kolektif bir biçimde hedef almaktadır. Bu sebeple AİHM, kamu görevinden çıkartma tedbirine maruz kalan kişilerin demokratik kurumlara karşı oluşturduğu tehdidin, Varşova Paketi ülkelerindeki totaliter gizli servislerle iş birliği davalarındakiyle eş görülemeyeceği kanaatindedir. Ayrıca Mahkeme, bireysel bir inceleme yapılmaksızın hangi görevler üstlendikleri dikkate alınmaksızın yalnızca *Yanukovych* iktidarı sırasında birtakım üst düzey pozisyonlarda görev almış olmalarına dayanarak kişilerin kamu görevinden çıkarılmış olmasının orantılılık ilkesi ile de bağdaşmayacağını belirtmiştir.<sup>260</sup>

Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi ise 1096 sayılı ilke kararında<sup>261</sup> demokratik bir toplumu yeniden sağlamak için gerekli olduğunu düşündüğü eski totaliter rejimlerin arda kalanlarını tasfiye etmenin ancak hukuk devleti ve demokrasiye dayanarak olacağını vurgulamıştır. Buna göre bu rejimlerle bağlantısı olan ve suça karışmamış olan ve **yüksek kamu görevlerinde** bulunan kamu görevlilerinin ihraç edilmesi tedbirine, ancak bu görevlilerin eski rejimlerle bağının kesilmediğine ilişkin güçlü deliller mevcutsa ve geçiş dönemini kabullenemedikleri açıkça tespit edilebiliyorsa başvurulmalıdır. Bunun için kolektif bir değerlendirme-dense her bireysel vakaya ilişkin kusurluluk tespit edilmelidir. Ayrıca **masumiyet karinesine** ve **mahkemeye erişim hakkına** mutlaka riayet edilmelidir.<sup>262</sup> Parlamenterler Meclisi’ne göre “*temizleme*” faaliyetinin

---

<sup>260</sup> Buna göre örneğin tarım müdürlüğünde çalışan bir yerel görevlinin, yeni kurulmuş demokratik rejimde nasıl bir tehdit oluşturabileceğine dair herhangi bir ciddi gerekçe yöneltilmemesi, hak ihlaline neden olacaktır. AİHM, Polyakh ve Diğerleri v. Ukrayna, Başvuru no. 8812/15, 53217/16, 59099/16, Knr.361.

<sup>261</sup> İlke kararının tam adı “Eski Komünist Totaliter Sistemlerin Mirasını Ortadan Kaldırmaya Dair Tedbirlere ve Arındırma Kanunları İle Benzer İdari Tedbirlerin Hukuk Devletinin Gereklikleri ile Uyumlu Olmasını Sağlamaya Dair Rehber İlkeler” başlığını taşımaktadır. Kararın linki için bkz. <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16507>

<sup>262</sup> <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16507>



amacı hiçbir şekilde intikam almak olmamalı; bu tedbirlerin muhteviyatı ceza hukukunun konusuna giren bir yaptırım olmamalı, amaç sadece yeni demokratik düzeni tesis etmek olmalıdır.<sup>263</sup>

### 6.2.1 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin DDR Kamu Görevlilerinin Arındırılma Faaliyetlerine İliş- kin İçtihatları

AİHM'in DDR kamu görevlilerinin tasfiyesini incelediği ilk kararda eski bir DDR hakiminin avukatlık yapmasına izin verilmemesiyle ilgili Döring v. Almanya kararıdır.<sup>264</sup> Karara konu olan olayda, 1972 ve 1990 arasında yargıçlık yapan ve 15 DDR yurttaşına barışçıl şekilde seyahat etmelerine rağmen hapis cezası veren, iki yurttaşı da sınır kaçakçılığına yardımdan ötürü devlete düşmanlık suçundan mahkum eden eski yargıcın, avukatlık yapma hakkının elinden alınmasının yarattığı mülkiyet hakkı ihlali iddiaları tartışılmıştır. Başvurucunun avukatlık hakkının elinden alınmasının yasal dayanağını Avukatlığa Kabul Yasası'nın insanlığa ve hukuk devletine karşı eylemlerden ötürü avukatlık hakkının geri alınmasına ilişkin 2. maddesi oluşturmaktadır. Başvurucunun buna karşı iç hukuk yollarında yaptığı başvurular sonuçsuz kalmış;<sup>265</sup> en sonunda AİHM'e başvurmak durumunda kalmıştır. AİHM ise öncelikle başvuruya konu olan müdahalenin yasal bir dayanağı olduğunu ve bu yasal dayanağın da avukatlık mesleğinin hukuk devletinin güvencesini oluşturan yargının bir kolu olarak belirli bir güvene sahip olması meşru amacını güttüğünü belirtmiştir. Mahkeme burada geçiş sürecinden kaynaklı istis-

<sup>263</sup> <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16507>

<sup>264</sup> AİHM, Döring v. Almanya, B. No:37595/97, 9.11.1999. Kararın İngilizce çevirisi için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-5642&filename=001-5642.pdf&TID=thkbhnlzk>

<sup>265</sup> Örneğin Federal Alman Anayasa Mahkemesi başvuruyu, halihazırda Avukatlığa Kabul Yasasını anayasaya uygun bulduğu ve uzman mahkemelerde FAYM'nin daha önce vurguladığı gibi "bireysel inceleme" yapıldığı gerekçesiyle açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur. Bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-5642&filename=001-5642.pdf&TID=thkbhnlzk>

nai bir durum olduğunu da belirtmiş ve kamunun genel yararı ile başvurunun iktisadi menfaatleri arasında bir dengeyi sağlanması gerektiğini vurgulamıştır. Mahkeme'ye göre ulusal mahkemeler bu durumu göz önünde bulundurmuş ve ulusal takdir marjının sınırları içerisinde adil bir denge sağlamışlardır. Bu gerekçelerle AİHM, başvuruyu açıkça dayandıktan yoksun bulmuştur. Karar, özellikle benzer davalarda başvuruları özel yaşama saygı hakkı açısından inceleyen Mahkeme'nin meseleyi somut başvuruda mülkiyet hakkı özelinde incelemesi ve mülkiyet hakkının koruma alanını geniş tutması açısından da kayda değerdir.<sup>266</sup>

AİHM'in DDR kamu görevlilerinin tasfiyesine ilişkin diğer bir kararı olan Petersen v. Almanya<sup>267</sup> davasında ise davaya konu olan işlem, bu sefer eski DDR kamu görevlisinin liyakatine ilişkindir. Başvurucu, DDR döneminde doktora derecesini ve öğretim görevlisi olma hakkını yazmış olduğu iki tez çalışması ile elde etmiş ve iki Almanya'nın birleşmesinin ardından Humboldt Üniversitesi'nde öğretim görevlisi olarak mesleğine devam etmiştir. Üniversite bünyesinde kurulan Altyapı ve Atama Komisyonu (*Struktur- und Berufungskommissionen*) oy çokluğuyla, Birleşme Sözleşmesi'nin A bölümünün 3. Kısımının 1. maddesinin 4-5. fıkralarında dayanağını bulan gerekli liyakate sahip olmadığı gerekçesiyle kamu görevlilerinin iş sözleşmelerinin feshedilebilmesi tavsiyesinde bulunmuş ve akabinde başvurunun iş sözleşmesi feshedilmiştir. Komisyon'un buradaki gerekçesi ise başvurunun ikisi de Federal Almanya'nın yakın tarihine ilişkin olan tezlerinde herhangi bir bilimsel

---

<sup>266</sup> Kararın bu açıdan eleştirisi için Frank Hoffmann, *Rechtsanwalt/Rücknahme der Zulassung wegen Verstoßes gegen die Grundsätze der Menschlichkeit und Rechtsstaatlichkeit/Einzelfallprüfung der Verhältnismäßigkeit*, *Neue Justiz: Zeitschrift für Rechtssetzung und Rechtsanwendung*, 54. Jahrgang, s.334.

<sup>267</sup> AİHM, Petersen v. Almanya, B. No: 39793/98, 22.11.2001. Başvurucunun İnsan Hakları Komitesi'ne yapmış olduğu başvuru ise daha önce AİHM'e başvurulduğu için kabul edilemez bulunmuştur.

Bkz. Petersen v. Germany, UN. Doc. CCPR/C/80/D/1115/2002, Communication No: 1115/2002, 1 April 2004.

katkı sunmaması ve özgün akademik bir düşünceden öte siyasi bir perspektif ortaya koymasındır. Bu feshе karşı başvuru FAYM'ye anayasa şikayetinde bulunmak da dahil olmak üzere tüm iç hukuk yollarını tüketerek AİHM'ne ayrımcılık yasağıyla bağlantılı olarak ifade özgürlüğünün ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunmuştur. AİHM yapmış olduğu incelemede öncelikle kamu görevlilerinin, idarenin bir parçası olarak kamu gücü kullanmalarının onları ifade özgürlüğünün bir süjesi olmaktan tamamen yoksun bırakmadığını belirtmiştir. Mahkeme bu başvurudaki hukuki durumun Alman Komünist Partisi üyesi olduğu gerekçesiyle öğretmenlik mesleğine son verilen başvuru ihlal iddialarını görüştüğü "Vogt"<sup>268</sup> başvurusundan farklı olduğunu ifade etmiş; bu başvuruda Sözleşme Devlet'in yapmış olduğu müdahalenin gerekçesinin başvuru liyakatine ilişkin olduğunu vurgulamıştır. AİHM'ne göre söz konusu başvuruda FAYM de dahil olmak üzere ulusal yargı organları kamu hizmetinin niteliğine ve bu niteliğin gerektirdiği liyakate ilişkin yeterli bir gerekçeye yer vermişlerdir ve bu kriterlerin her bir başvuru açısından bireysel bir incelemeye tabi tutulduğunu da göstermişlerdir. Mahkeme, ayrıca başvuru ihlal özgürlüğüne iş sözleşmesinin feshedilmesi yoluyla yapılan müdahalenin de başkalarının haklarının korunması ve kamu düzeninin bozulmasının engellenmesi meşru amaçlarına hizmet ettiğini ifade etmiştir. Buna göre Sözleşme Devlet birleşme sonrasında DDR döneminde tamamen farklı koşullarda çalışmış olan kişilerin liyakatinin varlığını sorgulama hakkını haizdir. İlâveten AİHM, başvurucuya verilmiş olan "cezanın (*penalty*)" Alman topluluğunun ortak çıkarı doğrultusunda tarihsel olarak istisnai bir süreçte verildiğini de göz önünde bulundurmaktadır. Son olarak AİHM, başvuru ihlal ulusal yargı makamları önünde ihlal iddialarını yeterince savunabilmiş olması, ulusal yargı kararlarının gerekçelendirilmiş olması ve özellikle FAYM'nin başvuru ihlal ulusal yargılanma hakkına riayet ederek onun başvurusunu detaylı bir şekilde incelemiş olmasından ötürü, adil yargılanma hakkına ilişkin ihlal iddialarını da kabul edilemez bulmuştur. Bütün bu gerekçeler ışığında AİHM, başvuru ihlal

---

<sup>268</sup> Bkz. AİHM, Vogt v. Almanya, Başvuru No:17851/91.

AIHS'nin 35. maddesinin 3. fıkrası uyarınca açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle kabul edilemez olduğunu tespit etmiştir.<sup>269</sup>

Son olarak Mahkeme, eski bir öğretmen olan ve aynı zamanda SED için onursal sekreterlik vazifesi yapmış olan başvurucunun sözleşmesinin Birleşme Anlaşması'na dayanılarak feshedilmesini incelemiştir.<sup>270</sup> Başvurucunun kamu görevinden çıkarılmasını derece mahkemeleri, başvurucunun öğrencileri hakkında DDR makamlarına rapor vermiş olması ve öğrencilerini bir kilise etkinliğine teşvik ederek bu etkinlikte casusluk yaptırmış olmasına dayandırmışlardır. Bu noktada Federal İş Mahkemesi (*Bundesarbeitsgericht*) mevcut vakanın neden AIHM'nin *Vogt* kararındaki dosyadan ayrıştığını açıklamaya çalışmış; *Vogt* başvurusunun aksine somut olayda öğretmen başvurucunun sadece parti üyeliğinden dolayı değil aynı zamanda faaliyetleri ile de özgür, demokratik anayasal sistemde kamu görevlisi olamayacağını belirtmiştir. AIHM önündeki savunmasında ise Federal Alman hükümeti, benzer şekilde başvurucunun parti üyeliği ya da siyasi düşünce ve inançları yüzünden değil, parti üyeliği kapsamındaki faaliyetleri nedeniyle görevine son verildiğini belirtmiş ve bütün Birleşme sürecinde toplam öğretmenlerin sadece %2'sinin görevine son verildiğini ifade etmiştir. AIHM ise başvurucunun görevine son verilerek yapılan müdahalenin hem öngörülebilir olduğunu hem de meşru bir amaç güttüğünü tespit etmiş, Federal Almanya Cumhuriyeti'nin somut vakada kamu görevlilerinin otoritesini keyfi ve anayasal demokratik devletle bağdaşmayacak şekilde kullanmalarını engellenmek istediğini tespit etmiştir. Mahkeme'ye göre Almanya'nın geçmişteki Weimar Cumhuriyeti ve devamındaki Nasyonal Sosyalizm deneyimi ışığında bu tedbirlere başvurması anlaşılırdır. Mahkeme de *Vogt* kararının aksine<sup>271</sup> bu başvuruda sadece parti üyeliğinin esas alınmadığını; başvurucunun öğrencisi vasıtasıyla "casusluk" faaliyetinde bulunmasının göz önünde bulundurulması gerektiğini vurgulamaktadır. Bu gerekçe-

<sup>269</sup> AIHM, Döring v. Almanya, B. No:37595/97, 9.11.1999.

<sup>270</sup> AIHM, Volkmer v. Almanya, Başvuru No: 39799/98 Knr, 1.

<sup>271</sup> AIHM, Volkmer v. Almanya, Başvuru No: 39799/98 Knr, 1.

lerle AİHM, başvuru öğretmenin kamu görevinden çıkartılması ile yapılan müdahalede başvuru haklarının ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

### **Sonuç Yerine: Son Bir Değerlendirme**

Bütün büyük toplumsal olaylar gibi bir siyasal rejimin sona ererek başka bir siyasal rejimin oluşması oldukça sancı veren süreçler olup; bu değişim sürecinin beraberinde özellikle eski rejimde baskın olan bazı toplumsal kesimleri mağdur etmesi kaçınılmazdır.<sup>272</sup> Yine de geçmişle yüzleşmeyi de gerektiren bu toplumsal dönüşümün hakkaniyet ölçütünde tutulması, mağduriyetlerin sınırlı tutulmasını<sup>273</sup> ve yeni kurulan siyasal rejimin meşruiyet algısının genişlemesini sağlayacaktır.

İşte Soğuk Savaşın sona ermesinden sonra Varşova Paktı'nı oluşturan Doğu Avrupa ülkeleri ve Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nde de tüm toplumsal yaşam benzer biçimde kökten değişmiş; bu değişimin

---

<sup>272</sup> Ozan Erözden, *Geçmişle Yüzleşme ve Ceza Adaleti: Yugoslavya Deneyimi*, Dost Kitabevi, Ankara 2017, s.28.

<sup>273</sup> Erözden, s.28.

kaçınılmaz bir boyutunu ise geçmişle yüzleşme oluşturmuştur.<sup>274</sup> Geçmişle yüzleşme ise bu geçiş dönemlerinde üç yönlü<sup>275</sup> gerçekleşmektedir<sup>276</sup>: Bunlardan birincisi totaliter rejimlerin sorumlularının yurttaşlara karşı işlediği insanlık ve hukuk devleti karşıtı eylemlerin ceza hukuku yoluyla yargılanmasıdır.<sup>277</sup> İkincisini mülkiyet hakkına ilişkin ihlallerin

<sup>274</sup> Jakub J. Sczzerbowski & Paulina Pitrowska, Measures to Dismantle the Heritage of Communism in Central and Eastern Europe: Human Rights Context, Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol n° 62/63, s. 233. Totaliter rejimlerin tamamının geçmişleriyle bu ölçüde yüzleştiği söylenemez. Örneğin Franko rejiminin ardından İspanya’da ön planda tutulan, liberal demokrasiye geçiş ve yeni anayasal kurumlardır. Bu dönemde Franko rejiminin sorumluları sadece emekliye sevk edilmiştir. Bkz. Quaritsch, s. 519. Ancak Franko diktatörlüğü ile hesaplaşma hassasiyetinin 2020 senesinde 1979’a kıyasla daha yüksek olduğunu gösteren emareler de yok değildir. Franko’nun mezarının taşınmasına ilişkin tartışmalar, buna delalettir. Bkz. BBC Türkçe, Francisco Franco: İspanyol diktatörün mezarı taşındı, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-50150119> (Erişim tarihi: 31.03.2022)

<sup>275</sup> Geçmişle yüzleşmenin dördüncü boyutu olarak Timoty Gerton Ash tarafından toplumun geçmişte yaşananları tam manasıyla bilmesi açısından “hakikat komisyonu” kurulması gerekliliği de ifade edilmektedir. Ash’ten aktaran bkz. Çayan, s. 219. Özellikle geçmişle yüzleşmede, “hakikat hakkı” ve yeniden inşa açısından hakikat komisyonlarının rolü üzerine bkz. Hülya Dinçer, Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Hakikat Hakkı, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2017, Basılmamış Doktora Tezi, s.298-302. Dinçer, hakikat komisyonlarının tek başına yargılama fonksiyonunun yerini tutmadığına ve yargısal hakikati ikame etmeyeceğine ilişkin yargı kararları ve görüşlere de vurgu yapmaktadır.

<sup>276</sup> Almanya’da birleşmenin ardından DDR yetkilerinin devlet yargısı dışında “toplumsal mahkemeler (*gesellschaftliche Tribunale*) yoluyla yargılanması ve tüm yaşamsal gerçeğin “kötülük prensibine (Prinzip des Bösen)” göre yargılanması talep edenler olsa da şüphesiz bu fikirler uygulama alanı bulmamıştır. Bkz. Isensee, s.111.

<sup>277</sup> Schlink, Varşova Paktı’nın yıkılmasından sonra yeni demokratik rejimlerin tamamında ceza yargısı yoluyla hesaplaşmanın yaşandığını belirtmekle beraber, bunlardan hiçbirinin Almanya’da olduğu kadar yüksek sesle dillendirilmediğini ve kamuoyunun dikkatini çekmediğini de vurgulamaktadır. Bkz.

giderimi oluşturmaktadır. Bu yüzleşmenin sonuncusunu ise kamunun yeniden yapılandırması oluşturmaktadır. Kamunun yeniden yapılandırmasında da tüm bir bürokrasinin değil, idarenin karar alıcı elitleri yahut insanlık karşıtı suçlara karışmış görevlileri hedef alınmalıdır.<sup>278</sup>

Böylece demokratikleşme sürecinde rejim ve idari teşkilat yeniden yapılandırılarak eski totaliter rejimin sorumlularından arındırılacaktır.

Totaliter rejimin sorumlularının yargılanması ceza hukuku açısından Federal Almanya tarihinde öncelikle Nasyonal Sosyalist rejim döneminde yoğun tartışmalara<sup>279</sup> yol açmıştır.<sup>280</sup> Tartışmaların odak noktasını

---

Schlink, s.37. Geçmişle yüzleşme dönemlerinde soruşturma- kovuşturma gibi ceza hukuku işlemlerinin yapılmasını, geçiş döneminde yönetimi elinde bulunduranların yönlendirmesine açık olması sebebiyle adalet duygusunu yaralayacağı gerekçesiyle reddeden görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşler için bkz. Çayan, s.219.

<sup>278</sup> Bu noktada geçmişle yüzleşmenin sadece STASI yetkilerinin hedef aldığı yönündeki karşı görüş için bkz. Isensee, s.99vd. Bu hususa I. Dünya Savaşı sonrasında Max Weber de değinmiş ve bürokrasinin toplum olarak siyasal önemsizliğine (*Unentberhlichkeit*) vurgu yaparak gümrük memuru gibi icracı memurların siyasal devrimler sonrası yeni dönemde de kullanılabileceğini belirtmiş; buna yeni döneme sadakat sorunu yaşayacak olan siyasal elitleri dahil etmemiştir. Weber'in bu tespitleri için bkz. Derlien, s. 190.

<sup>279</sup> İlginç olan, 1945 sonrası görülen Nasyonal Sosyalist rejimle hukuk yoluyla hesaplaşmanın eleştirildiği tek noktanın bu hesaplaşmanın yetersizliği üzerine olmamasıdır: Bir görüş de bu hesaplaşmanın olması gerekenden fazla (Übersoll) bir şekilde anti-Alman amaçlar için yürütüldüğü eleştirisini yapmaktadır. Bkz. Jesse, "Entnazifizierung" und "Entstasifizierung" als Problem, s.28.

<sup>280</sup> Sadece 1955 senesine kadar 5.866 dosyada eski Naziler için mahkûmiyet kararı verilmiştir. Bkz. Eckhard Jesse, "Vergangenheitsbewältigung" nach totalitären Herrschaft in Deutschland, *German Studies Review*, Fall 1994, Vol. 17, Totalitäre Herrschaft – totalitäres Erbe (Fall 1994), s. 165. Nasyonal sosyalist rejimde işlenen suçlarla ceza mahkemelerinde hesaplaşma, günümüzde halen devam etmektedir. Yaşları çok fazla olsa da halen bu dönemin bazı sorumlularının - hangi rolü üstlenirse üstlenirler- yargı önüne çıkarıldığı gözlenmektedir. Nitekim 2021 senesinde Neugengamme toplama kampında gardiyanlık yaptığı gerekçesiyle 95 yaşındaki Friedrich Karl Berger'in ABD tarafından sınırışı

ise “suçların ve cezaların kanuniliği” ve “suç ve cezaların geriye yürütmezliği” ilkeleri çerçevesinde geçmişe yönelik bu yargılamaların nasıl yürütüleceği oluşturuyordu.<sup>281</sup> Ancak ünlü Alman hukukçu Gustav Radbruch tarafından savunulan teori sayesinde<sup>282</sup>, bu dönemde bu engel aşılmıştır. “Radbruch formülü” olarak bilinen teoreme göre, pozitif hukuk normu olarak yasa ancak adil olduğunda; yani adaletle çelişmediği ölçüde doğru olan hukuk olarak varlığını sürdürebilir.<sup>283</sup> Böylece devirler üstü, her yerde ve her zaman geçerli doğal hukukçu bir yaklaşımla<sup>284</sup> kanunilik sorunu aşılmıştır.<sup>285</sup>

Nazilerin işlediği suçlara ilişkin yapılacak yargılamalarda, adil olmadığı açık olan ırk ve ötenazi yasalarından kaynaklı suçları yargı önüne

---

edilmesi sonrasında Federal Almanya’da yargılanması beklenmektedir. Bkz. “ABD, 95 yaşındaki eski Nazi kampı gardiyanını sınır dışı etti; Almanya’da yargılanacak”, <https://tr.euronews.com/2021/02/20/abd-95-yas-ndaki-eski-nazi-kamp-gardiyan-n-s-n-rd-s-etti-almanya-da-yarg-lanacak> (Erişim tarihi:31.03.2022)

<sup>281</sup> Bkz. Stefan Zimmermann, Die strafrechtliche Bewaeltigung der deutschen Diktaturen, JUS 1996, s. 865-871.

<sup>282</sup> Radbruch formülü olarak bilinen teori için bkz. Altan Heper/Sevtap Metin, *Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü*, Tekin Yayınevi, İstanbul 2015. Ayrıca bkz. Kristian Kühl, “Radbruch Formülü” (Çev: Mehmet Cemil Ozansü), *IÜHFM C. LXX, S. 1, s.369 – 374*.

<sup>283</sup> Kühl, s.373.

<sup>284</sup> Schlink’in belirttiği üzere 1950’lerde Almanya’da çok sayıda savunucu bulan bu doğal hukukçu yaklaşımın mahkûm ettiğinin aksine esasen Almanya’da hukuk devletinin askıya alınmasına yol açan yaklaşım gerçek anlamda bir pozitivist yaklaşım değildi; çünkü pozitivizm bu dönemde iddia edilenin aksine mutlak anlamda bir buyruğa uyma ideolojisi değildir. Bkz. Schlink, s.22.

<sup>285</sup> Thilo Rensmann, BVerfGE 95,96- Mauerschützen: Systemunrecht und die Relativaet des absoluten Rückwirkungsverbotes, in: *Verfassungsrechtsprechung- Ausgewaehlte Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Restroperspektive*, Mohr Siebeck, Tübingen 2011, 2. Auflage, s. 610.



çıkarmak kolayken, DDR yargılamalarında<sup>286</sup> ise Radbruch formülüne başvurmak bu denli kolay olmamıştır.<sup>287</sup> Hatta Radbruch'un öğrencisi Arthur Kaufmann, bu formülün DDR sınır kanunlarının uygulanması neticesindeki cinayet fiillerine ilişkin yargılamalarda uygulanamayacağını ifade etmiştir.<sup>288</sup> Yine de bu eleştirilere karşın DDR yargılamalarında Radbruch formülünden kaçınılarak bir cezasızlık rejimine gidilmemiştir. Çünkü birçoklarınca hukuksuzluk devleti (*Unrechtsstaat*)<sup>289</sup> olarak tanımlanan<sup>290</sup> DDR döneminde 270 ila 1135 arasında değişen sayıda insan, ülkeyi terk etmek isterken ateş edilerek öldürülmüştür.<sup>291</sup> Bu cinayetlerden ötürü DDR Savunma Konseyi'nin üyeleri de dahil olmak üzere politbüro üyeleri ve askerler hakkında davalar açılmış ve sanıklar mahkûm edil-

---

<sup>286</sup> Soğuk Savaş sonrası dönüşümün mimarlarından Sovyetler Birliği'nin son lideri Gorbaçov, DDR yöneticilerinin "af kanunu" ile cezai sorumluluktan muaf kılınmasını önermiş ancak ısrarcı olmamıştır. Bkz. Quaritsch, s.523.

<sup>287</sup> Bunun sebeplerinden birisi de Birleşme Sözleşmesi'nde, Sözleşme öncesi fiiller açısından Federal Almanya Cumhuriyeti kanunlarında sanığın lehine bir düzenleme bulunmaz ise Doğu Almanya ceza kanunlarının geçerli olacağını öngören düzenlemedir. Bu düzenleme şüphesiz özünde "kanunsuz suç olmaz" ilkesi ile uyumludur. Bkz. Erözden, s.30. Benzer biçimde Jesse, 1994 senesinde kaleme aldığı makalesinde, Nasyonal Sosyalizm sonrasında 1945 senesinde suçların ve cezaların kanuniliği ilkesinin bu derece kökleşmediğini; ancak bu ilke gereğince DDR rejiminin sorumlularını daha hafif bir ceza yargılaması süreci bekleyeceğini tahmin etmiş ve idarei maslahatçı bir çözüm olarak gördüğü doğal hukukçu yaklaşıma karşı çıkmıştır. Bkz. Jesse, s.167.

<sup>288</sup> Kühl, s.374.

<sup>289</sup> AİHM, Streletz, Kessler & Krenz v. Almanya, Başvuru No: 35532/97, 34044/96 & 44801/98, 22.3.2001.

<sup>290</sup> İlk defa Peter Reichensberger tarafından kullanılmış olan hukuksuzluk devleti kavramının için DDR siyasal rejimi için de kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin tartışmalar için bkz. Horst Sendler, Die DDR als Unrechtsstaat – ja oder nein?, ZRP 1993, s.1-5, Eckard Jesse, War DDR ein Unrechtsstaat, War die DDR ein Unrechtsstaat, <https://www.kas.de/de/web/linksextremismus/war-die-ddr-ein-unrechtsstaat-> (Erişim tarihi:31.03.2022).

<sup>291</sup> Rensmann, s.611.

miştir. Bu mahkûmiyet kararlara karşı yapılan temyiz sonucunda dosyaları görüşen Federal Mahkeme ise Radbruch formülüne başvurarak, somut olayda uygulanan DDR kanunlarının adalet kavramına tahammül edilemez bir biçimde aykırılık oluşturduğunu ve DDR'nin de kabul ettiği ve taraf olduğu uluslararası insan hakları belgelerinin (İnsan Hakları Evrensel Beyanname, BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin) yaşam hakkı gereğince kasti öldürmeleri yasaklaması sebebiyle kanunilik koşulunun yerine getirildiğini tespit etmiştir.<sup>292</sup> Buna göre aksi bir kabul, hukuksuzluk rejiminin kanunla eşdeğer sayılması sonucunu doğuracaktır.<sup>293</sup> FAYM ise kanunilik ilkesinden sapma yolunu Federal Mahkeme kadar tercih etmemiş; Federal Mahkeme'nin yorumunun ancak DDR gibi kuvvetler ayrılığının ve hukuk devletinin geçerli olmadığı, demokratik olmayan sistemler açısından geçerli olabildiğini ifade etmiştir.<sup>294</sup>; aksi takdirde hukuk güvenliğinin zarar göreceği ifade edilmiştir.<sup>295</sup>

Bu yargılamalar daha sonra AİHM ve BM İnsan Hakları Komitesi'nin de önüne gitmiştir. Her iki yargı organı da vermiş olduğu kararlarda "ceza kanunlarının geriye yürümezliği" ilkesinin ihlal edilmediğini farklı gerekçelerle de olsa tespit etmiştir. İnsan Hakları Komitesi, öldürücü silahların ölçsüz bir şekilde kullanılması ile uluslararası toplumun kabul ettiği hukukun temel ilkelerinin ihlal edildiğini ve bunun uluslararası hukukun bağlayıcılığı doğrultusunda somut olayda cezalandırma için yasal dayanağı oluşturduğunu belirtmiştir.<sup>296</sup> AİHM ise DDR rejiminin dahi iltica hakkı ve yaşam hakkı gibi hakları güvence altına alan ilişkin insan hakları belgelerine imza attığını ve bunlar doğrultusunda DDR

---

<sup>292</sup> Rensmann, s.613.

<sup>293</sup> Bu tespit için bkz. Eckard Jesse, "Entnazifizierung" und "Entstafizierung" als Problem- Die doppelte Vergangenheitsbewältigung, in: Vergangenheitsbewältigung durch Recht- Drei Abhandlungen zu einem deutschen Problem (Hrsg: Josef Isensee), Duncker&Humblot, Berlin 1992 s.23.

<sup>294</sup> Bu yaklaşımın eleştirisi için bkz. Rensmann, s.615vd.

<sup>295</sup> BVerfGE 95,96.

<sup>296</sup> Bkz. İnsan Hakları Komitesi, Klaus Dieter Baumgarten v. Almanya, 78. Oturum, 8.8.2003.

ceza hukuku gereğince dahi ülkeyi illegal biçimde terk etmenin, yaşam hakkını ihlal etmek için bir hukuka uygunluk gerekçesi oluşturmadığını belirtmiş ve dolayısıyla Sözleşme'nin 7. maddesinde<sup>297</sup> belirtilen suç ve cezaların geriye yürümezliği ilkesinin ihlal edilmediğini tespit etmiştir.

DDR devletine ilişkin yapılan yargılamalarda siyasi sorumlular ve askeri yetkililer gibi çok sayıda mensubu yargılanan bir başka kesim ise yargı organlarıdır. Bu dönemde DDR yargıçlarının %36'sı hakkında (618 yargıç) 374 dava açılmış; toplamda DDR yargıçlarının %5'i mahkûm edilmiştir.<sup>298</sup> Mahkûmiyetlerin büyük bir çoğunluğu hukuku kasten ihlal etme (*Rechtsbeugung*) suçundan dolayı verilmiş, bu suçtan dolayı verilen mahkûmiyet kararlarının doğal sonucu da yukarıda da belirtildiği üzere, verilen kararların ya yargılanmanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmesi ya da Federal Mahkemelerce bozularak tekrar görüşülmesine karar verilmesidir.<sup>299</sup>

Geçmişle yüzleşmenin ikinci boyutunu oluşturan mülkiyetin iadesi hususu da yeniden birleşme sonrasında anayasa yargısına taşınan hukuki uyuşmazlıkların konusunu oluşturmuştur.<sup>300</sup>

Nasyonal Sosyalizmin II. Dünya Savaşı'nda mağlup edilmesinin ardından Sovyetler Birliği'nin askeri egemenliği altındaki bölgede Sovyet makamları ve onların atamış olduğu Alman kamu görevlileri tarafından

---

<sup>297</sup> AİHS'nin 7. maddesinin koruma alanında yer alan suç ve cezaların geriye yürümezliği ilkesine ilişkin bkz. Tolga Şirin, Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2019, 2. Bası, s.607vd.

<sup>298</sup> Hans Peter Graver, *Judges Against Judges- On Judges When the Rule of Law is Under Attack*, Springer Verlag, Heidelberg - New York 2015, s.148.

<sup>299</sup> Örnekler ve bu dönemdeki eleştiriler için bkz. Graver, s.149.

<sup>300</sup> Yeniden Birleşme sonrasında mülkiyet hakkı ihlallerinin giderimi de yoğun ölçüde tartışılmış ve eleştirilmiştir. Bu eleştirilerin ağırlık noktasını DDR zamanında "kamulaştırma kavramının" belirlenmesi hususu oluşturmaktaydı; yine Yeniden Birleşme sonrasında mağdur olanların giderimi sağlanmazken kimi kişilerin aşırı ölçüde zenginleşmesi doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bu hususta bkz. Johannes Wasmuth, *Rechtsstaatliche Defizite bei der Aufarbeitung von SED-Unrecht*, Neue Juristische Woche 2015, 3697-3701.

başta Nazi savaş suçlularının ve kamu görevlilerinin olmak üzere çok sayıda gerçek ve tüzel kişinin mallarına el konulmuştur; 1949 senesinde DDR kurulduğunda neredeyse tüm özel mülkiyet bir şekilde kamulaştırılmıştır.<sup>301</sup> Yine 1972 senesinde birçok küçük ve orta ölçekli işletme devlet tarafından kamulaştırılarak, bunların malvarlıkları devlet tarafından devralınmıştı.<sup>302</sup>

Yeniden Birleşme Sözleşmesi sürecinde en önemli tartışmalardan biri de bu malların iadesinin nasıl olacağıdır. Bu hususta müzakereler sırasında gerek Sovyet gerekse DDR tarafı 1945-1949 arasında toprak reformu sırasında yapılan kamulaştırmalara dokunulmaması gerektiği hususunda ısrarcı olunca, Birleşme Sözleşmesi'nde sadece DDR döneminde hukuka aykırı biçimde malvarlığını kaybeden kişilere, mallarının iade edileceği ifade edilmiştir.<sup>303</sup> Bu durumun anayasa aykırı olacağı gerekçeyle Bonn Anayasası'nın 143. maddesine eklenme yapılarak, Birleşme Sözleşmesi'nde yer alan bölgeler açısından malların DDR tarafından kamulaştırılma yapılmadan önceki eski sahiplerine iade edilemeyebileceğini<sup>304</sup>, bunun anayasa aykırı olmayacağı düzenlenmiştir.<sup>305</sup>

---

<sup>301</sup> Bkz. Jörg Menzel, BVerfGE 84,90- Materielle Unrechtsbewaeltigung oder die Grenzen der Geschichtsumkehr, in: Verfassungsrechtsprechung-Ausgewahlte Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Restperspektive, Mohr Siebeck, Tübingen 2011, 2. Auflage, s.476.

<sup>302</sup> Bkz. Däubler, Bundesdeutsches Arbeitsrecht in der ehemaligen DDR, Kritische Justiz, Vol. 25, No. 3 (1992), s.265.

<sup>303</sup> Menzel, s.476.

<sup>304</sup> Bu sebeple örneğin malvarlıklarının iadesini isteyen belirli yatırımcılara sadece tazminat ödenmesi ile yetinilmiştir. Bkz. Däubler, Bundesdeutsches Arbeitsrecht in der ehemaligen DDR, Kritische Justiz, Vol. 25, No. 3 (1992), s.165.

<sup>305</sup> Bonn Anayasası'nın 143. maddesinin "Eski Demokratik Alman Cumhuriyeti'nin bölgesi için geçici hukuk" başlıklı maddesinin Türkçe çevirisi şu şekildedir:

" (1) Birleşme Andlaşmasının 3. maddesinde adı geçen bölgedeki hukuk, en fazla 31 Aralık 1992 tarihine kadar, farklı durum ve koşullar yüzünden Anayasa düzenine tamamen uyum sağlanamadığı sürece bu Anayasanın hükümlerinden ayrılabilir.

Birleşme Anlaşması'nın bu hükümlerine karşı çok sayıda anayasa şikayetinde bulunulmuş, anlaşmayı onaylayan yasaya karşı yapılan bu anayasa şikayetlerini birleştirerek görüşen FAYM kararında<sup>306</sup> başvuru yollarının tüketilmesinin gerekli olmadığına hükmedilerek başvuruyu kabul edilebilir bulunmuş ve esas incelemesine geçilmiştir. Mahkeme, Birleşme Sözleşmesi'nde yer alan hükümlerin Bonn Anayasası'nın 14. maddesinde belirtilen mülkiyet hakkına aykırı olmadığını; çünkü Anayasa'ya eklenen geçici 143. maddenin özel hüküm olarak uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. FAYM, sosyal devlet ilkesi gereğince mülkiyet hakkına ilişkin mağduriyetlerin giderilmesi konusunda devletin bir yükümlülüğünün olduğunu belirtmekle beraber, bu yükümlülüğün nasıl giderileceğine ilişkin bir takdir hakkı olduğunu da ifade etmektedir. Ancak Mahkeme'ye göre bu takdir yetkisi de sınırsız değildir; anayasanın eşitlik ilkesi gereğince mağduriyetin giderilmesi yönünde takdir yetkisinin kullanılması gerekmektedir.<sup>307</sup>

FAYM'nin bu kararı çok eleştirilmiş ve uygulamada birçok başka sorun yaşanmıştır.<sup>308</sup> Örneğin Berlin Duvarı'nın yapılması sırasında malların kaybeden insanlara çok az da olsa bir tazminat ödendiği için, bu husus da Birleşme Sözleşmesi'nin kapsamına sokulmamıştır. Yine

---

*Ayrılıklar 19. madde 2. fıkrasına aykırı olamazlar ve 79. madde 3. fıkrada yazılan ilkelere uymak zorundadırlar.*

*(2) II, VIII, VIII a, IX, X ve XI. bölümlerden ayrılıklar en fazla 31 Aralık 1995 tarihine kadar yürürlükte kalabilir.*

*(3) 1. ve 2. fıkraya bakılmaksızın Birleşme Anlaşmasınının 41. maddesi ve bunun yürütülmesine yönelik düzenlemeler, bu anlaşmanın 3. maddesinde tabir edilen bölgedeki mülkiyete yapılan müdahalelerin geri alınmayacağı öngörüldükleri takdirde geçerliliğini korurlar." Bonn Anayasası'nın 143. maddesinin Türkçe çevirisi için bkz. [https://www.bpb.de/system/files/dokument\\_pdf/Grundgesetz\\_TR\\_endg\\_%C3%BCltig.pdf](https://www.bpb.de/system/files/dokument_pdf/Grundgesetz_TR_endg_%C3%BCltig.pdf) (Erişim tarihi: 31.03.2022)*

<sup>306</sup> BVerfGE 84,90, Bodenreform- I, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv084090.html> (Erişim tarihi:31.03.2022)

<sup>307</sup> BVerfGE 84,90. 150.

<sup>308</sup> Bkz. Menzel, Materielle Unrechtsbewaeltigung oder die Grenzen der Geschichtsumkehr, s.479.

malvarlığının iade edileceği DDR yurttaşlarının tespitinde sorunlar yaşanmıştır. Birleşme Sözleşmesi'deki bu düzenlemeleri, Malvarlığı Kanunu (*Vermögensgesetz*), Ceza Hukuku Yoluyla Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi Kanunu (*das Strafrechtliche Rehabilitierungsgesetz*), İdare Hukuku Yoluyla Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi Kanunu (*das Verwaltungsrechtliche Rehabilitierungsgesetz*), Tazminat ve Telafi Kanunu (*Entschädigungs- und Ausgleichsleistungsgesetz – EALG*) gibi kanunların<sup>309</sup> çıkarılması izlenmiş, ancak tüm bu düzenlemeler geçiş sürecindeki mülkiyet hakkına ilişkin yaşanan sorunları sona erdirmemiştir.

Tüm bu sorunlar AİHM'e bireysel başvuru yoluyla taşınmış; AİHM Büyük Dairesi bu sorunlara ilişkin değerlendirmesini 69 gerçek kişi ve 2 tüzel kişinin yapmış oldukları başvuruları birleştirerek verdiği "*Wolf-Ulrich Von Maltzan ve diğerleri, Margarete Von Zitzewitz ve diğerleri, Man Ferrostaal ve Alfred Töpfer Stiftung v. Almanya*" kararında yapma fırsatını bulmuştur.<sup>310</sup> AİHM, öncelikle AİHS'e Ek 1 Numaralı Protokol'ün 1. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkının Sözleşmeciler Devletler'e, kendilerinin yol açmadığı, yabancı/işgalci bir devletin ya da o devletin selefinin yol açtığı bir zararı telafi etme yükümlülüğünü hiçbir şekilde getirmediğini belirtmiştir. Aynı şekilde Sözleşme, devletlere bu tür zararlara ilişkin mağduriyeti nasıl gidereceği (mülkiyetin yeniden tesisi, tazminat vb.) konusunda bir sınırlama getirmemektedir. Bununla beraber AİHM, 1945-1949 yılları arasında Sovyet İşgal Bölgesinde yapılan kamulaştırmaların, uluslararası hukuka aykırı olduğunu tespit etmiş, ancak bu kamulaştırmaların sonuçlarını devam ettiren DDR'in halefi olarak Federal Almanya Cumhuriyeti'nin hiçbir şekilde sorumlu tutulamayacağını; somut olayda süregelen bir ihlal de bulunmadığından zaman ve kişi bakımından başvurunun kabul edilemez bulunacağını ifade etmiştir. Dolayısıyla başvuruda incelenmesi gereken yegâne sorun, yeniden birleşme sonrasındaki geçiş sürecinde başvuru sahipleri açısından haklı bir beklenti

---

<sup>309</sup> Belirtmek gerekir ki FAYM bu kanunların tamamını anayasaya uygun bulmuştur.

<sup>310</sup> AİHM (Büyük Daire), *Wolf-Ulrich Von Maltzan ve diğerleri, Margarete von Zitzewitz ve diğerleri, Man Ferrostaal ve Alfred Töpfer Stiftung v. Almanya*, B: No 71916/01, 71917/01 ve 10260/02, 2. 3. 2005.

doğup doğmadığıdır. Mahkeme, FAYM'nin tüm bu kanunları anayasaya uygun bulduğunu ve kanun koyucunun takdir yetkisine vurgu yaptığını belirttikten sonra, bu kanunların hiçbirinde başvuru haklı beklentisini doğuran bir düzenleme ya da yargısal tespit olmadığını belirtmiştir. Mahkeme benzer tespitleri 1949 sonrasında DDR tarafından tazminat verilmeksizin yapılan kamulaştırmalar için de yapmış ve başvuruların hiçbirinin konu bakımından mülkiyet hakkının koruma alanına girmediğinden bahisle kabul edilebilir olmadığını hükmetmiştir.

Son olarak iki Almanya'nın birleşmesinin ardından idari teşkilat ve kamu görevlileri alanında yaşanan değişime ilişkin değerlendirme yapmak gerekmektedir. Birleşme Sözleşmesi içerdiği hükümler itibariyle (*Einigungsvertrag*), Doğu Almanya'daki idari teşkilat ve kamu görevlisi hukukunun tamamen değişimini ve Batı'yla uyumlaştırılmasını öngörmekteydi.<sup>311</sup> Federal Almanya Cumhuriyeti'nin bu denli keskin bir dönüşümü tercih etmesinin sebebi sadece iktisadi/ekonomi yönelimle<sup>312</sup> açıklanamamaktadır<sup>313</sup>; bu radikal çözüm aynı zamanda Batı Almanya'nın ilk zamanlarında Nazisizleştirme hareketlerinde yaşanan başarısızlığının tekrarlanabileceğine dair kaygının da bir sonucudur.<sup>314</sup> Bir diğer sebep olarak ise Nazisizleştirme Almanya'da "hukuk devleti tesis edilmesinden önceki bir süreçte gerçekleşmişken, yeniden birleşme sonrasındaki tasfiyelerin bir hukuk devletinin (Federal Almanya Cumhuriyeti) hima-

---

<sup>311</sup> Quint, s.191.

<sup>312</sup> Örneğin Battis, eski DDR bölgesinde sosyal-piyasa ekonomisinin etkin biçimde yerleşmesi için idari teşkilatlanmanın ve kamu personelinin yeniden oluşturulmasının (*Neuaufbau*) olmazsa olmaz bir koşul olduğunu belirtmektedir. Bkz. Battis, s.66-67.

<sup>313</sup> A.g.e. Yazar, Nazilerin tasfiyesinde çoğu yargıç ve kamu görevlisinin eski meslektaşlarına kendilerinin de savunduğu muhafazakâr görüşleri biraz abartılı biçimde savunan kişiler olarak yumuşak davrandığını, ancak kendileriyle aynı dünya görüşünden gelmeyen DDR yargıçlarına karşı daha katı olduğunu ifade etmektedir.

<sup>314</sup> A.g.e.

yesinde yapılması ve bu sebeple de demokratikleşme açısından daha hassas olunması gösterilmektedir.<sup>315</sup>

Bu noktada yine vurgulanması gereken bir husus, ise Weimar Cumhuriyeti bürokrasisinin aksine yeniden birleşme sonrasında eski DDR yurttaşları arasında kamu görevlilerinin tasfiyesine ya da kamu personeli sistemindeki değişime ilişkin bir direnç gösterilmemiş olmasıdır.<sup>316</sup>

Son olarak Jesse'nin "geçmişle yüzleşme" konusundaki bir uyarısına temas etmek gerekir. Jesse özellikle Nasyonal Sosyalist Rejim ve DDR ile yüzleşme açısından her iki fenomenin de "anti-radikalizm ile mücadele" üzerine temellendirildiğinin belirtmiş; bu haklı meşru mücadele amacından saparsa, her türlü kutuplaşma içeren ve halen günümüzde taraftarları olan siyasal/hukuksal tartışmalara (çalışma yasakları, kürtaj, ötenazi)<sup>317</sup> pratikler gibi bu mücadelenin de rasyonel çizgisinden uzaklaşabileceğini belirtmiştir.

Konunun Türkiye açısından önemine kısaca değinmek gerekirse; Türkiye'de 15 Temmuz 2016 tarihindeki darbe girişimi sonrasında ilan edilen olağanüstü hâl kapsamında yapılan "kamudan tasfiye" hareketlerine ilişkin Türk Anayasa Mahkemesi, kamu görevinden çıkarmalara ilişkin<sup>318</sup>

---

<sup>315</sup> Bu görüş için bkz. Isensee, s.100.

<sup>316</sup> Derlien, s.199.

<sup>317</sup> Jesse, "Entnazifizierung" und "Entstasifizierung" als Problem, s. 35.

<sup>318</sup> Türk Anayasa Mahkemesi, "kamu görevinden çıkartılma" da dâhil birçok olağanüstü hal tedbirine ilişkin inceleme yapacak 685 Sayılı KHK ile kurulmuş olan Olağanüstü Hal İşlemlerini İnceleme Komisyonu'nun tüketilmesi gereken etkili bir yol olduğunu belirtmekle yetinmiştir. 685 Sayılı Olağanüstü Hal İşlemlerini İnceleme Komisyonu ise kamuoyunda özellikle yapılan başvurular hakkında uzun süre karar vermemesi ve AYM'nin özellikle "Zübeyde Füsun Üstel" kararındaki tespitlerine karşın vermiş olduğu ret kararları ile oldukça tartışma konusu olmuştur. 658 Sayılı KHK ile kurulan Komisyon'un hukuki yapısının kamu hukuku açısından değerlendirilmesi için bkz. Artuk Ardıçoğlu, Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu İşlemlerinin Hukuki Niteliği, Ankara Barosu Dergisi, 2017/2, s. 25-56.



henüz bireysel başvuru yolunda bir karar<sup>319</sup> vermemiştir. Bununla birlikte Mahkemenin özel hukuka tabi, iş sözleşmesi ile çalışan ve sözleşmesi OHAL kapsamında feshedilen kişilerin yapmış olduğu başvurularda geliştirdiği kriterler de oldukça önemlidir.<sup>320</sup>

Mahkeme'nin ileride kamu görevinden çıkarmalara ilişkin vereceği bireysel başvuru kararlarında ise başta "bireysellik" olmak üzere bu makalede kriterlere uygun bir biçimde karar vermesi gerekmektedir.

Sonuç olarak belirtmek gerekir ki Yeniden Birleşme süresince Federal Alman Cumhuriyeti makamları, geçmişle yüzleşme sürecini yaşayan çok sayıda rejim gibi farklı bir çok temel hakka müdahale eden işlemlerde bulunmuş; bu işlemler ise ulusal ve uluslararası çok sayıda yargı kararına konu olmuştur. Bu noktada Yeniden Birleşme sürecinin başta "tedbirlerin bireyselleştirilmesi" gereği olmak üzere insan hakları ve hukuk devleti açısından ortaya koyduğu tecrübe; başta Türkiye olmak üzere karşılaştırmalı hukuktaki diğer ülkeler için de dikkate alınmalıdır.

---

<sup>319</sup> Bununla birlikte AYM, 667 Sayılı OHAL KHK'nın 5. maddesi gereğince kamu görevinden çıkartılmakla beraber pasaportu iptal edilen ve daha sonra umuma mahsus pasaport talebi idare tarafından reddedilen başvurucunun yurt dışındaki bir üniversitede ders verememesinden kaynaklı özel yaşama saygı hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Bkz. AYM, Onur Can Taştan Başvurusu, Başvuru No:2018/32475. Mahkemenin özellikle kararın 63. paragraftaki "tedbirlerin özneliği" vurgusu, FAYM'nin yukarıda bahsedilen içtihatları ile de paralellik içermektedir.

Yine bir başka kararında Mahkeme, kamudaki görevlerinden çıkarılan hukukçuların baro levhasına yazılmalarına ilişkin verilen kararların adli soruşturma altında oldukları gerekçesiyle mahkemelerce iptal edilmesi nedeniyle özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Bkz. AYM, Mehmet Çetinkaya ve D.K Başvurusu, Başvuru Numarası: 2018/27392.

<sup>320</sup> Kamudan olmasa da OHAL kapsamında iş sözleşmesinin feshine ilişkin AYM, bireysel başvuru yolunda kararlar vermiştir. Örneğin AYM, iş sözleşmesi feshedilen kooperatif işçisi başvurucunun özel yaşama saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Bkz. AYM, Ayla Demir İşat Başvurusu, Başvuru Numarası: 2018/24245. Bu kararın değerlendirilmesi için bkz. Alkan, s.160vd.

## ZUSAMMENFASSUNG

*Die deutsche Wiedervereinigung oder deutsche Vereinigung am 3.10.1990 verwirklichte sich infolge einer friedlichen Revolution. Dennoch brachte sich diese friedliche Revolution wie jedes Systemwechsel erheblichen Personenwechsel insbesondere im öffentlichen Dienst.<sup>321</sup> Gleichfalls benötigte auch das Konzept "Vergangenheitsbewältigung", den früheren DDR-Eliten aus dem öffentlichen Dienst zu entfernen. Dieser Trend ist auch in den anderen osteuropäischen Ländern zu sehen, in der eine große "Entkommünisierungs-welle" erlebt wurden.*

*Insofern wurde die Personalentscheidung über frühere DDR-Mitarbeitern im Einigungsvertrag zweierlei beschlossen. Dementsprechend konnten die Verträge der früheren DDR Arbeitnehmer wegen mangelnder persönlicher Eignung gemäß I Kapitel XIX Sachgebiet A Abschnitt III Ziffer 1 Abs. 4 Nr. 1 des Einigungsvertrags gekündigt werden. Der zweite Sonderkündigungsgrund war politisch motiviert und fokussierte auf den Stasis-Apparaten (MfS). Demnach konnten die Verträge der früheren DDR-Arbeitnehmer gekündigt werden, wenn die Verwaltung feststellt, dass der Arbeitnehmer gegen die Grundsätze der Menschlichkeit oder Rechtsstaatlichkeit verstoßen hatte. Dieser Verstoß machte das Festhalten am Arbeitsverhältnis unzumutbar und rechtfertigte diese außerordentliche Kündigung.*

*Die beiden Regelungen wurden in unterschiedlichen Stellen der vereinigten Bundesrepublik streng durchgeführt und viele frühere DDR-Arbeitnehmer wurden aus dem öffentlichen Dienst entfernt. Infolge der Klagen diesen Reinigungsprozess entwickelte die Judikative in der Bundesrepublik Deutschland einschließlich das Bundesverfassungsgericht und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte erhebliche Maßstabe, die die kommenden Bewertungen beeinflussen. Hierzu ist die Erforderlichkeit einer detaillierten Einzellprüfung maßgebend. Mit anderen Wörtern schloß die Judikative eine kategorische Entfernung aus dem öffentlichen Dienst aus, ohne dass die Bedeutung der Dienst des Arbeitnehmers für den repressiven Staatsapparat festzustellen.*

---

<sup>321</sup> Bernhard Opolony, Die Kündigungsgründe des Einigungsvertrages, Springer Verlag, Wiesbaden 1996, s. 19.

*All diese rechtlichen Auseinandersetzungen werden in diesem Aufsatz detailliert untersucht. Abschließend wird die Konsequenz aus dieser Erfahrung für den Reinigungsprozess der Türkei nach gescheiterten Putschversuch in 2016 gezogen.*

### KAYNAKÇA

- ARDIÇOĞLU, Artuk, “Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu İşlemlerinin Hukuki Niteliği”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2017/2, s. 25-56.
- ALKAN Fatih, “Kamu Görevinden Çıkarma İşlemlerinin Özel Hayata Saygı Hakkı”, *Anayasa Yargısı*, Cilt: 38, Sayı 2, s. s. 143–175.
- BADURA, Peter, *Staatsrecht*, C.H Beck, München 2012.
- BATTIS, Ulrich, in: *Vergangenheitsbewältigung durch Recht- Drei Abhandlungen zu einem deutschen Problem* (Hrsg: Josef Isensee), Duncker&Humblot, Berlin 1992, s.
- COLLINS, Justing, *Democracy’s Guardians- A History of the German Federal Constitutional Court (1951-2001)*, Oxford University Press, Oxford 2005, s. 235vd.
- ÇAYAN, Gökhan, “Geçiş Adaleti ve Avrupa Arındırma Hukuku”, *TAAD*, Yıl: 11, Sayı: 40, s.213-243.
- ÇETİN Evra, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2015.
- DÄUBLER, “Wolfgang Bundesdeutsches Arbeitsrecht in der ehemaligen DDR”, *Kritische Justiz*, Vol. 25, No. 3 (1992), s. 259-281.
- DÄUBLER, Wolfgang, *AIB-Stichworte:Treuhandanstalt, Arbeitsbereich, im Betrieb 12/90*, s.
- DERLIEN, Hans- Ulrich, in: *Verwaltungsreform und Verwaltungspolitik im Prozeß der deutschen Einigung / Wolfgang Seibel ...* (Hrsg.). - 1. Aufl. - Baden-Baden, 1993. - s. 193.
- DEYDA, Jonas, “Nazis im Staatsdienst: Divergierende Rechtsprechungslinien zum Ausschluss aus dem juristischen Vorbereitungsdienst”, *VerfBlog*, 2022/1/04, <https://verfassungsblog.de/nazis-im-staatsdienst/>, DOI: 10.17176/20220104-210242-0. (Erişim tarihi:07.01.2022).

- DİNÇER, Hülya, Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Hakikat Hakkı, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2017, Basılmamış Doktora Tezi.
- DUYGUN, Ahmet Mert, “Yunanistan’ın Almanya ile Yaşadığı Savaş Tazminatı Tartışmasının Gündeme Getirdikleri: Federal Almanya Cumhuriyeti Nazi Almanyası’nın Devamı mı? Anayasa Hukuku ve Uluslararası Hukuk Açısından Bir Değerlendirme”, *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Haziran 2015, Sayı: 5, s. 113-131.
- ERÖZDEN, Ozan, *Geçmişle Yüzleşme ve Ceza Adaleti: Yugoslavya Deneyimi*, Dost Kitabevi, Ankara 2017.
- GAUCK, Joachim, “Der Sonderausschuß zur Kontrolle der Auflösung des MfS/AfNS: Die Schaffung eines Gesetzes über die STASI-Unterlagen”, in: *Mandat für Deutsche Einheit Die 10. Volkskammer zwischen DDR-Verfassung und Grundgesetz*(Ed:Hans Misselwitz-Richard Schroder), Leske+ Budrich Verlag, Opladen 2000, s. 141-153.
- GROß, Thomas, “Die institutionelle Unabhängigkeit der Justiz in Deutschland – ein Defizitbefund”, *VerfBlog*, 2019/6/06, <https://verfassungsblog.de/die-institutionelle-unabhaengigkeit-der-justiz-in-deutschland-ein-defizitbefund/> (Erişim tarihi: 31.03.2022).
- EREN, Abdurrahman, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.
- FRICKE, Karl Wilhelm, Kein Recht geboren? Das MfS und die politische Strafjustiz der DDR, Aus Politik und Zeitgeschichte-Beilage zur Wochenzeitung von “Das Parlament”, B 40/94, 7.Oktober 1994, s.24-33.
- GORTEMARKER, Manfred, *Geschichte der Bundesrepublik Deutschland- Von der Gründung bis zur Gegenwart*, Fischer Taschenbuch Verlag, München 1999, s.751.

GÖZLER, Kemal, "Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları: Özgürlüklerin Sınırlandırılması Problemi Açısından Sigara Yasağı", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 47, Sayı 1, Ocak 1990, s.31-67.

GÜLENER, Serdar/ ERCİYAS, Serencan, *Dünyada Arındırma Uygulamaları ve Türkiye’de Devletin FETÖ’den Arındırılması*, <https://setav.org/assets/uploads/2016/12/Arindirma-Politikalari.pdf> (Erişim tarihi:01.05.2022).

GRAVER, Hans Peter, *Judges Against Judges- On Judges When the Rule of Law is Under Attack*, Springer Verlag, Heidelberg-New York 2015.

HEINRICH, Horst/ KREMER, Arnold/ HUCKE, "Bernd, Ehemalige DDR-Richter als Richter im geeinten Deutschland- Materialien zur Orientierung bei der Beantwortung einer schwierigen Frage", *NJW*, 1991, s.450.

HEPER, Altan/ METİN, Sevtap, *Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü*, Tekin Yayınevi, İstanbul 2015.

HILLERMEIER, Hans, "STASI-Mitarbeiter im öffentlichen Dienst", *LKV*, 1995, s. 142.

HIRSCH, Ernst, "Was bedeutet Sozialistische Gesetzmäßigkeit", *Juristen Zeitung*, 9. März 1962, 17. Jahrg., Nr. 5/6 (9. März 1962), s. 149-154.

HOFFMANN, Frank, "Rechtsanwalt/Rücknahme der Zulassung wegen Verstoßes gegen die Grundsätze der Menschlichkeit und Rechtsstaatlichkeit/Einzelfallprüfung der Verhältnismäßigkeit", *Neue Justiz: Zeitschrift für Rechtssetzung und Rechtsanwendung*, 54. Jahrgang, s.334.

JAGGI, Stephan, "Revolutionary Constitutional Lawmaking in Germany- Rediscovering the German 1989 Revolution", *German Law Journal*, Vol. 17 No.04, s.579-629.

JESSE, Eckard, " 'Vergangenheitsbewältigung' nach totalitärer Herrschaft' in Deutschland *German Studies Review*, Fall 1994, Vol. 17, Totalitäre Herrschaft – totalitäres Erbe (Fall 1994), s. 165.

JESSE, Eckard, "Entnazifizierung" und "Entstafizierung" als Problem- Die doppelte Vergangenheitsbewältigung, in:

*Vergangenheitsbewältigung durch Recht- Drei Abhandlungen zu einem deutschen Problem* (Hrsg: Josef Isensee), Duncker&Humblot, Berlin 1992.

JESSE, Eckard, "War DDR ein Unrechtstaat, War die DDR ein Unrechtsstaat",  
<https://www.kas.de/de/web/linksextremismus/war-die-ddr-ein-unrechtsstaat-> (Erişim tarihi:31.03.2022).

KANADOĞLU, Osman Korkut/ DUYGUN, Ahmet Mert, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2020.

KAYA, Cemil, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kamu Görevlilerinin Sadakat Yükümlülüğü", *149. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu*, 11 Mayıs 2017, Danıştay Yayınları, No:93, Ankara, 2017.

KELLER, Berndt/ HENNEBERGER, Fred, "Bescheaeftigung und Arbeitsbeziehungen im öffentlichen Dienst der neuen Bundeslaender", *GMH*, 6/92.

KÜNZL, Reinhard, Aspekte des Kündigungsrechts in den neuen Bundeslaendern, *ArbuR Heft 7/1992*, s.210vd.

MAEHLERT, Ulrich, *Kleine Geschichte der DDR*, C.H. Beck Verlag, 7. Auflage, München 2010.

MAJER, Diemut, Die Überprüfung von Richtern und Staatsanwaelten in der ehemaligen DDR, *ZRP* 1991, Heft 5, s. 171.

MANTOUVALOU, Virginia, "Work and private life: Sidabras and Dziautas v Lithuania", *European Law Review* 2005, s. 573-585.

MARKOVITS, Ingo, "Children of a Lesser God: GDR Lawyers in Post-Socialist Germany", *Michigan Law Review*, Vol.94:2270, s.2271.

MENZEL, Jörg, *Völkerrechtliche Kontuinitaet vs. beamtenrechtliche Diskontuinitaet- Vergangenheitsbewältigung im Disput zwischen BVerfG und BGH in: Verfassungsrechtsprechung- Ausgewahlte Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Restroperspektive*, Mohr Siebeck, Tübingen 2011, 2. Auflage, s.74.

- MENZEL, Jörg, BVerfGE 84, "90- Materielle Unrechtsbewaeltigung oder die Grenzen der Geschichtsumkehr", in: *Verfassungsrechtsprechung- Ausgewaehlte Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Restroperspektive*, Mohr Siebeck, Tübingen 2011, 2. Auflage, s.476.
- MEYER, Hans, "200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universitaet zu Berlin", *Juristische Zeitung* 2011, s.357-360.
- MEYER-LADEWIG, Jens/ NETTESHEIM, Martin, EMRK-Kommentar: Artikel 8 Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, in: (Ed:Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Europäische Menschenrechtskonvention), 4. Auflage.
- QUARITSCH, Helmut, "Theorie der Vergangenheitsbewaeltigung", *Der Staat*, 1992, Vol. 31, No. 4 (1992), s.537.
- REICHEL, Peter, *Vergangenheitsbewaeltigung in Deutschland: Die Auseinandersetzungen mit der NS-Diktatur von 1945 bis heute*, Verlag C.H Beck, München 2001.
- QUINT, Peter, *The Imperfect Union: Constitutional Structures of German Unification*, Princeton University Press, West Sussex 1997, s. 166.
- SCHNEIDER., Martin, Gerichtliche Konfliktregulierung in turbulenten Arbeitsbeziehungen: die Funktion der Arbeitsgerichtsbarkeit in der ostdeutschen Transformation. Industrielle Beziehungen : Zeitschrift für Arbeit, Organisation und Management, 6(4), s. 458.
- SCHLINK, Bernhard, *Geçmişe İlişkin Suç ve Bugünkü Hukuk* (Çev: Reyda Ergün), Dost Kitabevi, Ankara 2012.
- SCHOLZ, Uwe, *Fristlose Kündigung im öffentlichen Dienst wegen Taetigkeit für das frühere Ministerium für Staatssicherheit/Amt für nationale Sicherheit(MfS)*, BB 1991, s.2515.
- SCHÖENEBERGER, Christian/ KNAUFF, Matthias, *Allgemeine Staatslehre*, C.H Beck Verlag, 2. Auflage, München 2013.
- SCZCZERBWSKI, Jakub J./ PITROWSKA, Paulina, *Measures to Dismantle the Heritage of Communism in Central and Eastern*



- Europe: Human Rights Context, Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol n° 62/63, s. 24.
- SOMMER-WESEL, “Anna Das Beamtenurteil - Hintergrund, Kritik und Darstellung seiner Bedeutung für die Stellung des Bundesverfassungsgerichts”, *Bonner Rechtsjournal* 01/2017, s.71.
- SPRANGER, Tade Mathias, BVerfGE 39, “334 – Extremisten: Zur Einstellung von politischen Radikalen in den öffentlichen Dienst”, in: *Verfassungsrechtsprechung- Ausgewählte Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Restroperspektive*, Mohr Siebeck, Tübingen 2011, 2. Auflage, s.277.
- KABOĞLU, İbrahim Özden, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, Legal Yayınevi, 16. Baskı, İstanbul 2021.
- KOHITE, Wolfhard, Kündigung wegen früherer MfS- Taetigkeit: Zugleich eine Anmerkung zum Urteil des BAG vom 28.1993- 8 AZR 415/92, *DZWir* 1995-Heft 7, s.300-303.
- KOSTAL, Rande W, “The Alchemy of Occupation: Karl Loewenstein and the Legal Reconstuction of Nazi Germany”, *Law and History Review*, February 2011, Vol. 29 No.1, s.12vd.
- KÜHL, Kristian, “Radbruch Formülü” (Çev: Mehmet Cemil Ozansü), *İÜHFM C. LXX, S. 1*, s.369 – 374.
- KÜPPER, Herbert, “Die rechtliche Aufarbeitung der kommunistisch Vergangenheit in Ungarn”, in: *Die rechtliche Aufarbeitung der kommunistischen Vergangenheit in Osteuropa*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 2010, s. 308vd.
- LETFORD, Kenneth, “III. Reich’taki Alman Yargıçları Yargılamak: Geçmişle Yüzleşme ve Geçmişini Mazur Görme” (çev: Kıvılcım Turanlı); in: *Nazi Almanyası’nda Hukuk- İdeoloji, Fırsatçılık ve Adaletin Saptırılması* (ed:Alan E. Steinweis& Robert D. Rachlin), Zoe Kitap, İstanbul 2020, s.206-207.
- OCAK, Ayşenur, “İnsan Hakları Açısından Devlet Tarafından İşlenen Kişisel Verilerin Açıklanması”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2020/4, s.39-74.

- OPOLONY, Bernhard, *Die Kündigungsgründe des Einigungsvertrages*, Springer Verlag, Wiesbaden 1996.
- RENSMANN, Thilo, BVerfGE "95,96- Mauerschützen: Systemunrecht und die Relativaet des absoluten Rückwirkungsverbotes", in: *Verfassungsrechtsprechung- Ausgewaehlte Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Restroperspektive*, Mohr Siebeck, Tübingen 2011, 2. Auflage, s. 610.
- SENDER, Horst, "Die DDR als Unrechtsstaat – ja oder nein?", *ZRP*, 1993, s.1-5.
- SNOWADSKY, Michael/ WIEDEMANN, Richard; *Waffenrecht und Parteienprivileg vor dem BVerwG*, BayVBl 2011, 102.
- ŞİRİN, Tolga, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2019, 2. Basi.
- TEZİÇ, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınevi, 9. Basi, İstanbul 2004.
- VON BEYME, Klaus, *Systemwechsel in Osteuropa*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1994.
- WASMUTH, Johannes, *Rechtsstaatliche Defizite bei der Aufarbeitung von SED-Unrecht*, Neue Juristische Woche 2015, s. 3697-3701.
- WINKLER, Kathrin, *Die Kündigung wegen Tätigkeit für das MfS in der Praxis- Eine rechtstatsächliche Untersuchung der vom Thüringer Kultusministerium wegen MfS-Verstrickung und/oder Verschweigens dieser Verstrickung ausgesprochenen Kündigungen und ihrer Überprüfung durch die Thüringer Arbeitsgerichtsbarkeit*, Peter Lang Verlag, Berlin 2003.
- WEISS, Manfred / THOMAS Kreuder, 'Das "Sonderkündigungsrecht" nach dem Einigungsvertrag', *ArbuR*, Heft 1/1994, s.20
- WILLOWEIT, Dietmar, *Deutsche Verfassungsgeschichte- Vom Frankreich bis zur Wiedervereinigung Deutschlands*, 7. Auflage, C.H Beck Verlag, München 2013.
- YÜCEL, Bülent, "Komünizm Sonrası Orta ve Doğu Avrupa Ülkelerinde Anayasacılık Hareketleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, D, 60 (3) 2011, s. 622

YÜZER ELTİMUR, Dilara, *AİHS Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri*, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul 2019.

ZIMMERMANN, Stefan, “Die strafrechtliche Bewaeltigung der deutschen Diktaturen”, *JUS* 1996, s. 865-871.

## İcra Müdürünün Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz veya İflâs Yoluyla Takibin Şartlarına İlişkin Yapması Gereken İncelemenin Kapsamı ve Sınırları

### Umfang und Grenzen der Prüfungspflicht des Vollstreckungsbeamten hinsichtlich der Vollstreckungsvoraussetzungen bei Wechsels- bzw. Scheckvollstreckung auf Pfändung oder auf Insolvenz

Doç. Dr. Efe Dırenisa / PD Dr. Habil. Efe Dırenisa\*

#### ÖZ

*Kambiyo senetleri, kamu güvenliğini haiz ve tedavül hızı yüksek senetlerdir. Bu nedenle İcra ve İflâs Kanunu'nun 167. maddesi ve devamı hükümlerinde kambiyo senedine bağlanmış alacaklarda, alacaklı lehine hızlandırılmış ve kolaylaştırılmış bir takip yolu benimsenmiştir. Kambiyo senetlerine özgü hacizle veya iflâsla takip yolunda, genel haciz yoluyla takip veya genel iflâs yoluyla takibe nazaran takip talebiyle borçluya ödeme emri gönderilene kadar geçen süreç içerisinde icra müdürüne bazı ek inceleme yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu çalışmada kambiyo senedine özgü haciz veya iflâs yoluyla takiplerde icra müdürünün takip şartlarına ilişkin yapması gereken incelemenin kapsamı ve sınırları incelenecektir.*

**Anahtar Kelimeler:** Kambiyo senetlerine özgü takip yolu, icra müdürü, takip şartları, inceleme yükümlülüğü

---

\* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (direnisa@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-2220-9468.

## Scope and Limits of Examination Obligation of Debt Collector in Regard to Enforcement Procedure Specific for Negotiable Instruments

### ABSTRACT

*Negotiable instruments comprise a security function and may circulate rapidly through transfer by endorsement. For this reason, an accelerated and facilitated enforcement procedure has been adopted in Article 167 and following provision of Enforcement and Bankruptcy Law No. 2004 in favor of the creditor for the receivables tied to the negotiable instrument. The enforcement procedure specific for negotiable instruments imposes some additional examination obligations on the debt collector during the process until the debtor is sent a payment order. In this study, the scope and limits of the examination obligations of the debt collector regarding the prerequisites of the enforcement procedure specific for negotiable instruments will be examined.*

**Keywords:** Enforcement procedure specific for negotiable instruments, debt collector, enforcement procedure prerequisites, examination obligation

### GİRİŞ

Tarihsel gelişim süreci içerisinde resmî bir makamın katılımına gerek olmaksızın niteliği itibarıyla adî yazılı senet olan bazı senetlere, özellikle ticaret hayatının gereksinimleri doğrultusunda bazı özellikler kazandırılması gerekmiştir. Böylelikle kambiyo senetleri doğmuştur. Kambiyo senetleri, Türk Ticaret Kanunu'nun 670. maddesi ve devamı hükümlerinde özel olarak düzenlenmiştir. Maddî hukuka ilişkin düzenlemeler, bu hakkın ileri sürülmesi ve hakkın yerine getirilmesi (*Durchsetzung*) bakımından tek başına yeterli değildir. Kambiyo senetleri kamu güvenliğini haiz ve tedavül gücü yüksek senetler olduğundan, senetle iç içe geçmiş bulunan alacak hakkının ileri sürülmesine ilişkin genel haciz veya genel iflâs yoluna kıyasla senet alacaklısı lehine hızlandırılmış ve kolaylaştırılmış bir takip usûlünün de düzenlenmesi zorunluluğu doğmuştur.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 167. ilâ 170/b maddelerinde kambiyo senetlerine özgü hacizle takip; Kanun'un 171. maddesi ve devamı hükümlerinde ise kambiyo senetlerine özgü iflâs yoluyla takip düzenlenmiştir. Kambiyo senetlerine özgü takip usûlünde süreler alacaklı lehine kısaltılmış ve takibe itiraz ve şikâyet usûlleri, sebepleri ve bunların etkileri özel olarak düzenlenerek, söz konusu takibin daha süratli bir şekilde yürütülmesi amaçlanmıştır.

Çalışmamızda, öncelikle kambiyo senetlerine özgü takip yolunun özel olarak düzenlenme sebeplerine değinildikten sonra, takip talebiyle başlayan ve talebin kabulüyle borçluya ödeme emrinin tebliğine kadarki süreç içerisinde, İcra ve İflâs Kanunu'nca icra müdürüne söz konusu takip usûlü bakımından getirilmiş olan inceleme yükümlülüğünün kapsamı ve sınırları incelenecektir.

## **I. Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz veya İflâs Yoluyla Takip**

### **A. Kambiyo Senetlerine Özgü Bir Takip Yolunun Düzenlenmesinin Amacı**

Ticarî hayat içerisinde mal ve hizmet değişiminin hızlı bir şekilde gerçekleşmesi zorunlu ve esastır. Bu ihtiyaç, herhangi bir resmî makam tarafından düzenlenmemesine ve niteliği itibariyle adî senet olmasına karşın, tedavül kabiliyeti olan senetlerin Türk Ticaret Kanun'da özel olarak düzenlenmesiyle giderilmiştir. Ancak sadece maddî hukuk açısından yapılan düzenlemelerle taraflara bazı haklar tanınması, söz konusu hakların yerine getirilmesi için yeterli değildir. Maddî hukukun tanıdığı hakların yerine getirilmesi aşamasında, kambiyo senetlerinin düzenlenmesinin temelinde yatan ihtiyaçların karşılanabilmesi için, takip hukuku bakımından da kambiyo senetlerinin niteliğine uygun olan düzenlemeler yapılmıştır<sup>1</sup>. Bu bağlamda, İcra ve İflâs Kanunu'nun 167. ilâ 170/b maddeleri arasında kambiyo senetlerine özgü haciz veya iflâs yoluyla takibe

<sup>1</sup> **Atalı M./Ermenek İ./Erdoğan E.**, İcra ve İflâs Hukuku, 4. Bası, Ankara 2021, s. 362; **Görgün Ş./Börü L./Kodakoğlu M.**, İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2022, s. 262; **Karlı A.**, İcra ve İflâs Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2014, s. 367; **Postacıoğlu İ. E./Altay S.**, İcra Hukuku Esasları, 5. Bası, İstanbul 2010, s. 883-884; **Ülgen**

ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir. Kambiyo senetlerine özgü takip yoluna ilişkin düzenlemeler, genel haciz veya iflâs yoluyla takibe ilişkin düzenlemelere kıyasla takibin daha hızlı ve kolay ilerlemesine yöneliktir<sup>2</sup>.

İcra ve İflâs Kanunu'nun kambiyo senetlerine özgü takip yoluna ilişkin düzenlemelerinin mehası İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 177. maddesi ve devamı hükümleridir. Ancak Türk hukukundan farklı olarak İsviçre hukukunda, kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takip yapılması mümkün değildir. İsviçre hukukunda sadece kambiyo senetlerine özgü iflâs yoluyla takip yapılabilir<sup>3</sup>. Dolayısıyla İsviçre hukukunda alacağın sadece kambiyo senedine bağlanmış olması, kambiyo senetlerine özgü takip yoluna başvurulması için yeterli değildir. Aynı zamanda borçlunun, iflâsa tâbi kişilerden olması zorunludur<sup>4</sup>. Kambiyo senetleri, ticarî hayatta kısa süreli kredi sağlama ve paranın yerine geçen ikame bir değer

---

H./Helvacı M./Kaya A./Nomer Ertan F., Kıymetli Evrak Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2019, s. 335.

<sup>2</sup> Pekcanıtez H./Atalay O./Özekes M./Sungurtekin Özkan M., İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 8. Bası, İstanbul 2021, s. 258; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 335;.

<sup>3</sup> İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 39. maddesinde iflâsa tabi kişiler sayılmıştır. Kambiyo senetleri ticarî senetler olarak görülmektedir. Kambiyo senetleri tedavül kabiliyeti olan senetler olduğundan, ticarî hayat içerisinde ödeme dengelerinin bozulmaması için kambiyo senedine bağlı alacağı ödenmemiş olan alacaklının hedefine olağan takip yollarından daha hızlı bir şekilde ulaşması veya en azından içinde bulunduğu durumda daha çabuk netleşmesi amaçlanmaktadır (Hunkeler D., Kurzkommentar - SchKG, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 177, N. 2).

<sup>4</sup> Staehlin A./Bauer T./Staehlin D., Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. Aufl., Basel 2010, Art. 177, N. 30; Roth [KuKo-SchKG], Art. 177, N. 6; Kren Kostkiewicz J./Vock D., Schulthess Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl., Zürich 2017, Art. 177, N. 6; Kren Kostkiewicz J., Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Zürich 2012, s. 64; Studer J./Zöbeli M., Schuldbetreibungs- und Konkursrecht - Ein Leitfadens für die Praxis, 5. Aufl., Zürich 2020, s. 165.

yaratma işlevlerini sağladığı için, İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda "hızlandırılmış bir iflâs prosedürü" öngörülerek, kambiyo taahhüdünde bulunan borçlu üzerinde iflâs etme baskısı oluşturulmak suretiyle borcunu vadesinde ödemeye zorlanması ve böylelikle kambiyo senetlerine olan kamu güveninin ve kambiyo senetlerinin tedavül kabiliyetinin korunması amaçlanmıştır<sup>5</sup>.

### B. Kambiyo Senetlerine Özgü Takip Yoluna Başvuru Koşulları

Kambiyo senetlerine özgü takip yoluna başvuru koşulları, alacaklının takip talebinde bulunması üzerine icra müdürü tarafından yapılması gereken incelemeyle doğrudan bağlantılıdır. Alacaklının kambiyo senetlerine özgü takip yoluna başvurabilmesi için öncelikle elinde kambiyo senedi niteliğini haiz bir senet bulunması gerekli ve yeterlidir. Kambiyo senetleri; poliçe, bono ve çek olmak üzere üç türdür. Kambiyo senetleri, Türk Ticaret Kanunu'nun 670. maddesi ve devamı hükümlerinde düzenlenmiştir. Kambiyo senetleri Kanun'da sınırlı sayı ilkesine göre düzenlendiğinden, tarafların anlaşarak yeni bir tür kambiyo senedi oluşturmaları mümkün değildir<sup>6</sup>. Bir senedin, kambiyo senedi niteliğini haiz olup olmadığı maddî hukuka göre belirlenir. Kambiyo senetleri en çok tedavül eden senetlerden olduğundan, tedavül kabiliyetinin ve alışveriş güvenliğinin korunması için sıkı bir şekle bağlılık kuralı benimsenmiştir<sup>7</sup>. Türk Ticaret Kanunu'nda poliçe, bono veya çek<sup>8</sup> için öngörülen zorunlu

<sup>5</sup> **Fritsche H.**, Das Wechselrecht in seiner Bedeutung für den Betreibungsbeamten, SJZ 1931, H. 32, s. 19; **Bauer** [BSK-SchKG], Art. 177, N. 6.

<sup>6</sup> **Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan**, s. 101; **Kayıhan Ş.**, Kıymetli Evrak Hukuku, 6. Bası, Ankara 2019, s. 87.

<sup>7</sup> **Kendigelen A./Kırca İ.**, Kıymetli Evrak Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2021, s. 125; **Karayalçın Y.**, Ticaret Hukuku Dersleri II - Ticarî Senetler (Kambiyo Senetleri), 3. Bası, Ankara 1964, s. 44-45; **Kınacıoğlu N.**, Kıymetli Evrak Hukuku, 4. Bası, Ankara 1993, s. 110.

<sup>8</sup> 5941 sayılı Çek Kanunu'nun 2. maddesinin altıncı ve yedinci fıkralarında, bankalar tarafından bastırılacak çek yapraklarının içermesi gereken zorunlu unsurlar düzenlenmiştir. Anılan hükmün dokuzuncu fıkrasında ise Türk Ticaret Kanunu'ndaki unsurları taşıması kaydıyla, düzenlenen çekin anılan maddede yer



unsurları içermeyen bir senedin, kambiyo senedi niteliğini kazanması mümkün değildir.

Bununla birlikte elinde bir kambiyo senedi olan alacaklı, mutlaka kambiyo senetlerine özgü takip yoluna başvurmak zorunda değildir<sup>9</sup>. Söz konusu alacağı için dilerse borçluya genel haciz yoluyla veya iflâs yoluyla takip yapabilir. Alacağı rehinle temin edilmiş bir alacaklı, elinde aynı zamanda söz konusu alacağı için bir kambiyo senedi varsa, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapmak zorunda olmadan, doğrudan kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takip yapabilir (İİK m. 45/3, 167/1)<sup>10</sup>.

---

alan koşullara aykırı olmasının, çekin geçerliliğini etkilemeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır.

<sup>9</sup> **Pekcanitez/Atalay/Özekes/Sungurtekin Özkan**, s. 259; **Kuru B.**, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Bası, Ankara 2013, s. 761; **Kuru B./Aydın B.**, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 5. Bası, Ankara 2021, s. 258; **Arslan R./Yılmaz E./Taşpınar Ayvaz S./Hanağası E.**, İcra ve İflâs Hukuku, 7. Bası, Ankara 2021, s. 368; **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s. 263; **Yıldırım M. K./Deren-Yıldırım N.**, İcra ve İflâs Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2021, s. 327; **Üstündağ S.**, İcra Hukukunun Esasları, 8. Bası, İstanbul 2004, s. 380; **Karslı**, s. 367; **Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan**, s. 335; **Uyar T./Uyar A./Uyar C.**, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi C. II, 3. Bası, Ankara 2014, s. 3090; **Uyar T.**, Kambiyo Senetlerine İlişkin Takiplerde Takip Talebinin İçeriği (İİK.mad.167), ABD, C. 66, S. 1, Y. 2008, s. 180.

<sup>10</sup> Yargıtay, daha eski tarihli kararlarında alacaklının alacağının rehinle teminat altına alındığı ve aynı zamanda söz konusu alacak için bir kambiyo senedi düzenlendiği hâllerde, tahsilde tekerrür olmamak kaydıyla alacaklının rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip ile kambiyo senetlerine özgü takip yolu arasında bir seçim hakkı olduğunu kabul etmekteydi: “[...] İcra ve İflas Kanunu'nun 45 nci maddesine göre, alacağı rehinle temin edilmiş bir alacağın borçlusu iflâsa tâbi şahıslardan olsa bile, alacaklı yalnız rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapabilir. Anılan maddenin ikinci fıkrası hükmü, kambiyo senetleri hakkındaki 167'nci maddeyi saklı tutmuştur. Bu hükme göre de, alacağı çek, poliçe veya bonoya dayanan alacaklı, alacak rehinle temin edilmiş olsa bile, kambiyo senetlerine mahsus yolla takibe girişebilir. Somut olayda davacı banka, dava dışı borçlu şirkete çeşitli sözleşmelerle kredi kullandırmış ve kredilerden doğan ya da doğacak alacakların teminatı olmak üzere, bedeli paylaşımına konu araçlardan altısı üzerine 200.000,-YTL. limitli rehin tesis etmiştir. Davacı banka kredi alacaklarının tahsili amacıyla yukarıda açıklanan

yasal imkanlardan yararlanmak suretiyle kambiyo senetlerine mahsus icra takibine girişmiş, araçların satışı üzerine alacak tutarının bu takipte ulaşan miktar kadar olduğunu bildirmiştir. Bu durumda mahkemece, davacı alacağının her bir araç üzerindeki rehinli miktara oranlanması ile davacıya isabet edecek payın belirlenmesi suretiyle sıra cetveli tanzimine imkân tanınması için davanın kabulüne karar verilmek gerekirken; açıklıktan uzak ve özetle davacının rehlin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapmamakla bu hakkını kullanamayacağı sonucuna ulaşan gerekçeyle davanın reddinde isabet görülmemiştir [...]” (12. HD, 21.04.2009, 638/8577 (E-Uyar)). Ancak daha yeni tarihli kararlarında Yargıtay, bu içtihadından dönmüş olup, kambiyo senetlerine özgü takip yoluna başvurmuş olan alacaklının, aynı alacağı için daha sonra rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatmasının kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle süresiz şikâyete tâbi olduğunu kabul etmektedir: “[...] İİK 45. maddesinde rehinle temin edilmiş bir alacağın borçlusunun iflasa tâbi şahıslardan olsa bile yalnız rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabileceği, poliçe ve emre muharrer senetlerle çekler hakkındaki 167. madde hükmü mahfuz olduğu, aynı kanunun 167. maddesinde ise alacağı çek, poliçe veya emre muharrer senede müstenit olan alacaklının, alacak rehinle temin edilmiş olsa bile kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takipte bulunabileceği düzenlenmiştir. Somut olayın incelenmesinde; [...] 23. İcra Müdürlüğü'nün 2015/13876 Esas sayılı takip dosyasında; alacaklı tarafından 455.710,84 TL asıl alacağa dair olarak dava dışı Alev Kantekin ve muteriz borçlular hakkında ipotegin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı icra takibinde bulunulduğu, mükerrem olduğu iddia edilen [...] 23. İcra Müdürlüğü'nün 2015/14202 Esas sayılı takip dosyasında; alacaklı tarafından aynı asıl alacak miktarı için bonoya dayalı olarak kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile ilamsız icra takibi başlatıldığı ve şikâyetçi borçluların borçlu sıfatı ile takibin tarafı olduğu, takip talebinde ve ödeme emrinde; “tahsilde tekerrür olmamak kaydıyla” kaydına yer verildiği görülmüş olup takip talebinde yazılı ibareler ve alacaklı vekilinin beyanı ile her iki takip dosyasına konu borcun aynı borç olduğu konusunda ihtilaf yoktur. Her ne kadar yukarıda anılan kanun hükümleri uyarınca borç ipotek ile temin edilmiş olsa bile elinde kambiyo senedi bulunan alacaklı, kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip yapabilirse de somut olayda öncelikle ipotegin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçildiğinden alacaklı tercih hakkını bu takip türünden yana kullanmış olup aynı borca dair olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip yapamaz. Bu durumda İİK'nun 45/1 hükmü uyarınca rehlin paraya çevrilmesi yolu ile takip sonucunda rehin tutarı borcu ödemeye yetmez ise alacaklı kalan alacağını iflas veya haciz yolu ile takip edebilir. Bu husus kamu düzeni ile ilgili olup süresiz şikâyete tâbidir

İsviçre hukukundan farklı olarak hukukumuzda İcra ve İflâs Kanunu'nun 167. maddesinin birinci fıkrası uyarınca alacağı bir kambiyo senedine dayalı olan alacaklı, kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takip yapabileceğinden, borçlunun iflâsa tâbi kişilerden olmasına gerek yoktur. Ancak kambiyo taahhüdünde bulunmuş olan borçlu, aynı zamanda iflâsa tâbi kişilerdense, alacaklı dilerse kambiyo senetlerine özgü iflâs yoluna da başvurabilir.

## II. Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz veya İflâs Yoluyla Takipte İcra Müdürünün İnceleme Yükümlülüğü

### A. Genel Olarak

İcra ve İflâs Kanunu'nda kambiyo senetlerine özgü takip yolunu düzenleyen hükümlerde, icra müdürünün takip talebini inceleme yükümlülüğü açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Mehzaz kanun olan İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 178. maddesinin birinci fıkrasında da kambiyo senetlerine özgü takibin koşulları mevcut ise, icra memurunun (*Betreibungsbeamter*) borçluya derhâl bir ödeme emri tebliğ edeceği hükme bağlanmıştır. Anılan bu hükümde icra memuru tarafından ödeme emrinin tebliği, kambiyo senetlerine özgü takip yoluna başvuru koşullarının mevcudiyetine bağlandığından, İsviçre doktrininde icra memurunun inceleme yükümlülüğü bulunduğu kabul edilmektedir<sup>11</sup>.

Kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takipte icra ve iflâs Kanunu'nun 168. maddesinin birinci fıkrasında ve kambiyo senetlerine özgü iflâs yoluyla takipte İcra ve İflâs Kanunu'nun 171. maddesinin birinci fıkrasında icra müdürünün, senedin kambiyo senedi olduğunu ve vadesi geldiğini görürse borçluya senet suretiyle birlikte hemen bir ödeme emri göndereceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla hukukumuzda da elinde bir kambiyo senedi bulunan alacaklının takip talebi üzerine icra müdürünün borçluya ödeme emri göndermesi için, en azından öncelikle alacaklı-

---

[...]” (12. HD, 10.10.2017, 6964/12193 (Kazancı)). Aynı yönde başka bir karar için bkz. 12. HD, 16.01.2019, 9112/337 (Lexpera)).

<sup>11</sup> **Talbot** [SK-SchKG], Art. 178, N. 1; **Bauer** [BSK-SchKG], Art. 178, N. 1; **Roth** [KuKo-SchKG], Art. 178, N. 1; **Fritschi E.**, *Verfahrensfragen bei der Konkursöffnung*, Zürich 2010, s. 45-46.

nın dayandığı senedin kambiyo senedi niteliğinde olup olmadığını ve senedinin vadesinin gelip gelmediğini kontrol etmesi gerekmektedir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 167. maddesinin ikinci fıkrasında, alacaklının takip talebine kambiyo senedinin aslını ve borçlu adedi kadar tasdikli örneğini eklemeye mecbur olduğu öngörülmüştür. Kambiyo senedinin aslının takip talebine eklenmesi, senedin icra dairesine teslimini zorunlu kılar. Böylece tedavül kabiliyeti bulunan ve tedavül hızı yüksek olan kambiyo senedinin ciro edilmesi imkânı ortadan kaldırılmış olur<sup>12</sup>. Ayrıca kambiyo senetlerinin tedavül kabiliyetiyle bağlantılı olarak borçlunun, takibe konulan senedin kendisi tarafından düzenlenip düzenlenmediğini bilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla borçluya, senedin aslını inceleme ve gerekirse imza itirazında veya borca itirazda bulunma hakkını kullanması için yeterli imkân sağlanması gerekmektedir<sup>13</sup>. Dolayısıyla icra müdürünün, takip talebine kambiyo senedinin aslının ve borçlu sayısı kadar örneğinin sunulup sunulmadığını kontrol etmesi gerekir. Takip talebiyle birlikte sunulan kambiyo senedinin aslı icra dairesinin kasasında saklanır<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 366; **Köle M./Görgülü F.**, Son Düzenlemeler Işığında Çekin Şekil Şartları ve Çeke Dayalı Kambiyo Senetlerine Özgü Takip Yolları, DÜHFD, C. 21, S. 35, Y. 2016, s. 122; **Özcengiz M. N.**, Tetkik Mercii, Ankara 1975, s. 85-86; **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s. 265; **Yardım M. E.**, Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz Yoluyla Takipte İtiraz (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul 2012, s. 48; **Cebeci Z. Ç.**, İcra Hukuku Uygulamasında Bono, İstanbul 2020, s. 171.

<sup>13</sup> **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 366; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 367; **Kuru B.**, İcra ve İflâs Hukuku C. II, 3. Bası, İstanbul 1990, s. 1648; **Köle/Görgülü**, s. 122; **Karlı**, s. 371; **Helvacı M.**, Kambiyo Senetlerine Özgü Takip Yolları, İÜHFM, C. 71, S. 2, Y. 2013, s. 170-171; **Muşul T.**, Kambiyo Senetlerine Dayanan Haciz Yoluyla Takip, BATİDER, C. 12, S. 3, Y. 1974, s. 613-614; **Ergün M.** Kambiyo Senetlerine Özgü Takip Yolları, Ankara 1989, s. 42; **Uyar**, s. 181. Doktrinde bir görüşe göre senedin aslının takip talebiyle birlikte sunulması, icra müdürünün yapacağı incelemeyi gerçekleştirebilmesi için gereklidir (**Berkin N.**, Ticari Senetlere Bağlı Alacakların Takibi, İBD, S. 1-2, Y. 1957, s. 23; **Postacıoğlu/Altay**, s. 839).

<sup>14</sup> **Kuru**, s. 770; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 367. Ayrıca bkz.

Doktrinde ayrıca icra müdürünün, takip talebinin kanunî unsurlarının yanı sıra takip talebinde bulunan alacaklının kambiyo senetlerine özgü haciz veya iflâs yoluna başvurma hakkı bulunup bulunmadığını incelemesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>15</sup>. Bu husus üzerinde aşağıda daha ayrıntılı olarak durulacaktır.

## **B. Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz veya İflâs Yoluyla Takipte İcra Müdürünün İnceleme Yükümlülüğünün Kapsamı**

### **1. Takip Talebine Kambiyo Senedinin Aslının ve Borçlu Sayısı Kadar Tasdikli Örneğinin Eklenmiş Olması**

#### **a. Kambiyo Senedinin Aslının Eklenmesi ve İstisnaları**

İcra ve İflâs Kanunu'nun 167. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca alacaklı, kambiyo senetlerine özgü hacizle takip yoluna başvurmuşsa, takip talebine kambiyo senedinin aslını ve borçlu adedi kadar tasdikli örneğini eklemeye mecburdur. Bununla birlikte kambiyo senetlerine özgü iflâsla takip yolu bakımından senedin aslının takip talebine eklenmesine ilişkin açık bir düzenlemeye Kanun'da yer verilmemiştir. Ancak İcra ve İflâs Kanunu'nun 176/b maddesinin ikinci fıkrası uyarınca bir senetle takip edilen borçlular içinde iflâsa tâbi olmayan bir kişi bulunup da, alacaklı iflâsa tâbi olanlar aleyhine iflâs, tâbi olmayanlar aleyhine haciz yoluna gitmek isterse, bu yollara mahsus ayrı iki takip talebinde bulunmaya mecburdur. Bu halde takip taleplerinden birine kambiyo senedinin icra müdürü tarafından tasdik edilmiş bir sureti eklenir. İcra müdürü, senedin bu suretine, senedin aslının kendisinde bulunduğunu yazar. Kaldı ki kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takipte, senedin aslının takip talebine eklenmesine ilişkin düzenlemenin temelinde yatan gerekçeler, kambiyo senetlerine özgü iflâs yoluyla takip bakımından da geçerlidir. Bu nedenle

---

**Ulukut S. N.**, İcra ve İflas Kanunu'nun 167. Maddesi Son Fıkrası Hükmünün Uygulamada Doğurduğu Güçlük ve Sakıncalarla Bunların Giderilmesi Yolu, İBD, C. 47, S. 9-10, Y. 1973, s. 991-1001.

<sup>15</sup> **Pekcanitez/Atalay/Özekes/Sungurtekin Özkan**, s. 262; **Kuru/Aydın**, s. 261; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 369; **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s. 267; **Ulukapı Ö.**, İcra ve İflâs Hukuku, Konya 2015, s. 215.

kambiyo senetlerine özgü iflâs yoluyla takipte de takip talebine senedin aslının eklenmesi gerekir.

Kanun'da ayrıca borçlu sayısı kadar tasdikli örneğin de takip talebine eklenmesi öngörülmüştür. Ancak eklenecek örneklerin kimin tarafından tasdik edileceği Kanun'da düzenlenmemiştir. Bununla birlikte İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği'nin 21. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde "borçlu adedi kadar, alacaklı tarafından onaylı örneğin" takip talebine eklenmesi gerektiği öngörülmüştür.

Kambiyo senetlerinin "aslının" kambiyo senetlerine özgü takip yolunda takip talebine eklenmesine ilişkin Kanun'daki hükümler, mutlak olmayıp, bu hususu düzenleyen diğer hükümlerdeki istisnalarla birlikte değerlendirilmelidir. Çek Kanunu'nun 3. maddesinin üçüncü fıkrasında muhatap bankanın, karşılığı hiç veya kısmen bulunmasa bile kendisine ibraz edilen her bir çek yaprağı için asgarî bir miktar ödeme yapması gerektiği hükme bağlanmıştır<sup>16</sup>. Söz konusu hükmün altıncı fıkrasında ise muhatap bankanın üçüncü fıkraya göre ödemekle yükümlü olduğu tutar dâhil olmak üzere kısmî ödeme yapılmışsa, çekin ön ve arka yüzünün onaylı bir fotokopisinin ücretsiz olarak hamile verileceği ve hamilin bu fotokopi ile kambiyo senetlerine özgü takip yoluna başvurabileceği düzenlenmiştir. Çekin aslı, karşılıksızdır işlemini yapan ve kısmen de olsa çek bedelini hamile ödeyen muhatap bankada saklanır. Dolayısıyla alacaklının alacağı, kısmen de olsa karşılıksız kalmış bir çekten kaynaklanıyorsa, anılan bu düzenlemeler doğrultusunda muhatap banka tarafından verilen onaylı fotokopinin takip talebine eklenmesi, İcra ve İflâs Kanunu'nun 167. maddesinin ikinci fıkrası bakımından yeterlidir (İİK Yön. m. 21/c)<sup>17</sup>. İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği'nin 21. maddesinin üçüncü

<sup>16</sup> Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından 22.01.2022 tarihli ve 31727 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 2022/3 numaralı Çek Defterlerinin Baskı Şekline ve Bankaların Hamile Ödemekle Yükümlü Olduğu Miktarın Belirlenmesine İlişkin Tebliğ'in 1. maddesiyle muhatap bankaların çek hamiline ödemekle yükümlü oldukları asgarî tutar 28.01.2022 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere üç bin altı yüz Türk Lirası olmak üzere güncellenmiştir.

<sup>17</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes/Sungurtekin Özkan, s. 261; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 366; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 368-369; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 266; Köle/Görgülü, s. 122; Yardım, s. 51; Helvacı, s. 171.

fıkrasında takibin elektronik ortamda açılması durumunda, takibe eklenecek belgelerin elektronik ortama aktarılarak güvenli imzayla imzalanması ve söz konusu hükmün (c) bendinde belirtilen kambyo senetleri, elektronik ortamda takibe eklenmiş olsa bile en geç üç gün içerisinde belgelerin asıllarının ilgili icra dairesine ibraz edilmesinin zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır.

Kambyo senetlerinin aslının takip talebine eklenmesinin tek istisnası, kısmen ödenmiş olan çekin banka tarafından verilen onaylı fotokopisi değildir. Yargıtay bir kararında, adli emanete alınan bir bononun, aslı yerine tasdikli fotokopisinin takip talebine eklenmesinin yeterli olduğuna, zira icra müdürlüğüne belgenin, bulunduğu makamdan resmî yazıyla talep edilmesinin ve incelendikten sonra aynı makama iade edilmesinin mümkün olduğuna hükmetmiştir<sup>18</sup>. Yargıtay'ın daha önceki tarihli

---

<sup>18</sup> “[...] Somut olayda ise senedin Büyükçekmece Cumhuriyet Savcılığı'na 2009/30194 no'lu hazırlık soruşturmasına konu edildiği ve senede el konulduğu (adli emanete alındığı) anlaşılmaktadır. Anılan engel sebebiyle alacaklının senedin tasdikli fotokopisini icra dairesine sunmak suretiyle takip yapması mümkündür. Yerleşik Yargıtay uygulaması da bu yöndedir. İİK'nun 168.maddesinde öngörülen incelemenin yapılabilmesi ve ayrıca borçlunun bono aslını görebilmesi için dayanak belgenin saklı tutulduğu makamdan icra müdürlüğüne resmen istenilmesi, gerekli incelemenin yapılması ve sonrasında aynı makama iadesi mümkündür. O halde mahkemece, şikâyetin kabul edilerek icra müdürlüğünün, senet aslı ibraz edilmediğinden bahisle örnek 10 numaralı ödeme emri tebliği talebinin reddi kararının iptaline karar verilmesi gerekirken şikâyetin reddi isabetsizdir [...]” (HGK, 30.03.2012, 12-80/265 (Kazancı)). “[...] Somut olayda ise Edirne 2. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 24.08.2006 tarih ve 2006/1123 Müt. sayılı kararıyla CMK'nun 127. maddesi ile Adli ve Önleme Araçları Yönetmeliğinin 5, 6, 7. maddeleri gereğince bonoya ceza takibatına esas olmak üzere el konulduğu anlaşılmaktadır. Anılan yasal engel nedeniyle alacaklının bono fotokopisini icra dairesine sunmak suretiyle takip yapması mümkündür. Yerleşik Yargıtay uygulaması bu yöndedir (Gönen Eriş, İcra ve İflas Kanunu, 2005 Baskı, sayfa: 795). İİK'nun 168. maddesinde öngörülen incelemenin yapılabilmesi ve ayrıca borçlunun bono aslını görebilmesi için dayanak belgenin saklı tutulduğu makamdan icra müdürlüğüne resmen istenilmesi, gerekli incelemenin yapılması ve sonrasında bu yere geri verilmesi mümkündür [...]” (12. HD, 05.03.2007, 968/3939 (E-Uyar)).

kararlarında da alacaklının, senedin aslını takip talebiyle birlikte sunmasında hukukî imkân bulunmadığı hâllerde, senedin fotokopisinin sunulmasının yeterli olduğu kabul edilmiştir<sup>19</sup>. Kambiyo senedinin aslının takip talebine eklenmesi, söz konusu senedin ihtiva ettiği alacağın takibe konu edilmesinden sonra senedin tedavül etmesinin engellenmesi ve borçlunun senedi incelemesine imkân tanıma amacına hizmet etmektedir. Senedin aslının sunulmasında bir hukukî imkânsızlık söz konusu olduğu durumlarda, senet zaten alacaklının elinde olmadığından, alacaklı kambiyo senetlerine özgü takip yoluna başvurursa bile, takip devam ederken senedin tedavül etmesi mümkün değildir. Ayrıca günümüzdeki teknolojik gelişmeler göz önünde bulundurulduğunda senedi elinde bulduran makam, kolaylıkla senedin ön ve arka yüzünün renkli fotokopisini çekerek bir onaylı suretini hazırlayabilir veya taramak suretiyle elektronik ortama aktararak ve elektronik imzayla imzalayarak elektronik ortamda ilgili icra dairesine ulaştırabilir. Dolayısıyla Yargıtay'ın anılan içtihadı, İcra ve İflâs Kanunu'nun 167. maddesinin ikinci fıkrasının sadece lafzen değil, amaçsal olarak yorumlanmasıyla varılan sonuca uygun olduğundan kanaatimizce isabetlidir.

İcra müdürü, takip talebinin ekinde kambiyo senedinin aslının bulunup bulunmadığını kontrol etmekle yükümlüdür. Doktrinde katıldığımız görüşe göre, takip talebine eklenen kambiyo senedinin yabancı bir

---

<sup>19</sup> “[...] Özel daire ile tetkik mercii arasındaki uyuşmazlık icra takibi sırasında icra memuruna asılları tevdi edilmeyen, tetkik merciinin verdiği kesin mehile rağmen alacaklı tarafından yine ibraz edilmeyen senetlerin örneklerine dayanarak yapılan icra takibinin; İcra İflas Yasasının 167'nci maddesine uygun olup olmadığı noktasındadır. Gerçekten senet asıllarının taraflarca müştereken üçüncü kişi Nuri Erikoğlu'na yediemin sıfatıyla tevdi edildiği, tek başına alacaklının bu senetleri elde etmesine imkân olmadığı, ancak merci kararıyla senetlerin yediemininden celp ve inceleme olanağı bulunduğu, tespit tutanağı ve Nuri Erkoğlu'nun hâkim önündeki beyanlarından anlaşılmaktadır. O halde, tetkik merciinde yapılacak iş, sözü edilen senetlerin yediemininden celp ve incelenmesi, soruşturmanın ikmalinden sonra bir karar vermektir ibarettir. Açıklanan nedenle isabetli olan özel daire bozma ilamına uyulması gerekli iken takibin İcra İflas Yasasının 167'nci maddesine aykırı olduğundan bahisle önceki hükümde direnilmesinde isabet görülmemiştir [...]” (HGK, 02.05.1973, 1455/375 (İKİD, C. 151, Y. 153, s. 2141-2142)).



dilde düzenlenmiş olması durumunda, söz konusu kambiyo senedinin Türkçe tercümesinin de takip talebine eklenmesi gerekir<sup>20</sup>. Bir kambiyo senedinin, Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili hükmü uyarınca içermesi gereken zorunlu unsurları içerdiği sürece yabancı bir dilde düzenlenmiş olması, o senedin kambiyo senedi niteliğini etkilemez<sup>21</sup>. Dolayısıyla icra müdürünün senedin bir kambiyo senedi olup olmadığını inceleyebilmesi için, yabancı dilde düzenlenmiş olan kambiyo senedinin Türkçe tercümesi de takip talebine eklenmiş olmalıdır. Alacaklının alacağı kısmen karşılıksız kalmış bir çeki dayanıyorsa, çekin ön ve arka yüzünün muhatap banka tarafından onaylanmış fotokopisinin takip talebine eklendiğini denetlemelidir. Bununla birlikte fotokopinin, karşılıksız işlemi görmüş olan çekin aslını yansıtıp yansıtmadığını kontrol etmek veya ödeme emri düzenlemeden önce muhatap bankadan söz konusu çekin aslını talep ederek sunulan onaylı fotokopiyle kıyaslamak gibi bir yükümlülüğü yoktur. Ancak takip talebiyle birlikte sunulan fotokopi, muhatap banka tarafından onaylanmamışsa, icra müdürünün ödeme emri düzenlememesi gerekir. Çünkü gerek Çek Kanunu'nun üçüncü maddesinin altıncı fıkrasında gerekse İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği'nin 21. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde, kısmen karşılıksız kalan çekin ön ve arka yüzünün "onaylı fotokopisinden" bahsedilmiştir. Dolayısıyla muhatap banka tarafından onaylanmamış çek fotokopisinin takip talebine eklenmiş ol-

---

<sup>20</sup> **Kuru B.**, Almanca Düzenlenmiş Poliçe veya Bono'ya Dayanarak Türkiye'de İlâmsız İcra Takibi Yapılması, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 613.

<sup>21</sup> **Poroy R./Tekinalp Ü.**, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 23. Bası, İstanbul 2019, s. 151-152, 302, 314-315; **Pulaşlı H.**, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 8. Bası, Ankara 2022, s. 133-134, 256; **Öztaş F.**, Kıymetli Evrak Hukuku, 23. Bası, Ankara 2019, s. 79, 208, 226; **Bahtiyar M.**, Kıymetli Evrak Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2019, s. 56-57, 120, 134; **Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan**, s. 139, 261; **Kendigelen/Kırca**, s. 146, 164, 283; **Bozer A./Göle C.**, Kıymetli Evrak Hukuku, 9. Bası, Ankara 2020, s. 74, 190, 243; **Bilgili F./Demirkapı E.**, Kıymetli Evrak Hukuku, 10. Bası, Bursa 2019, s. 71, 128, 148; **İmregün O.**, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 13. Bası, İstanbul 2005, s. 539, 565; **Domaniç H.**, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 1960, s. 265, 276.

ması, İcra ve İflâs Kanunu'nun 167. maddesinin ikinci fıkrası bakımından yeterli kabul edilmemelidir.

Takip talebine eklenen karşılıksız çekin fotokopisi üzerinde tahrifat yapılmışsa, icra müdürünün hareket etme tarzına ilişkin kanunî bir düzenleme mevcut değildir. Bu hususta, İcra ve İflâs Kanunu'nun 167. maddesinin ikinci fıkrası gözetilerek bir sonuca varmak gerekir. İcra müdürü, takip talebine kambiyo senedinin aslının veya söz konusu kambiyo senedi bir çekse, muhatap banka tarafından onaylanmış çek fotokopisinin eklenip eklenmediğini kontrol etmekle yükümlüdür. Dolayısıyla icra müdürüne şeklen de olsa eklenen fotokopiyi inceleme yükümlülüğü yüklenmiştir. Söz konusu yükümlülük, aynı zamanda icra müdürüne tanınmış bir yetkidir. Bu nedenle kanaatimizce fotokopi üzerinde tahrifat yapıldığı çıplak gözle görülüyorsa, icra müdürü doğrudan talebi reddetme veya kabul etme yoluna gitmeden, öncelikle muhatap bankadan çekin aslını veya muhatap banka tarafından onaylanmış ön ve arka yüzünün bir örneğini talep etmeli ve bu doğrultuda yapacağı incelemeden sonra talep hakkında karar vermelidir.

#### **b. Takip Talebine Protestonun Eklenmesi Gereken Durumlar**

İcra ve İflâs Kanunu'nun gerek 167. maddesinin ikinci fıkrasında gerekse 176/b maddesinin ikinci fıkrasında, kambiyo senetlerinin "asıllarından" bahsedilmiştir. Ancak protesto evrakının da takip talebine eklenmesi Kanun'da öngörülmemiştir. Daha önce de belirtildiği üzere kambiyo senetleri, tedavül kabiliyeti olan ve tedavül hızı yüksek senetlerdir. Dolayısıyla kambiyo senedi, vadesi gelinceye kadar pek çok kez ciro edilmiş olabilir. Alacaklının, poliçe ve bonoda müracaat borçlularına başvurabilmesi için bu kişilere bir ödememe protestosu göndermiş olması gerekmektedir. İbraz süresi içerisinde bankaya veya bir takas odasına ibraz edilen çek bakımındansa, alacaklının böyle bir yükümlülüğü yoktur. Müracaat borçlularına başvuru koşulları ve protestodan muafiyet hâlleri, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiştir. Ancak bu husus incelememizin kapsamını aştığından<sup>22</sup>, müracaat borçlularına karşı da takip yapmak isteyen

<sup>22</sup> Öztan, s. 138 vd., 303 vd.; Poroy/Tekinalp, s. 232 vd., s. 350 vd.; Kendigelen/Kırca, s. 251 vd., s. 329 vd.; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 213 vd., 321 vd.; Pulaşlı, s. 219 vd., Can M., Kıymetli Evrak Hukuku Ders Kitabı, 4.

alacaklının, müracaat borçlularına başvuru hakkının bir ödememe protestosunun düzenlenmesine bağlandığı durumlarda, bu ödememe protestosunu da takip talebine eklemesi gerektiğini belirtmekle yetiniyoruz<sup>23</sup>. Zira protesto evrakı, kambiyo senediyle bir bütün arz ettiğinden<sup>24</sup>, kambiyo senedinin aslının sunulmasına ilişkin öngörölmüş olan düzenleme, müracaat borçlularına başvuru bakımından protestoyu da kapsar.

### **c. Kambiyo Senedinin Aslının veya Fotokopisinin ya da Protestonun Takip Talebine Eklenmemesinin Yaptırımı**

Alacaklının, takip talebine kambiyo senedinin aslını veya aslını eklemesi hukuken mümkün olmadığı için onaylı fotokopisini ya da protestoyu eklemediği durumlarda, icra müdürünün ödeme emrini düzenleyerek borçluya tebliğ etmemesi gerekir. Ancak kambiyo senedinin aslı takip talebine eklenmediği hâlde, başka bir anlatımla İcra ve İflâs Kanunu'nun 167. maddesinin ikinci fıkrasına aykırı olarak, ödeme emri düzenlenip borçluya tebliğ edilmişse, borçlu yedi gün içerisinde ödeme emrinin iptali için şikâyet yoluna başvurabilir<sup>25</sup>.

Uygulamada icra müdürleri, kambiyo senedinin aslını farklı gerekçelerle teslim almaktan kaçınabilmektedir. Kambiyo senedinin aslının teslim alınmasının doğurduğu sorumluluk bir yana<sup>26</sup>, bazen fizikî şartlar

---

Bası, İstanbul 2019, s. 120 vd., s. 213 vd.; **Bahtiyar**, s. 96 vd., s. 165 vd.; **Bozer/Göle**, s. 146 vd., s. 421 vd.

<sup>23</sup> **Pekcanitez/Atalay/Özekes/Sungurtekin Özkan**, s. 261; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 367; **Kuru**, El Kitabı, s. 772; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 368-369; **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s. 267; **Ulukapı**, s. 215; **Karlı**, s. 371-372; **Helvacı**, s. 173.

<sup>24</sup> **Pekcanitez/Atalay/Özekes/Sungurtekin Özkan**, s. 261.

<sup>25</sup> **Pekcanitez/Atalay/Özekes/Sungurtekin Özkan**, s. 261; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 366; **Kuru**, El Kitabı, s. 770; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 367; **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s. 267; **Karlı**, s. 372; **Ergün**, s. 43; **Helvacı**, s. 172.

<sup>26</sup> Yargıtay, borçlu imza itirazında bulunursa, alacaklının imzanın borçlunun el ürünü olduğunu ispat etmekle yükümlü olduğuna ve kambiyo senedinin aslı icra dairesine teslim edildiği için, ispat yükü bakımından farklı bir değerlendirme yapılmasına yer olmadığına hükmetmiştir: “[...] Somut olayda, takip

yeterli olmadığı için de (örneğin, icra dairesinde bir icra kasası olmaması gibi) kambiyo senedinin aslının teslim alınmasından kaçınılmaktadır. Ancak Yargıtay'ın kökleşmiş içtihatlarına göre kambiyo senedinin aslının en azından itiraz süresi boyunca icra dairesinde saklanması gerekir<sup>27</sup>. Aksi

---

dayanağı senet, takip açılırken her ne kadar icra dairesi kasasına alınmışsa da yargılama sırasında dayanak bono aslının icra müdürlüğünde kaybolduğu ve mahkemeye gönderilemediği, yapılan araştırmalara karşın yine belge aslının bulunamadığı görülmüş, uzun süre imzaya itirazın incelenmesi sırasında temin olunamadığından imza incelemesi yapılamamıştır. İspat külfeti alacaklıda olup, senet aslı üzerinden imza incelemesi yapılmalıdır. Yerleşik Yargıtay uygulamasına ve bu arada Dairemizin istikrar bulan kararlarına göre fotokopi üzerinden imza incelemesi yapılamaz. "İmzaya itirazda ispat külfeti alacaklıya aittir" (HGK'nun 26.04.2006 tarih, 2006/12-223 E.-2006/235 K.). Diğer bir deyişle, alacaklı, takip dayanağı bonoda borçlu keşideciye atfen atılı imzanın onun eli ürünü olduğunu, itiraz halinde ispat etmek zorundadır. 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 İİK 5. maddesi uyarınca 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 [...] (12. HD, 28.06.2012, 5863/22981 (E-Uyar)).

<sup>27</sup> "[...] senet aslının verilmesi zorunluluğu, icra memurunun seçtiği özel takip yolunun uygunluğunu araştırmak amacına yöneliktir. Bununla birlikte, borçlunun da itiraz süresi içinde icra dairesinde senet aslını görüp, yazılışını ve imzasını inceleyerek itiraza değer bir konu olup olmadığını saptamasına yardım amacı da güder. Bu nedenle senet, icra memurunca görülüp hemen geri verilmeyerek, hiç değilse itiraz süresince borçlu tarafından incelenebilmesi için icra dairesinde alıkonulmalıdır [...]" (12. HD, 21.10.1971, 10096/10565 (Kazancı)). "[...] İİK'nun 16. maddesi gereğince senet aslının kasaya alınması kanuni mecburiyettir. Hiç değilse itiraz süresi içinde icra dairesinde bulundurulması gerekir. Bu cihet nazara alınmadan şikâyetin reddi isabetsizdir [...]" (12. HD, 14.11.1983, 7573/8855 (Kuru, C. II, s. 1651)). Aynı yönde benzer kararlar için bkz. 12. HD, 01.05.2007, 6461/8617 (Lexpera); 12. HD, 18.09.2013, 22456/28965 (Lexpera).

hâlde borçlu, kambiyo senedinin aslının takip talebiyle birlikte sunulmadığı veya senedin icra dairesinde bulunmadığına ilişkin şikâyet yoluna başvurursa, ödeme emri iptal edilir. Alacaklı, kambiyo senedinin aslını takip talebiyle birlikte sunmasına rağmen icra dairesince senedin aslının teslim alınmasından kaçınılmışsa, borçlunun ödeme emrinin iptali için şikâyet yoluna başvurmasında alacaklının bir kusuru bulunmadığından, alacaklı aleyhine yargılama giderlerine ve kanunî vekâlet ücretine hükmedilmemesi gerekir<sup>28</sup>. Öte yandan alacaklı, kambiyo senedinin aslını takip talebine eklememiş olmasına rağmen icra müdürü ödeme emri düzenleyip borçluya tebliğ etmişse, borçlunun ödeme emrinin iptali için şikâyet yoluna başvurması durumunda, alacaklı aleyhine yargılama giderlerine ve kanunî vekâlet ücretine hükmedilmelidir.

## 2. Takip Dayanağı Senedin Kambiyo Senedi Niteliğini Haiz Olması

İcra ve İflâs Kanunu'nun 168. maddesinin birinci fıkrasıyla 171. maddesinin birinci fıkrasında, gerek kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takipte gerekse kambiyo senetlerine özgü iflâs yoluyla takipte, icra müdürünün takip dayanağı senedin kambiyo senedi olduğunu tespit etmesi durumunda ödeme emri düzenleyeceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla icra müdürü, takip talebine eklenen senedin, kambiyo senedi niteliğinde olup olmadığını kendiliğinden incelemekle yükümlüdür.

Bir senedin kambiyo senedi niteliğini haiz olup olmadığı, ilgili kambiyo senedi türünü düzenleyen Türk Ticaret Kanunu'nu hükümlerine göre belirlenir. İcra müdürüne kanunen yüklenmiş olan senedin vasfını inceleme yükümlülüğünün kapsamı konusunda Kanun'da bir açıklık

---

<sup>28</sup> **Pekcanıtez H./Simil C.**, İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, 2. Bası, İstanbul 2017, s. 416-417. Aynı yönde bkz. “[...] alacaklı takip yaparken, senet aslının icra dairesine ibraz edildikten sonra icra memurluğunca alacaklıya iade edildiği anlaşıldığı takdirde, muhafaza külfeti yönünden icra memurunun yaptığı yanlış muameleden dolayı alacaklının masraf ve ücreti vekâletle sorumlu tutulamayacağı düşünülmeksizin, bu hususta gerekli inceleme yapılmadan, alacaklının masraf ve ücreti vekâletle mahkum edilmesi isabetsizdir [...]” (12. HD, 23.06.1980, 3975/5432 (Uyar T., İcra Hukukunda Yetki ve Görev ve Yargılama Usulü, Manisa 1983, s. 294).

yoktur. İsviçre hukukunda icra müdürünün senedin niteliği bakımından yapması gereken incelemenin, sadece basit ve yüzeysel bir incelemeden ibaret olduğu ve senedin ilk görünüş itibarıyla (*prima facie*) bir kambiyo senedi olmadığına anlaşıldığı veya ilgili kambiyo senedinin ciddi bir şekli eksiklik içerdiği durumlarda takip talebinin reddedilmesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>29</sup>. Bu görüşe göre icra müdürü, senedin zorunlu unsurlarından birisi açıkça eksik değilse, görünüş itibarıyla kambiyo senedi vasfını haiz görünen senet üzerinde detaylı bir inceleme yapmaya ihtiyaç duymadan, ödeme emrini düzenleyerek borçluya göndermelidir. Zira kambiyo senedi niteliğine ilişkin daha ayrıntılı bir değerlendirmenin yapılmasının gerektiği durumlarda, borçlu şikâyet yoluna başvurarak bu incelemeyi icra mahkemesinden talep edebilir.

Kanaatimizce icra müdürünün, senedin kambiyo senedi niteliğini haiz olup olmadığına ilişkin yapacağı incelemenin çok ayrıntılı olması beklenmemelidir. İcra Müdür ve Yardımcıları ile İcra Kâtiplerinin Sınav, Atama ve Nakil Yönetmeliği'nin 3. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde, icra müdürü veya müdür yardımcısı olarak açıktan ilk defa veya naklen atanmak için hukuk fakültesi, adalet meslek yüksek okulu, meslek yüksek okullarının adalet bölümü veya adalet meslek eğitimi ön lisans programı mezunu olmak, öğrenim yabancı ülkede yapılmış ise denklik belgesi almış olma şartı aranmıştır. Aynı hükmün ikinci fıkrasının (b) bendinde ise icra kâtipleri arasından yapılacak atamalarda, adayın hukuk fakültesi, adalet meslek yüksek okulu, meslek yüksek okullarının adalet bölümü veya adalet meslek eğitimi ön lisans programı veya Adalet Bakanlığı'nın ihtiyaç durumuna göre belirleyeceği diğer alanlarda en az dört yıllık yüksek öğrenim yapmış veya bunlara denkliği kabul edilmiş yabancı öğretim kurumlarından mezun olması yeterli sayılmıştır. Dolayısıyla icra müdürlerinin hukuk fakültesi mezunu olması şartı kesin olarak aranmadığından, bu alanda yeterli ihtisasa sahip olmayan bir icra müdüründen ayrıntılı bir inceleme ve/veya hukukî

---

<sup>29</sup> **Bauer** [BSK-SchKG], Art. 178, N. 12; **Talbot** [SK-SchKG], Art. 178, N. 1; **Roth** [KuKo-SchKG], Art. 178, N. 4; **Kren Kostkiewicz J.**, SchKG Kommentar, 20. Aufl., Zürich 2020, Art. 178, N. 3; **Fritschi**, s. 44.

nitelendirme yapması beklenmemelidir<sup>30</sup>. Bununla birlikte kambyo senetlerine özgü takip yolunda süreler ve takibe yapılacak itirazın doğuracağı sonuçlar, genel haciz yoluyla veya genel iflâs yoluyla takibe göre daha kısa ve sınırlı olduğundan, borçlunun ilk bakışta dahi kambyo senedi niteliğini haiz olmayan bir senede istinaden başlatılan kambyo senetlerine özgü haciz veya iflâs yoluyla takibe maruz bırakılmamasında haklı bir menfaati vardır. Örneğin, takip talebine eklenen senette “bono” ya da “emre yazılı senet” veya “poliçe” ibarelerinin yer almaması, açıkça takvimde olmayan bir tarihi düzenleme veya vade tarihi olarak içermesi (örneğin 42 Mart 2022 veya 38 Nisan 2023 gibi) veyahut borçlunun imzasını içermemesi gibi durumlarda, senetteki şeklî eksikliklerin veya aykırılıkların senedin kambyo senedi vasfı kazanmasına engel olacağı ilk bakışta anlaşılabilir<sup>31</sup>. Bu gibi durumlarda icra müdürünün takip talebini reddetmesi gerekir. Bir kambyo senedinin zayi olması nedeniyle alınan iptal kararı, kambyo senedi niteliğini haiz olmadığından, alacaklı kambyo senetlerine özgü takip yoluna başvuru talebine iptal kararını eklemişse, bu talep icra müdürü tarafından reddedilmelidir<sup>32</sup>.

Öte yandan elindeki senedin geçerli bir kambyo senedi olduğunu düşünen alacaklının, kambyo senetlerine özgü takip yoluna başvurmada haklı bir menfaati olduğu yadsınamaz. Ayrıca icra müdürünün inceleme yükümlülüğü, İcra ve İflâs Kanunu'nun 16. maddesinin ikinci fıkrasıyla birlikte düşünülmelidir. Bir hakkın yerine getirilmemesi ve sebepsiz şekilde sürüncemede bırakılması, süresiz şikâyet sebebi olmasının yanı

---

<sup>30</sup> Aynı yönde bkz. **Helvacı**, s. 167.

<sup>31</sup> İcra müdürü, maddî hukuka ilişkin değerlendirmeler yapamaz. Kambyo senedinden doğan alacağın zamanaşımına uğrayıp uğramadığını, borcun ödenip ödenmediğini veya imzanın borçluya ait olup olmadığını kendiliğinden inceleyemez ve bunlara dayanarak takip talebini reddedemez (**Gör-gün/Börü/Kodakoğlu**, s. 267). Kaldı ki, bu hususların icra müdürü tarafından incelenmemesi, borçlunun hak kaybına neden olmaz. Çünkü borçlu, ödeme emrinin tebliğinden sonraki aşamada itiraz yoluyla bu hususların icra mahkemesince değerlendirilmesini talep edebilir (**Helvacı**, s. 167-168).

<sup>32</sup> **Kuru**, El Kitabı, s. 771; **Karlı**, s. 371; **Uyar**, Takip Talebi, s. 182. Aksi yönde bkz. **Muşul**, s. 614.

sıra Adalet Bakanlığı Disiplin Yönetmeliği'nin beşinci maddesinin atfıyla uygulanacak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesi uyarınca icra müdürünün disiplin sorumluluğunu da gerektirebilecek bir fiildir veya fiillerdir. Dolayısıyla icra müdürü, alacaklının talebinin sürüncemede kalmaması veya haksız yere talebin reddedilmemesi için, kambiyo senetleri konusunda daha ihtisas sahibi olan icra mahkemesi tarafından yapılması gereken ayrıntılı bir incelemeye girmeden, şeklen unsurları tam olan ve senedin kambiyo senedi vasfını kazanmasına engel olacak açık bir eksiklik içermeyen senetler bakımından ödeme emri düzenleyerek borçluya tebliğ etmelidir<sup>33</sup>.

İcra müdürü yaptığı inceleme sonucunda alacaklının elinde bulunan senedin bir kambiyo senedi niteliğini haiz olmadığına karar vermiş ve bu nedenle takip talebini reddetmişse, alacaklı süresiz şikâyet yoluna başvurabilir<sup>34</sup>.

### 3. Takip Dayanağı Kambiyo Senedinin Vadesinin Gelmiş Olması

#### a. Genel Olarak

İcra müdürü, kambiyo senedinin vadesinin geldiğini görürse, borçluya senet suretiyle birlikte hemen bir ödeme emri gönderir (İİK m. 168/1, 171/1). Kanun'da öngörülen bu açık düzenleme nedeniyle icra müdürü, takibin dayanağı kambiyo senedinin vadesinin gelip gelmediğini kendiliğinden incelemekle yükümlüdür. Kanun'da icra müdürünün yapması gereken inceleme bakımından zorunlu bir sıra öngörülmemiştir. Ancak mantıken öncelikle kambiyo senedinin ve varsa ödememe protestosunun aslının ve borçlu sayısı kadar onaylı örneğinin takip talebine eklenip eklenmediğini, daha sonra senedin kambiyo senedi vasfını haiz olup

<sup>33</sup> İsviçre hukukunda, icra müdürünün senedin kambiyo senedi vasfına sahip olup olmadığından emin olmadığı durumlarda, alacaklı lehine hareket etmesi ve ödeme emri düzenleyerek borçluya göndermesi gerektiği ileri sürülmüştür (Roth [KuKo-SchKG], Art. 178, N. 4).

<sup>34</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes/Sungurtekin Özkan, s. 262. Helvacı, talebin reddedilmesi durumunda alacaklının 7 gün içerisinde şikâyet yoluna başvurabileceğini ileri sürmüştür (Helvacı, s. 167, dn. 9).



olmadığını incelemesi gerekir. İcra müdürü, senedin kambiyo senedi vasfında olmadığına kanaat getirirse, senedin vadesinin gelip gelmediğine bakmaksızın takip talebini reddeder. Öte yandan senedin kambiyo senedi niteliğini haiz olduğunu tespit ederse, ödeme emri düzenleyip borçluya tebliğ etmeden, senedin vadesinin gelip gelmediğini incelemek zorundadır<sup>35</sup>.

Polİçe ve bono bakımından Kanun'da dört tür vade öngörölmüşdür. Çek ise bir ödeme aracı olduğundan, çekte vade yoktur ve göröldüğünde ödenir (TTK m. 795/1). Ancak uygulamada çek, bir kredi aracı olarak kullanılmaktadır<sup>36</sup>. Kambiyo senetlerinde vade, çalışmamızın sınırlarını aştığından, sadece icra müdürünün vade bakımından yapması gereken incelemeye örnekler vermekle ve Çek Kanunu'na eklenen Geçici 3. maddenin beşinci fıkrasına ve Çek Kanunu'nun 3. maddesinin sekizinci fıkrasına ilişkin bazı açıklamalar yapmakla yetineceğiz.

## **b. Polİçe ve Bono Bakımından Vadenin Değerlendirilmesi**

### **aa. Genel Olarak**

Vade, poliçe ve bonoda zorunlu bir unsur olmakla birlikte, senedin üzerinde vade yazılmamış olmaması, söz konusu poliçe veya bonoyu geçersiz kılmaz (TTK m. 672/2, 777/2). Vadesi gösterilmemiş poliçe veya bono, göröldüğünde ödenmesi şart olan bir poliçe veya bono sayılır. Dolayısıyla düzenleme tarihi içeren ve fakat vade tarihi içermeyen bir poliçe veya bono için, kambiyo senetlerine özgü takip yoluna başvurulmuşsa, her ikisinde de ya düzenleme ya düzenlenme tarihinin takip tarihinden önce olması yeterlidir. Göröldükten belirli bir süre sonra vadeli bir poliçe veya bono düzenlenmişse, senet üzerine "görölmüştür" veya benzeri bir ifade yazılarak tarihin atıldığı gün esas alınarak, vadenin gelip gelmediği icra müdürü tarafından hesaplanmalıdır.

Uygulamada en çok belirli bir günde ödenecek vadeli poliçe ve bonolar düzenlenir. Kural olarak vade, senet üzerine kesin bir gün olarak

<sup>35</sup> Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 344; Helvacı, s. 174.

<sup>36</sup> İleri vadeli çek sorunuyla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Kendigelen/Kırca, s. 306 vd.

yazılır. Ancak vadenin belirli ve hesaplanabilir olması da belirli vade için yeterli kabul edilmektedir<sup>37</sup>. Dolayısıyla senet üzerinde örneğin, “2022 yılının Şeker Bayramının son günü” veya “Cumhuriyet Bayramı 2022” gibi vade tarihi belirlenmiş olması yeterli ve geçerlidir. İcra müdürü, bu gibi durumlarda vadenin hangi güne denk geldiğini belirlemek ve buna göre senedin vadesinin gelip gelmediğini kendiliğinden tespit etmekle yükümlüdür. Belirli bir günde vadeli poliçe veya bonolarda, vadenin söz konusu ayda olmayan bir gün olarak belirlenmesi durumunda (örneğin, 31 Nisan veya 31 Haziran gibi), belirlenen vadenin dürüstlük kuralına uygun şekilde yorumlanarak belirtilen ayın son günü olarak ele alınması gerektiği kabul edilmektedir<sup>38</sup>. Vadenin gelip gelmediği belirlenirken vadenin dürüstlük kuralına uygun şekilde yorumlanması gereği, icra müdürü bakımından da geçerlidir.

---

<sup>37</sup> **Kendigelen/Kırca**, s. 237; **Pulaşlı**, s. 141; **Bahtiyar**, s. 59; **Kayıhan**, s. 111; **İmreğün**, s. 541; **Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan**, s. 143; **Çamoğlu**, s. 51; **Bozer/Göle**, s. 133.

<sup>38</sup> **Poroy/Tekinalp**, s. 156-157; **Kendigelen/Kırca**, s. 238; **Pulaşlı**, s. 142; **Kayıhan**, s. 111; **Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan**, s. 143. Yargıtay’ın içtihadı da aynı yöndedir. Örneğin, “[...] Takip dayanağı bono 31.06.2006 vade tarihini taşımaktadır. Mahkemece anılan tarihin imkânsız bir tarih olduğundan bahisle İİK’nun 170/a maddesi gereğince takibin iptaline karar verildiği görülmektedir. Dairemizin süregelen içtihatlarında da benimsendiği üzere bonoda yukarıda açıklanan biçimde gerçekte var olmayan bir tarihin vade tarihi olarak gösterilmiş olmasının bono vasfını ortadan kaldıracağını kabul etmek hakkın zayiine sebep olur. Her ne kadar Haziran ayının 31. günü söz konusu olmaz ise de, vade tarihinin bu şekilde gösterildiği hallerde bononun vade tarihinin Haziran ayının son günü olacağı kabulü gerekir (HGK’nun 21.06.2000 tarih ve 2000/12-1011 E. - 2000/1076 K.). Mahkemece, açıklanan durum karşısında borçlunun itirazlarının incelenerek oluşacak sonuca göre bir karar vermek gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir [...]” (12. HD, 09.03.2007, 1118/4394 (Legalbank)). Doktrinde, ilgili takvim yılının 30 Şubat’ının vade olarak belirlenmesinin geçerli olup olmayacağı tartışmalı olmasına rağmen Yargıtay bu tarihi geçerli bir vade kaydı olarak kabul etmiş ve vadenin Şubat’ın son günü olduğuna hükmetmiştir: “[...] Taraflar arasındaki "Takibin iptali" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Aksaray İcra Tetkik Mercince takibin iptaline dair verilen 11.11.1999 gün ve 195-191 sayılı Kararın incelenmesi davalı

### bb. Vadeden Önce Başvuru Hâlleri

Türk Ticaret Kanunu'nun 713. maddesinin ikinci fıkrasında poliçe bakımından hamilin vadeden önce düzenleyene, cirantalara ve poliçe dolayısıyla taahhüt altına giren kişilere başvurma hakkı düzenlenmiştir. Türk Ticaret Kanunu'nun 778. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca poliçe için düzenlenmiş olan vadeden önce başvuru hakkı, bonolara da uygulanır. Türk Ticaret Kanunu'nun 713. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi uyarınca muhatap iflâs etmiş veya bir ilamla ispatlanmamış olsa da sadece ödemelerini tatil etmiş veya aleyhindeki herhangi bir icra takibi semeresiz kalmışsa, hamil vadeyi beklemeden poliçe dolayısıyla taahhüt altına girenlere başvurabilir. Anılan hükmün (c) bendinde ise kabul için arzı yasaklanmış bir poliçenin düzenleyenin iflâs etmesi durumunda da hamilin vadeyi beklemeden poliçe dolayısıyla taahhüt altına girenlere başvurabileceği öngörülmüştür.

İcra müdürü, hemen yukarıda da belirtildiği üzere kambiyo senedinin vadesinin gelip gelmediğini kendiliğinden incelemekle yükümlüdür. Ancak henüz vadesi gelmemiş bir poliçeye veya bonoya dayanılarak

---

alacaklı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 28.12.1999 gün ve 16745-17482 sayılı ilamı ile; '[...] takip dayanağı bonolarda tanzim tarihinin 30.2.1997 olarak yazılı olması nedeniyle gerçeği yansıtmadığı ve bunun TTK.nun 688/6. maddesine aykırı bulunduğundan bahisle takibin iptal edildiği görülmektedir. Tanzim tarihinin 30.2.1997 olarak yazılmış olması halinde bu durumun belgenin bono olma özelliğini ortadan kaldıracağını kabul etmek aşırı bir şekilcilik olup, hakkın zayiine neden olur. Her ne kadar Şubat ayının 30. günü söz konusu olamaz ise de, tanzim tarihinin bu şekilde gösterildiği hallerde bunun yanıldan kaynaklandığının ve bu eksikliğin bononun niteliğini etkilemediğinin ve tanzim tarihinin Şubat ayının son günü olarak yazıldığı kabulü gerekir. O halde borçlunun esasla ilgili itirazlarının incelenip hasil olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir [...] gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir [...] Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'na da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır [...]]' (HGK, 21.06.2000, 12-1011/1076 (Kazancı)).

başlatılan bir kambiyo senetlerine özgü takipte, icra müdürü senedin vadesinin gelmediğini tespit ederse, kendiliğinden vadeden önce başvuru hâllerinden birisinin mevcut olup olmadığını araştırmak zorunda değildir. Vadeden önce başvuru hâllerinden birisinin mevcut olduğunu hamil ispat etmekle yükümlüdür. Bu nedenle hamil, ileri sürdüğü vadeden önce başvuru hâlinin mevcut olduğunu ortaya koyan belgeleri de takip talebine eklemelidir. Hamil, muhatapın (ya da kabul için arzı yasaklanmış bir poliçenin düzenleyenin) veya bonoda düzenleyenin iflâsının açıldığına ilişkin mahkeme kararının veya iflâs kararın ilanının (İİK m. 166/2) bir örneğini takip talebine eklemelidir. Muhatap veya düzenleyen aleyhine yapılan bir icra takibinin semeresiz kaldığı aciz vesikasıyla ispat edilebileceğinden (İİK m. 105, 143), vadeden önce başvuru hakkının kullanılması bir takibin semeresiz kaldığına dayandırılmışsa, takip talebine aciz vesikasının eklenmesi gerekir.

Borçlunun “ödemelerini tatil etmesi” kavramı, İcra ve İflâs Kanunu’nun 177. maddesinde bir iflâs sebebi olarak düzenlenmiştir. Ödemelerin tatili, belirgin hâle gelmiş bir ödeme güçlüğüne dayalı olarak borçlunun genel ve devamlı nitelikteki muaccel borçlarını ödeyememe durumunu ifade eder<sup>39</sup>. Ödemelerin tatil edilmesinin vadeden önce başvuru sebebi olabilmesi için, borçların ödenmemesi hâlinin süreklilik göstermesi ve ciddi olması gerekmektedir<sup>40</sup>. Muhatapın veya düzenleyenin

---

<sup>39</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes/Sungurtekin Özkan, s. 403; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 543; Kuru, El Kitabı, s. 1146; Kuru/Aydın, s. 401-402; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 493-494; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 402; Muşul T., İflâs ve Konkordato Hukuku, 2. Bası, Ankara 2019, s. 78; Ulukapı, s. 391; Karslı, s. 372. Bu hususta ayrıca bkz. Çavdar P., Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelerde İfa Güçsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları (TBK md. 98), İstanbul 2021, s. 161 vd.

<sup>40</sup> Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 220; Berkin N. M., İflâs Hukuku, 4. Bası, İstanbul 1972, s. 173; Deynekli A., Aciz Hali ve İflasın İşçi Alacaklarının Tahsiline Etkisi, ABD, C. 67, S. 2, Y. 2009, s. 44. Kendigelen/Kırca, konkordato talebinin “ödemelerin tatil edilmesi” olarak değerlendirilebileceğini ileri sürmüştür (Kendigelen/Kırca, s. 263). Bu görüşe katılmıyoruz. Zira 7101 sayılı Kanun’la konkordato kurumunda yapılan değişikliklerle sadece vadesi gelen borçlarını ödeyemeyen borçlunun değil, aynı zamanda vadesinde borçlarını

ödemelerini tatil etmesinin ispatı için Kanun'da özel bir düzenleme yoktur. Bununla birlikte alacaklı, vadesinden önce elindeki kambiyo senedine dayalı olarak kambiyo senetlerine özgü takip yoluna başvurmak istiyorsa, borçlunun ödemelerini tatil ettiğine ilişkin elindeki belgeleri sunmalıdır. Borçlunun ödemelerini tatil ettiğine ilişkin hiçbir beyanda bulunmadan ve bu hususta bir belge sunmadan kambiyo senedine özgü takip yoluna başvurulursa, icra müdürü kambiyo senedinin henüz vadesinin gelmediğini tespit ettiği anda takip talebini reddetmelidir. İcra müdürünün, vadeden önce başvuru hâllerinden “borçlunun ödemelerini tatil etmesi” hâlinin varlığını araştırma yükümlülüğü yoktur.

**c. İleri Vadeli Çeklerin, Çek Kanunu'nun 3. Maddesinin Sekizinci Fıkrası ile Geçici 3. Maddenin Beşinci Fıkrası Kapsamında İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi**

Çek bir ödeme aracı olduğundan, çekte vade yoktur. Ancak uygulamada çek, üzerine fiilî düzenleme tarihinden daha ileri bir tarih yazılmak suretiyle bir kredi aracı olarak kullanılmaktadır. Çek Kanunu'nda öngörülen bazı düzenlemelerle, bu fiilî uygulamaya izin verilmektedir. Çek Kanunu'nun Geçici 3. maddesinin beşinci fıkrasında, 31.12.2023 tarihine kadar üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce çekin ödenmek için muhatap bankaya ibrazının geçersiz olduğu hükme bağlanmıştır.

---

ödeyememe tehlikesi altında bulunan borçlunun da konkordato talebinde bulunmasına imkân sağlanmıştır (İİK m. 285/1). Konkordatoya ilişkin düzenlemelerin amacı, ödeme güçlüğü çeken borçluyu tekrardan malî olarak “iyileştirmektir” (Pekcanıtez H./Erdönmez G., 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul 2018, s. 4-5; Altay S./Eskiocak A., Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2019, s. 10-11). Konkordato talebinde bulunan borçlunun her hâlükarda ödemelerini tatil etmiş kabul edilmesi ve alacağı kambiyo senedine bağlı olan alacaklılara senedin vadesinden önce kambiyo senetlerine özgü takip yapma imkânı tanınması, konkordatonun amacıyla bağdaşmaz. Ancak bu husus icra müdürünün kambiyo senetlerine özgü takip yolunda inceleme yetkisi bakımından değerlendirildiğinde, konkordatonun mevcut bir ödeme güçlüğü için mi, yoksa ödeme güçlüğüne düşülme tehlikesine karşı bir önlem olarak mı talep edildiği esasen yargılamayı gerektiren bir husus olduğundan, bu değerlendirmenin icra müdürünün inceleme yükümlülüğünün kapsamını aştığını belirtmek gerekir.

Ayrıca Çek Kanunu'nun üçüncü maddesinin sekizinci fıkrasında üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihinden önce ibraz edilen çek karşılığının kısmen veya tamamen ödenmemiş olması hâlinde, bu çekle ilgili olarak hukukî takip<sup>41</sup> yapılamayacağı, hukukî takip yapılabilmesi için çek, üzerindeki düzenleme tarihine göre kanunî ibraz süresi içinde bankaya ibraz edilmesinin ve "karşılıksızdır" işlemine tâbi tutulmasının şart olduğu hükme bağlanmıştır.

Kural olarak anılan düzenlemeler doğrultusunda, en azından 31.12.2023 tarihine kadar hamilin, çeki üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce muhatap bankaya ibraz etmesi durumunda bankanın çekle ilgili hiçbir işlem yapmaması gerekir. Çek Kanunu'nun üçüncü maddesinin sekizinci fıkrasına göre ise çekin üzerinde yazılı olan düzenleme tarihinden önce muhatap bankaya ibraz edilmesi durumunda karşılığın hesapta mevcut olan kısmı ödenir, ancak karşılıksız kalan kısım için hamilin, çek üzerinde yazılı olan düzenleme tarihine göre belirlenecek ibraz süresi içerisinde çeki tekrar muhatap bankaya ibraz etmesi ve karşılığı yoksa, "karşılıksızdır" işlemi yaptırması gerekir. Öte yandan herhangi bir sebeple ileri vadeli çek, muhatap banka tarafından düzenleme tarihinden önce bankaya ibraz edilmiş ve yukarıda anılan düzenlemelere rağmen "karşılıksızdır" işlemi yapılmış olabilir.

Doktrindeki bir görüşe göre, icra müdürü böyle bir durumda çek henüz vadesinin gelmediği gerekçesiyle borçluya ödeme emri tebliğ etmemelidir; ancak ödeme emri borçluya tebliğ edilmişse de, borçlu yedi gün içerisinde (İİK m. 16) icra mahkemesi nezdinde şikâyet yoluna başvurabilir<sup>42</sup>. Doktrindeki katıldığımız görüşe göre, Çek Kanunu'ndaki anılan düzenlemeler ileri tarihli olarak atılan düzenleme tarihini bir "vade"

---

<sup>41</sup> Özekes, haklı olarak hukuk terminolojisinde "hukukî takip" diye bir kavram olmadığını, söz konusu ifadeyle icra takibinin kastedildiğini, Kanun lafzına yabancı bir ifade kullanılmasının yanlış olduğunu belirtmiştir (**Pekcantez/Altalay/Özekes/Sungurtekin Özkan**, s. 263).

<sup>42</sup> Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s.345.

hâline getirmemekte, sadece ileri düzenleme tarihine bir sonuç bağlamak-tadır<sup>43</sup>. Dolayısıyla takip hukuku bakımından değerlendirildiğinde, yapılan işlemin vade bakımından değil, takip hakkının varlığı bakımından ele alınması daha doğrudur (İİK m. 168/1-3, 170/a). Zira Çek Kanunu'nun 3. maddesinin sekizinci fıkrasında da "hukukî takip yapılamaz" demek suretiyle, düzenleme tarihinden önce alacaklının takip hakkının doğmadığı ve takip yetkisinin bulunmadığı kabul edilmiştir<sup>44</sup>. Borçlu, ödeme emrinin kendisine tebliğinden itibaren beş gün içerisinde, alacaklının takip hakkı olmadığından bahisle icra mahkemesi nezdinde şikâyet yoluna başvurabilir.

#### 4. Takip Hakkı

##### a. Alacaklı Bakımından

İcra müdürü, alacaklının takip hakkının bulunup bulunmadığını da incelemekle yükümlüdür. Takip hakkı bakımından bir ayırım yapmak gerekir. Dar anlamda takip hakkı, alacaklının kambiyo senedi üzerinde yapılacak şeklî inceleme doğrultusunda yetkili hamil olup olmadığını ifade eder. Geniş anlamda takip hakkı ise icra takip yetkisini ifade eder. İcra takip yetkisi, medenî usûl hukukundaki dava takip yetkisinin icra hukukundaki görünümü olup, takibi yürüterek kendi adına takibe konu olan alacağı tahsil edebilme ve taraf takip işlemlerini yapabilme yetkisidir<sup>45</sup>. İcra takip yetkisi, Kanun'da belirtilen istisnalar haricinde maddî hukuktaki tasarruf yetkisine göre belirlenir.

Kambiyo senetlerine özgü takip yolunda icra müdürü, dar anlamda icra takip yetkisini incelemekle yükümlüdür. Başka bir anlatımla icra müdürü, takip hakkına ilişkin olarak senedi elinde bulunduran alacaklının yetkili hamili olup olmadığını incelemek zorundadır. Kural olarak alacak hakkı üzerinde tasarrufta bulunarak bu hakkın bir başkasına

<sup>43</sup> Pekcanıtez/Atalay/Özekes/Sungurtekin Özkan, s. 263.

<sup>44</sup> Pekcanıtez/Atalay/Özekes/Sungurtekin Özkan, s. 263.

<sup>45</sup> Pekcanıtez/Simil, s. 168; Dişel B., İcra Hukukunda Takip Arkadaşlığı, İstanbul 2014, s. 62. Dava takip yetkisiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Taş Korkmaz H., Hukuk Davalarında Gerçek Tarafın Belirlenmesi, İstanbul 2021, s. 44 vd.

devredilmesi, alacağın temlik hükmüne göre (TBK m. 183 vd.) gerçekleşir. Ancak kambiyo senetlerinin tedavül kabiliyeti, kanunen emre yazılı olmaları ve ciro ile devredilebilmelerinden kaynaklanır. Kambiyo senetlerinde ciro ve kambiyo senetlerinin nama, emre veya hamiline düzenlenmesine ilişkin hususlar çalışmamızın kapsamı dışında kaldığından, bu hususlarla ilgili sadece takip hakkına ilişkin konulara değinilecektir.

Alacaklı elindeki kambiyo senedine dayanarak kambiyo senetlerine özgü takip yoluna başvurmuşsa, icra müdürünün öncelikle takip talebinde bulunan alacaklının senedin meşru hamili olup olmadığını kontrol etmesi gerekir. Eğer senet ciro yoluyla devredilmişse, icra müdürü ciro zincirini inceleyerek herhangi bir kopukluk olup olmadığını denetlemelidir<sup>46</sup>. Kural olarak yetkili hamil lehtardır. Ancak lehtar senedi ciro etmişse, kopuk olmayan ciro zincirinde<sup>47</sup> en sondaki hamil yetkili hamildir. Tahsil cirosuyla senedi elinde bulunduran hamil, senedi kendisine ciro eden ciranta dışındaki diğer sorumlulara son ciranta adına takip yapabilir (TTK m. 688/1). Tahsil cirosuyla senedi devreden ciranta da, hamil tarafından senet kendisine geri ciro edilmiş olsa bile kambiyo senedinin aslı kendisindeyse, sorumlulara karşı kambiyo senetlerine özgü takip yoluna başvurabilir. Kambiyo senedinden doğan alacak hakkı, tahsil cirosuyla senedi ciro eden cirantaya aittir. Kambiyo senedini rehin cirosuyla alan hamil, senedi rehin cirosuyla kendisine devreden ciranta dışındaki diğer borçlulara karşı kambiyo senetlerine özgü takip yoluna başvurma hakkına sahiptir. Türk Ticaret Kanunu'nun 818. maddesinde, poliçede rehin cirosunu düzenleyen Kanun'un 689. maddesine atıf yapılmadığından çekte rehin cirosu mümkün değildir. Dolayısıyla çeki rehin cirosuyla

<sup>46</sup> **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 370; **Helvacı**, s. 176.

<sup>47</sup> Yargıtay, ilk cironun lehtar tarafından yapılmadığı ancak lehtarın da cirosunun bulunduğu kambiyo senetlerinde, ciro zincirinin kopuk olmadığını belirtmekte, ancak lehtar önceki ciroları geçersiz saymaktadır: "[...] Lehtarın cirosundan önce başka ciro yapılması halinde ise daha sonra lehtarın cirosunun bulunması durumunda, lehtarın cirosundan önceki cirolar yok sayılır. Lehtarın cirosundan sonra senedi devralan hamiller, yetkili hamil olurlar [...]" (12. HD, 03.12.2015, 15790/30366 (Lexpera)).



elinde bulunduran hamil, söz konusu ciro geçersiz olduğundan, takip hakkına sahip olmaz.

Kambiyo senetlerinde sorumlulardan veya avalistlerden birisinin ödeme yapması durumunda, muhatap, kendisine hamil tarafından ödeme yapıldığına ilişkin bir şerh (ibra şerhi) yazılarak senedin geri verilmesini isteyebilir (TTK m. 709/1, 778/1-c, 818/1-h). Senette ödeme yaptığı belirtilen ciranta veya avalist ödeme yapmışsa, lehine aval verdiği kişide önce gelen müracaat borçlularına ve düzenleyene karşı kambiyo senetlerine özgü takip yoluna başvurabilir.

Kambiyo senetlerinde hakla senet iç içe geçmiş olduğundan, kural olarak senet üzerinde şeklen yapılacak bir inceleme sonucunda kambiyo senedini elinde bulunduran hamilin yetkili hamil olup olmadığı tespit yapılabilir. Bununla birlikte Yargıtay, bazı kararlarında icra müdürünün hamilin yetkili hamil olup olmadığını inceleme yetkisi olmadığını ve icra müdürünün incelemesini sadece senedin kambiyo senedi niteliğini haiz olup olmadığı ve vadesinin gelip gelmediği hususlarıyla sınırlandırması gerektiğini içtihat etmiştir<sup>48</sup>. Bu içtihat, eleştiriye açıktır. Zira alacaklının icra takip yetkisine sahip olması, söz konusu icra takibi bakımından

<sup>48</sup> “[...] İİK.nun 168/1. maddesinde aynen " İcra müdürü senedin kambiyo senedi olduğunu ve vadesinin geldiğini görürse, borçluya senet sureti ile birlikte hemen bir ödeme emri gönderir" hükmüne yer verilmiştir. Anılan madde ile icra memuruna; kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takipte, sadece senedin kambiyo senedi olup olmadığını ve vadesinin gelip gelmediğini denetleme yetkisi verilmiş olup takip alacaklısının yetkili hamil olup olmadığını araştırma görevi verilmemiştir. Bu nedenle borçluya kambiyo senetlerine mahsus özel yol için hazırlanan örnek 10 nolu ödeme emrinin gönderilmesi gerekir. Somut olayda, takip dayanağı 28.05.2011 tanzim tarihli, 30.07.2011 vade tarihli 8.000,00 TL miktarlı senet ile 02.07.2011 tanzim tarihli ve 03.09.2011 vade tarihli 8.120,00 TL miktarlı senet TTK.nun 688. maddesi ile İİK.nun 168/1. maddesinde açıklanan koşulları içerdiğinden; takip talebinde borçlu gözüken S,[...] Ö[...]'e kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluna ilişkin ödeme emri gönderilmesine ilişkin alacaklı vekilinin talebinin kabulü gerekirken reddeden 13.01.2012 tarihli icra memurluk kararı yukarıda belirtilen yasa maddesi hükmüne aykırıdır [...]” (12. HD, 08.11.2012, 13999/32181 (Lexpera)). Aynı yönde başka bir karar için bkz. 12. HD, 10.12.2004, 20986/25580 (Kazancı).

zorunlu bir unsurdur. Kambiyo senetlerinde hak ile senet arasındaki sıkı bağ nedeniyle, icra müdürünün yetkili hamili tespit etmesi için başka bir belge incelemesine veya araştırma yapmasına gerek yoktur. Kambiyo senedi üzerindeki kayıtlardan, şekli yetkili hamil tespit edilebilir. Dolayısıyla yetkili hamil olmadığı açıkça belli olan bir hamilin takip talebinin icra müdürü tarafından reddi gerekir. Öte yandan senet üzerinde yapılan incelemeden hamilin, şeklen de olsa yetkili hamil olduğu anlaşılıyorsa, icra müdürünün hamilin maddî hukuka göre yetkili hamili olup olmadığını araştırma yükümlülüğü yoktur.

Takip hakkına ilişkin borçlunun şikâyet hakkı süreye bağlanmıştır. İcra müdürü, alacaklının takip hakkı olmadığı hâlde bir ödeme emri düzenleyip borçluya tebliğ etmişse, borçlu 5 gün içerisinde icra mahkemesine şikâyet yoluna başvurabilir (İİK m. 170/a atfıyla m. 168/1-3). İcra ve İflâs Kanunu'nun 170/a maddesinin ikinci fıkrası uyarınca icra mahkemesi, süresinde yapılan şikâyet ve itiraz dolayısıyla, kendisine intikal eden işlerde senedin kambiyo senedi vasfı olmadığı veya alacaklının takip hakkına sahip olmadığı hususlarını kendiliğinden dikkate alarak yapılan takibi iptal edebilir.

### **b. Borçlu Bakımından**

İcra müdürü, alacaklının yetkili hamil olduğunu incelemesinin yanı sıra aleyhine takip yoluna başvuru borçluların da kambiyo senedinde borçlu görünüp görünmediğini incelemelidir. Kambiyo senedinin borçlusu olmayan kişiye karşı kambiyo senetlerine özgü haciz veya iflâs yoluyla takip yapılamaz<sup>49</sup>. Ancak icra müdürünün yapacağı inceleme, alacaklının takip hakkında olduğu gibi senet metniyle ve borçlu olarak gösterilen tarafın senede göre şeklen<sup>50</sup> borçlu olup olmadığıyla sınırlıdır.

<sup>49</sup> **Kuru**, El Kitabı, s. 766.

<sup>50</sup> Yargıtay'ın kambiyo senedinin altında borçlunun imzasına ilişkin farklı içtihatları mevcuttur. Örneğin, Yargıtay yakın tarihli bir kararında şirket yetkilisi tarafından kaşenin üzerine değil de, altına atılan imzayı, imzanın kaşenin üzerine atılması gibi bir kanunî zorunluluk bulunmaması nedeniyle geçerli olarak kabul etmiştir: "[...] Alacaklı tarafından kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile başlatılan icra takibine karşı borçluların icra mahkemesine yaptığı baş-

İsviçre hukukunda da icra müdürünün kambyo senedi incelendiğinde, borçlu ile hamil arasında kambyo hukukundan doğan bir alacaklı-borçlu ilişkisi doğmuş olması ihtimalinin takip talebinin kabulü ve ödeme emrinin düzenlenmesi için yeterli olduğu kabul edilmektedir<sup>51</sup>. Örneğin, “karşılıksızdır” işlemi yapılmış bir çeke istinaden yetkili hamil, muhatap bankaya karşı da kambyo senetlerine özgü takip yoluna başvurmak istemişse, icra müdürü takip talebini muhatap banka bakımından reddetmelidir (TTK m. 784, 789/2).

Alacaklının müracaat borçlularına karşı da kambyo senetlerine özgü takip yoluna başvurmak istediği durumlarda, icra müdürü alacak-

---

vuruda; dayanak bonodaki imzalara itiraz ederek takibin iptalini talep ettikleri, mahkemece, borçlu Sancak A. yönünden itirazın süreden reddedildiği, borçlu şirket yönünden ise şirketin sorumluluğuna gidilebilmesi için imzanın mutlaka şirket kaşesi üzerine atılması gerektiği, şirket kaşesi üzerinde atılı imza bulunmadığı için düzenleyen imzasını ihtiva etmeyen senedin kambyo vasfını taşımadığı gerekçesi ile istemin kabulüne karar verildiği, kararın alacaklı tarafından istinaf edilmesi üzerine Bölge Adliye Mahkemesince istinaf başvurusunun esastan reddine karar verildiği, kararın alacaklı tarafından temyiz edildiği görülmektedir. TTK'nun 776/1-g maddesi gereğince, takip konusu belgenin kambyo vasfını taşıması için "senedi düzenleyen imzasını" ihtiva etmesi zorunludur. TTK'nun 372. maddesi hükmüne göre ise şirket adına imza yetkisini haiz kişiler şirketin unvanı altında imza atarlar. Anılan maddelerde 'sorumluluk' için şirket kaşesi üzerinde imzanın bulunmasının koşul olarak öngörülmediği anlaşılmaktadır. Somut olayda, takip konusu bononun tanzim eden bölümünde imzanın bulunduğu, düzenleyen imzasını ihtiva eden bononun kambyo vasfını haiz olduğu anlaşılmaktadır. O halde mahkemece, borçlu şirketin sair itirazları hakkında karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile hakkındaki takibin iptali yönünde hüküm tesisi isabetsizdir [...]” (12. HD, 25.11.2020, 432/2667 (Karamercan)). Dolayısıyla icra müdürünün yapması gereken, incelemenin kapsamı dar ve sadece şekli hususlarla sınırlı olduğundan, şeklen de olsa bir imza bulunması durumunda ödeme emri düzenlenerek borçluya tebliğ etmektir.

<sup>51</sup> **Bauer** [BSK-SchKG], Art. 178, N. 14; **Fritzsche**, s. 20; **Jaeger C.**, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1911, Art. 178, N. 1.

lının müracaat borçlularına karşı başvuru için yerine getirmiş olması gereken (ödememe protestosunun düzenlenmiş olması gibi) şekli koşulları yerine getirip getirmediğini de incelemelidir. Bu nedenle müracaat borçlularına karşı da kambiyo senetlerine özgü takip yoluna başvurulacaksa, ödememe protestosunun aslının takip talebiyle birlikte sunulması önem arz eder. Çekin ibraz süresi içerisinde ibraz edilmesine rağmen ödenmediğine ilişkin çekin üzerinde muhatap banka veya takas odası tarafından yazılmış tarihli bir beyan mevcutsa, ödememe protestosunun düzenlenmiş olmasına gerek olmadığından (TTK m. 808), hamilin çek üzerinde borçlu olarak görünen sorumlulara karşı takip talebi, ödememe protestosunun sunulmasından bağımsız olarak kabul edilerek borçlulara ödeme emri tebliğ edilmesi gerekir. Protestodan muafiyet kaydı içeren poliçe ve bonolar da ödememe protestosunun düzenlenmesine gerek olmadığından, alacaklı hamilin talebi üzerine ödeme emri düzenlenerek müracaat borçlularına tebliğ edilmelidir.

Borçlu, ödeme emri kendisine tebliğ edildikten sonra 5 gün içerisinde kendisinin kambiyo senedinde borçlu görünmediğine ilişkin olarak şikâyet yoluna başvurabilir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 170/a maddesinin ikinci fıkrası uyarınca icra mahkemesi, süresi içerisinde yapılan bir şikâyet kapsamında bu hususu kendiliğinden de gözeterek takibin iptaline karar verebilir<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> “[...] Kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takip yapan alacaklı, kambiyo hukuku mucibince takip hakkına sahip olmadığı, özellikle alacaklının kambiyo senedinin yetkili hamili olmadığı, kambiyo senedinin borçlusu olmayan kişiye karşı takip yaptığı veya protesto çekmesi gereken hallerde protesto çekmediği (veya takip konusu çeki süresinde muhatap bankaya veya bir takas odasına ibraz etmediği) halde, icra müdürü takip talebini kabul ederek borçluya kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluna ilişkin (10 örnek) ödeme emri gönderirse, borçlu, beş gün içinde icra mahkemesine şikâyette bulunarak, kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takibin iptalini sağlayabilir. İcra mahkemesi de süresinde yapılan şikâyet veya itiraz dolayısıyla usulü dairesinde kendisine (icra mahkemesine) gelen (intikal eden) işlerde, takip dayanağı senedin kambiyo senedi niteliğinde olmadığını veya alacaklının kambiyo hukuku mucibince takip hakkına sahip bulunmadığını kendiliğinden (re’sen) nazara alır (inceler). Bu incelemesi sonucunda, icra mahkemesi, takip dayanağı

### 5. Kambiyo Senetlerine Özgü İflâs Yoluyla Takipte Borçlunun İflâsa Tâbi Kişilerden Olup Olmadığının İncelenmesi

İcra müdürü, alacaklı tarafından takip talebinde gösterilen takip yoluyla bağlıdır. Dolayısıyla alacaklı, takip talebinde kambiyo senetlerine özgü iflâs yoluyla takibi seçmişse, icra müdürü kendiliğinden kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takip yapılmasına veya alacaklının bu

---

senedin kambiyo senedi niteliğinde olmadığı veya alacaklının kambiyo hukuku mucibince (gereğince) takip hakkına sahip bulunmadığı kanısına varırsa, icra takibinin iptaline karar verir (İİK m. 170/a-2) (Kuru, Baki: İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2013, s. 810, 811 ). 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (6762 Sayılı TTK)'nın 690. maddesinin 1. fıkrası (6102 Sayılı TTK m. 778) atfıyla uygulanması gereken aynı Kanun'un 626. maddesinin 2. fıkrası ve 642. maddesinin 2. fıkrası (6102 Sayılı TTK m. 714/2 ve 730/1) uyarınca hamilin muayyen bir günde veya keşide gününden veya görüldükten muayyen bir müddet sonra ödenmesi şartını havi bir bonoya dayanarak lehtara ve diğer cirantalara müracaat edebilmesi için ödeme gününü takip eden iki iş günü içinde senet keşidesinin protesto edilmesi gerekir. Hamil protesto keşide etmeksizin lehtar ve cirantayı takip edemez. Zira keşideci protesto edilmediği için lehtar cirantaya karşı müracaat haklarını kaybeder. Alacaklının kambiyo hukuku mucibince takip hakkının bulunup bulunmadığının İİK'nın 170/a maddesine göre icra mahkemesince re'sen araştırılması gerekir. Somut olayda, alacaklı tarafından başlatılan kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile icra takibine dayanak 4 adet senet kambiyo vasfında olup vadelerinin geldiği, 31.12.2009 vade tarihli senet dışında takibe konu edilen 31.01.2010, 31.02.2010 ve 31.03.2010 vade tarihli senetleri tanzim edenin protesto edildiğine dair protesto evrakının bulunmadığı, itiraz eden borçlu [...]e 25.05.2010 tarihinde örnek (10) numaralı ödeme emrinin tebliğ edildiği, borçlunun yasal 5 günlük süresinde 27.05.2010 tarihinde icra mahkemesine başvurarak imzaya itiraz ettiği görülmektedir. İtiraz eden [...] senetlerde ciranta olup, ciranta hakkında takip başlatılabilmesi ödeme gününü takip eden iki iş günü içerisinde senedi tanzim edenin protesto edilmesine bağlıdır. Takibe konu edilen 31.01.2010, 31.02.2010 ve 31.03.2010 vade tarihli senetleri tanzim eden protesto edilmediğinden alacaklının, itiraz eden cirantaya karşı kambiyo hukuku mucibince takip hakkı bulunmamaktadır. İİK'nın 170/a maddesinin 2. fıkrası uyarınca bu husus icra mahkemesince re'sen gözetilerek itiraz eden borçlu [...] yönünden takibin iptaline karar verilmesi gerekir [...]” (HGK, 28.09.2021, 12-746/1101 (Kazancı)).

yönde bir talebi olmadığı hâlde kendiliğinden kambiyo senetlerine özgü iflâs yoluyla takip yapılmasına karar veremez<sup>53</sup>.

Alacaklı takip talebinde kambiyo senetlerine özgü iflâs yoluyla takip yapılmasını talep etmişse, icra müdürünün borçlunun iflâsa tâbi kişilerden olup olmadığını incelemesi gerekir. İsviçre hukukunda sadece kambiyo senetlerine özgü iflâs yoluyla takip düzenlendiğinden, kambiyo senetlerine özgü takip bakımından icra müdürünün her hâlükârda borçlunun iflâsa tâbi kişilerden olup olmadığını incelemesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>54</sup>.

Türk hukukunda iflâsa tâbi olma, tâcir sıfatına bağlanmış bir sonuçtur (TTK m. 18/1). Gerçek kişiler bakımından tâcir sıfatını kazanma ve bazı durumlarda tâcir gibi sorumlu olma, Türk Ticaret Kanunu'nun 12.

---

<sup>53</sup> Yargıtay kararlarında, icra müdürünün takip talebinde gösterilen takip yolundan farklı bir takip yoluna ilişkin ödeme emri düzenlediği ve borçluya tebliğ ettiği durumlarda, bu hususun bir hakkın yerine getirilmemesiyle ilgili olduğunu ve süresiz şikâyete tâbi olduğunu ifade etmektedir: “[...] İİK.nun 168/1. maddesinde kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip için sunulan kambiyo senedi yönünden icra müdürüne sadece senedin kambiyo senedi olup olmadığını ve vadesinin gelip gelmediğini inceleme yetkisi verilmiştir. İcra Müdürü takip konusu edilen belgeyi denetledikten sonra borçluya bu yolla takip için hazırlanan örnek 10 nolu ödeme emrini göndermek zorundadır. İcra müdürünün bu zorunluluğa aykırı işlemleri ise bir hakkın yerine getirilmesi ile ilgili olduğundan, İİK.nun 16/2.maddesi uyarınca süresiz şikâyet konusu yapılabilir. Somut olayda, alacaklı tarafından 01.05.2003 vade tarihli 13.000,00 TL bedelli ve 15.03.2003 vade tarihli 13.000,00 TL bedelli senetlere dayanılarak genel haciz yolu ile takip talebinde bulunulmuş ve icra müdürlüğüne borçluya kambiyo senetlerine mahsus iflas yolu ile takipler için düzenlenen örnek 12 nolu ödeme emri gönderilmiştir. Bu yöndeki işlem seçilen takibin şekline uygun değildir. Bu tür uygulama bir hakkın yerine getirilmemesine veya sebepsiz sürüncemede bırakılmasına neden olacağından bundan zarar gören kişinin süresiz şikâyet hakkı vardır [...]” (12. HD, 10.03.2016, 29688/7077 (Lexpera)). Aynı yönde başka kararlar için bkz. 12. HD, 13.04.2015, 131/9616 (Lexpera); 12. HD, 22.10.2013, 23327/32989 (Lexpera).

<sup>54</sup> **Bauer** [BSK-SchKG], Art. 178, N. 10; **Roth** [KuKo-SchKG], Art. 178, N. 4; **Talbot** [SK-SchKG], Art. 178, N. 3; **Kren Kostkiewicz**, s. 280.

maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıca tüzel kişiler bakımından Türk Ticaret Kanunu'nun 16. maddesinin dikkate alınması gerekmektedir. Türk Ticaret Kanunu'nun 17. maddesinde donatma iştirakine de tâcire ilişkin hükümlerin aynen uygulanacağı öngörülmüştür. Gerçek kişi tâcirler için ticarî işletmelerini Ticaret Sicili'ne tescil ettirmeleri, Türk Ticaret Kanunu'nun 18. maddesinin birinci fıkrasında zorunlu tutulmuştur. Tâcir gerekli tescil işlemini kendisi gerçekleştirmese bile, Türk Ticaret Kanunu'nun 34. maddesi uyarınca tescili zorunlu olan hususlar bakımından sicil müdürüne tescile davet ve ceza verme yetkisi tanınmış olup, böylece tescile tâbi hususların tescil edilmesi sağlanmaya çalışılmaktadır. Alacaklı, gerçek kişiye karşı kambiyo senetlerine özgü iflâs yoluyla takip yapılmasını talep etmişse, gerçek kişinin tâcir sıfatına sahip olduğunu gösteren ticaret sicil kayıtlarının örneğini de takip talebiyle birlikte sunmalıdır. Bir ticarî işletmesi olmadığı hâlde Türk Ticaret Kanunu'nun 12. maddesinin ikinci veya üçüncü fıkralarına göre ticarî işletmesi varmış gibi hareket eden bir kişinin düzenlediği kambiyo senedine dayalı olarak kambiyo senetlerine özgü iflâs yoluyla takip yapılması talep edilmişse, bu hususa ilişkin belgelerin de takip talebiyle birlikte icra müdürüne verilmesi gerekir.

İcra müdürü, borçlunun iflâsa tâbi kişilerden olmadığını görürse, takip talebini reddetmelidir. Alacaklının takip talebinde belirttiği takip yoluyla bağlı olduğundan, kendiliğinden kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takip yapılmasına karar veremez. Borçlu iflâsa tâbi kişilerden olmadığı hâlde aleyhinde kambiyo senetlerine özgü iflâs yoluyla takip yapılmış ve ödeme emri düzenlenerek tebliğ edilmişse, borçlu 5 gün içerisinde icra mahkemesi nezdinde şikâyet yoluna başvurabilir<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> **Deyneki A.**, Türk Hukukunda Kambiyo Senetlerine Özgü İflâs Yoluyla Takip, Ankara 2005, s.55; **Kuru**, El Kitabı, s. 1137; **Ergün**, s. 167. “[...] İİK.nun 155.maddesi gereğince borçlu ödeme emrinin kendisine tebliğinden itibaren 7 gün içinde borca itirazlarını icra dairesine bildirmek zorundadır. İcra Dairesi, iflas ödeme emrinin düzenlenmesinde ve borçluya tebliğe gönderilmesinde kanuna aykırı bir işlemde bulunmuşsa, bu halde borçlunun başvuracağı yol, (itiraz değil) ödeme emrine karşı (İcra Mahkemesinde) şikâyet yoludur [...]” (12. HD, 12.11.2007, 18042/20909 (Lexpera)).

## SONUÇ

Kambiyo senetleri, özellikle ticarî hayatta oldukça önemli bir yere sahiptir. Bu nedenle kambiyo senedine bağlı alacağın doğumu, devri, bu alacak için kefalet verilmesi (aval) gibi maddî hukuka ilişkin bazı hususlar özel olarak düzenlenmiştir. Maddî hukukun öngördüğü bu hakların, alacağı kambiyo senedine bağlanmış alacaklı tarafından hızlı ve kolay bir şekilde elde edilebilmesi için özel bir takip usûlü düzenlenmesi gerekmiştir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 167. maddesi ve devamı hükümlerinde kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takip ve kambiyo senetlerine özgü iflâs yoluyla takip düzenlenmiştir. Türk hukukunda, mehz kanun olan İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'ndaki düzenlemeden farklı olarak, kambiyo senedinin hamili alacaklı, ödememe durumunda borçluya karşı kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takip de yapabilir. İsviçre hukukunda sadece kambiyo senetlerine özgü iflâs yoluyla takip yapılabilir.

Alacaklının kambiyo senedine özgü takip yoluna başvurmasından sonra, ödeme emri düzenlenerek borçluya tebliğ edilmeden önce, icra müdürüne bazı inceleme yükümlülükleri getirilmiştir. Öncelikle genel haciz yoluyla takip veya genel iflâs yoluyla takip yolundan farklı olarak alacaklı hamilin, kambiyo senedinin aslını ve borçlu sayısı kadar onaylı örneğini takip talebiyle birlikte icra müdürüne sunması gerekir. İcra müdürü, ödeme emri düzenlemeden önce takip talebiyle birlikte kambiyo senedinin aslının ve müracaat borçlularına başvurunun ödememe protestosuna bağlandığı durumlarda protestonun aslının takip talebine eklenip eklenmediğini kontrol etmekle yükümlüdür. Kambiyo senedinin aslı hukukî bir imkânsızlık nedeniyle takip talebine eklenememişse, senedin aslını elinde bulunduran makam tarafından senedin onaylı bir fotokopisinin takip talebine eklenmiş olup olmadığı icra müdürü tarafından kontrol edilmelidir.

Kambiyo senedinin (ve varsa protestonun) aslının veya onaylı örneğinin takip talebine eklenmiş olduğunu tespit eden icra müdürü, ödeme emri düzenlemeden önce senedin, kambiyo senedi niteliğini haiz olup olmadığını ve vadesinin gelip gelmediğini incelemek zorundadır. Gerek senedin niteliği gerekse vade bakımından icra müdürü tarafından



yapılacak inceleme, ayrıntılı bir inceleme değildir. İcra müdürü, kambiyo senedinin zorunlu bir unsurunun açıkça eksik olmadığı durumlarda, senedin vadesinin gelip gelmediğini incelemelidir. Belirli vadeli kambiyo senetlerinde vadenin belirlenebilir olması yeterli kabul edildiğinden, icra müdürü tarafından hesaplanarak vadenin gelip gelmediği tespit edilmiştir. Hem senedin unsurları bakımından hem de vade bakımından ayrıntılı bir değerlendirme ve hukukî nitelendirme gerektiren durumlarda icra müdürü, ödeme emrini düzenleyerek borçluya tebliğ etmelidir. Çünkü borçlu gerekli görürse, bu incelemenin itiraz veya şikâyet yoluna başvurarak icra mahkemesi tarafından yapılmasını sağlayabilir. İcra müdürü için öngörülmüş olan inceleme yükümlülüğünün amacı, açık bir şekilde kambiyo senedi vasfını taşımayan veya vadesinin gelmediği ilk bakışta belli olan bir senede dayalı olarak kambiyo senetlerine özgü takip yoluna başvurulmasının engellenmesidir. Zira bu takip yolunda alacaklı lehine süreler kısaltıldığından ve takibe itirazın sonuçları hafifletildiğinden, açıkça kambiyo senedine özgü takip yolunun koşulları oluşmadan borçlunun söz konusu takibe maruz bırakılmaması gerekir. Kambiyo senetlerinde vadeden önce başvuru hakkı doğmuşsa, bu husus hamil tarafından ispat edilmelidir. Takip talebine, vadeden önce başvuru hakkının doğduğunu gösteren belgelerin eklenmemiş olması durumunda, icra müdürü kendiliğinden bu sebeplerin varlığını araştırmak zorunda değildir. Bu durumda takip talebini, vadenin gelmemiş olması nedeniyle reddetmesi gerekir.

Bu üç hususu inceleyen icra müdürü ayrıca alacaklının ve borçlunun takip hakkını incelemekle yükümlüdür. Alacaklı bakımından takip hakkı incelenirken, alacaklı hamilin senetteki kayıtlar doğrultusunda şeklen yetkili hamil olup olmadığına bakılır. Ciro zincirinde bir kopukluk varsa, icra müdürü alacaklının yetkili hamil olmaması nedeniyle takip talebini alacaklının takip hakkı bulunmadığı gerekçesiyle reddetmelidir. Öte yandan icra müdürü, maddî hukuka göre hamilin yetkili hamil olduğunu araştırmakla yükümlü değildir. Borçlu bakımından da yapılacak inceleme şekli bir incelemedir. Takip talebinde borçlu olarak gösterilen kişinin, takip dayanağı kambiyo senedi incelendiğinde şeklen de olsa borçlu olduğunun tespit edilmesi gerekir. Kambiyo senedinden borçlu olmadığı açıkça anlaşılan veya kanunen borçlu olması mümkün olmayan bir kişiye ödeme emri düzenlenerek tebliğ edilmemelidir. Bu durumda

borçlu, takip hakkının bulunmadığı gerekçesiyle ödeme emrinin tebliğinden itibaren beş gün içerisinde icra mahkemesinde şikâyet yoluna başvurulabilir.

Kambiyo senetleri bakımından Türk Ticaret Kanunu'nda sıkı şekil şartları öngörülmüştür. Bu husus, kambiyo senetleri bakımından yapılacak incelemelerde belirli bir tecrübeye ve uzmanlaşmaya sahip olunmasını zorunlu kılmaktadır. Öte yandan icra müdürlerinin atanmasına ilişkin ikincil mevzuat hükümlerinde, icra müdürlerinin hukuk fakültesi mezunu olmaları zorunlu tutulmamıştır. Dolayısıyla uzmanlık gerektiren bir alanda hukuk eğitimi dahi almak zorunda olmayan icra müdürlerinden, derinlemesine bir inceleme ve değerlendirme yapmaları beklenmemelidir. Ödeme emrinin tebliğinden önce icra müdürleri bakımından öngörülen inceleme yükümlülüğü, açık bir şekilde ve daha ilk bakışta dahi kambiyo senetlerine özgü takip yolunun koşullarının oluşmadığının anlaşılabilceği durumlarda, borçlunun icra takibine maruz bırakılmasını engellemek için getirilmiş âdeta bir "emniyet mekanizması" olarak görülmelidir.

Uygulamada icra takiplerinde, icra dairelerinin aşırı iş yükü, sınırlı kaynaklar, UYAP'taki (ve teknolojiadaki) gelişmelere rağmen geleneksel çalışma yöntemlerinin sürdürülmesi, yetersiz kontrol, bilgisizlik, tecrübesizlik ve usûlî belirsizlikler nedeniyle sık sık aksaklıklar yaşanmaktadır. İcra dairelerinin fiziksel koşulları ve yeterli personel ile yetkinlik açısından insan kaynaklarının yetersizliği sebebiyle uygulama birliği bulunmamaktadır. Her icra dairesinin izlediği farklı yöntemler ve kuralları vardır. Farklı icra dairelerinin aralarında eşgüdüm olmaksızın çalışmaları durumu söz konusudur. Oysa uzmanlaşma oldukça önemli ve gereklidir. İcra dairelerinde uzmanlaşmış müdür ve müdür yardımcıları da bulunmalıdır. Örneğin, kıymetli evrak hukuku alanında uzmanlığı bulunan bir müdür yardımcısının kambiyo senetlerine özgü icra takibindeki önemi oldukça büyüktür. Yakın gelecekte sürecin iyileştirmesi ve yeniden yapılandırmanın sağlanmış, hukuk devleti olmanın bir gereğidir.

Öte yandan icra müdürleri için öngörülmüş olan inceleme yükümlülüğünün Kanun'un amacına uygun şekilde yerine getirilmesi, icra mahkemelerinin iş yükünü azaltacak ve yargıda kaliteyi arttıracaktır. En

azından icra müdürlüğü alım sınavlarında kıymetli evrak hukukuna ilişkin soruların sayısının ve zorluk derecesinin arttırılması, aday müdürlerin bu konudaki teorik bilgileri öğrenmiş şekilde mesleğe başlamaları bakımından önemlidir. İşinin ehli konumunda bulunan nitelikli kişilerin icra müdürü olarak görev yapmasının temini için, eğitimin gözden geçirilmesi de gerekmektedir.

## ZUSAMMENFASSUNG

*Im türkischen Vollstreckungsrecht ist die Wechsel- und Scheckvollstreckung ähnlich wie im schweizerischen Betreibungsrecht speziell geregelt. Anders als im schweizerischen Betreibungsrecht kann der Inhaber eines Wechsels bzw. Schecks gegen den Aussteller und Indossanten Vollstreckungsverfahren auf Pfändung oder auf Insolvenz einleiten. Mit Einleitung einer Wechsel- bzw. Scheckvollstreckung muss der Gläubiger das Original des Wechsels an seinem Vollstreckungsbegehren anhängen. Wenn der Gläubiger Inhaber eines Schecks ist und die Forderung aus dem Scheck von der bezogenen Bank teilweise ausbezahlt worden ist, hat die bezogene Bank die Vor- und Rückseite des Schecks zu kopieren und dem Gläubiger eine beglaubigte Kopie auszuhändigen. Im Rahmen dieses Vollstreckungsverfahrens sieht das türkische Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzgesetz Nr. 2004 vor, dass der Vollstreckungsbeamte überprüfen muss, ob die Voraussetzungen einer Wechsel- oder Scheckvollstreckung vorliegen. In Rahmen dieser Prüfung muss der Vollstreckungsbeamte vorerst kontrollieren, ob das Original des Wechsels bzw. die beglaubigte Kopie des Schecks mit dem Vollstreckungsbegehren dem Vollstreckungsamt eingereicht worden ist. Wenn er feststellt, dass die Originalurkunde mit dem Vollstreckungsbegehren eingereicht worden ist, hat er zu prüfen, ob die Urkunde die gesetzlichen Voraussetzungen eines Wechsels oder Schecks erfüllt und die Forderung aus dem entsprechenden Wertpapier fällig geworden ist. Bei Wechsel und Scheck gilt auch im türkischen Recht die Formstrenge, d.h. eine Urkunde, die die im türkischen Handelsgesetz vorgesehene, zwingende Angaben eines Wechsels oder Schecks nicht enthält, stellt nach materiellem Recht keinen Wechsel bzw. Scheck dar. Aus vollstreckungsrechtlicher Sicht bedeutet dies, dass für die in dieser Urkunde enthaltenen Forderung die Wechsel- bzw. Scheckvollstreckung nicht statthaft ist. Darüber hinaus stellt es sowohl im materiellen Recht als auch im Vollstreckungsrecht einen allgemeinen Grundsatz dar, dass eine noch nicht fällig gewordene Forderung vor deren Fälligkeit nicht zwangsweise vollstreckt werden darf. Zu betonen ist, dass Wechsel- bzw. Scheckvollstreckung ein zugunsten des Gläubigers beschleunigtes Zwangsvollstreckungsverfahren ist, wobei die Fristen zugunsten des Gläubigers gekürzt worden sind und eine Beschwerde oder ein Einspruch nur begrenzt auf das Vollstreckungsverfahren einwirkt. Zum Schutz des Schuldners ist daher im Gesetz eine Prüfungspflicht des Vollstreckungsbeamten ausdrücklich geregelt. Im Hinblick auf die Ernennungskriterien und Wissensstand von Vollstreckungsbeamten ist aber festzuhalten, dass es bei der Prüfung durch den*

*Vollstreckungsbeamten keine ausführlichen Bewertungen vorgenommen müssen. Die Prüfung kann oberflächlich sein, wobei sich der Vollstreckungsbeamte bei seiner Prüfung nur darauf einschränken muss, ob prima facie kein Wechsel oder Scheck vorliegt oder die Forderung nicht fällig geworden ist. Als Faustregel kann man sagen, dass der Vollstreckungsbeamte im Zweifelsfall dem Schuldner gemäß Art. 168 bzw. Art. 171 des türkischen Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzgesetz unverzüglich einen Zahlungsbefehl zustellen muss. Der Schuldner kann Rechtsbeschwerde oder Einspruch gegen den Zahlungsbefehl einlegen, so dass eine ausführliche Überprüfung durch das Vollstreckungsgericht vorgenommen werden kann. Im türkischen Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzgesetz ist nicht ausdrücklich vorgesehen, aber nach herrschender Meinung in der Literatur und in Rechtsprechung muss der Vollstreckungsbeamte darüber hinaus auch überprüfen, ob der Gläubiger der rechtmäßige Inhaber des Wechsels oder Schecks ist und sich der im Vollstreckungsbegehren angegebene Schuldner tatsächlich im entsprechenden Wertpapier verpflichtet hat. Auch hierbei handelt es sich um eine prima facie Prüfung. Wenn die Reihe von Indossamenten unterbrochen worden ist und aus dem Wechsel oder Scheck offensichtlich erkennbar ist, dass der Inhaber nicht der rechtmäßige Inhaber ist, muss der Vollstreckungsbeamte das Vollstreckungsbegehren ablehnen. Wenn es aus der formellen Prüfung des Wechsels oder Schecks hervorgeht, dass zwischen dem Inhaber und dem im Vollstreckungsbegehren angegebene Schuldner eine wertpapierrechtliche Forderungsverhältnis zu bestehen vermag, muss der Vollstreckungsbeamte dem Schuldner unverzüglich einen Zahlungsbefehl zustellen.*

**KISALTMALAR**

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
Art.	: Artikel
Aufl.	: Auflage
BATİDER	: Bankacılık ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bd.	: Band
Bkz.	: Bakınız
BSK	: Basler Kommentar
C.	: Cilt
dn.	: dipnotu
DÜHFD	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E-Uyar	: www.e-uyar.com
H.	: Heft
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İİK	: İcra ve İflâs Kanunu
İKİD	: İlmî ve Kazaî İçtihatlar Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
Karamercan	: www.karamercanhukuk.com
Kazancı	: www.kazanci.com.tr
KuKo	: Kurzkomentar
Legalbank	: www.legalbank.net
Lexpera	: www.lexpera.com.tr
m.	: madde
N.	: Nummer
OFK	: Orell Füssli Kommentar
S.	: Sayı
s.	: sayfa
SchKG	: Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs
SJZ	: Schweizerische Juristenzeitung
SK	: Schulthess Kommentar
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi
Y.	: Yıl
Yön.	: Yönetmelik



### KAYNAKÇA

- Altay S./Eskiocak A.**, Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2019.
- Arslan R./Yılmaz E./Taşpınar Ayvaz S./Hanağası E.**, İcra ve İflâs Hukuku, 7. Bası, Ankara 2021.
- Atalı M./Ermenek İ./Erdoğan E.**, İcra ve İflâs Hukuku, 4. Bası, Ankara 2021.
- Bahtiyar M.**, Kıymetli Evrak Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2019.
- Berkin N. M.**, İflâs Hukuku, 4. Bası, İstanbul 1972.
- Berkin N. M.**, Ticari Senetlere Bağlı Alacakların Takibi, İBD, S. 1-2, Y. 1957, s. 18-28.
- Bilgili F./Demirkapı E.**, Kıymetli Evrak Hukuku, 10. Bası, Bursa 2019.
- Bozer A./Göle C.**, Kıymetli Evrak Hukuku, 9. Bası, Ankara 2020.
- Can M.**, Kıymetli Evrak Hukuku Ders Kitabı, 4. Bası, İstanbul 2019.
- Cebeci Z. Ç.**, İcra Hukuku Uygulamasında Bono, İstanbul 2020.
- Çavdar P.**, Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelerde İfa Güçsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları (TBK md. 98), İstanbul 2021.
- Deyneklı A.**, Aciz Hali ve İflasın İşçi Alacaklarının Tahsiline Etkisi, ABD, C. 67, S. 2, Y. 2009, s. 43-47.
- Deyneklı A.**, Türk Hukukunda Kambiyo Senetlerine Özgü İflâs Yoluyla Takip, Ankara 2005.
- Dişel B.**, İcra Hukukunda Takip Arkadaşlığı, İstanbul 2014.
- Domaniç H.**, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 1960.
- Ergün M.** Kambiyo Senetlerine Özgü Takip Yolları, Ankara 1989.
- Fritsche H.**, Das Wechselrecht in seiner Bedeutung für den Betriebsbeamten, SJZ 1931, H. 32.
- Fritschi E.**, Verfahrensfragen bei der Konkursöffnung, Zürich 2010.
- Görgün Ş./Börü L./Kodakoğlu M.**, İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2022.



- Helvacı M.**, Kambiyo Senetlerine Özgü Takip Yolları, İÜHFM, C. 71, S. 2, Y. 2013, s. 165-191.
- Hunkeler D.**, Kurzkomentar - SchKG, 2. Aufl., Basel 2014 (**Yazar** [KuKo-SchKG]).
- İmregün O.**, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 13. Bası, İstanbul 2005.
- Jaeger C.**, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1911.
- Karayalçın Y.**, Ticaret Hukuku Dersleri II - Ticarî Senetler (Kambiyo Senetleri), 3. Bası, Ankara 1964.
- Karlı A.**, İcra ve İflâs Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2014.
- Kayhan Ş.**, Kıymetli Evrak Hukuku, 6. Bası, Ankara 2019.
- Kendigelen A./Kırca İ.**, Kıymetli Evrak Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2021.
- Kınacıoğlu N.**, Kıymetli Evrak Hukuku, 4. Bası, Ankara 1993.
- Köle M./Görgülü F.**, Son Düzenlemeler Işığında Çekin Şekil Şartları ve Çeke Dayalı Kambiyo Senetlerine Özgü Takip Yolları, DÜHFD, C. 21, S. 35, Y. 2016, s. 79-157.
- Kren Kostkiewicz J.**, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Zürich 2012.
- Kren Kostkiewicz J.**, SchKG Kommentar, 20. Aufl., Zürich 2020 (OFK-SchKG).
- Kren Kostkiewicz J./Vock D.**, Schulthess Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl., Zürich 2017 (**Yazar** [SK-SchKG]).
- Kuru B.**, Almanca Düzenlenmiş Poliçe veya Bono'ya Dayanarak Türkiye'de İlâmsız İcra Takibi Yapılması, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 613-617.
- Kuru B.**, İcra ve İflâs Hukuku C. II, 3. Bası, İstanbul 1990.
- Kuru B.**, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Bası, Ankara 2013.
- Kuru B./Aydın B.**, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 5. Bası, Ankara 2021.
- Muşul T.**, İflâs ve Konkordato Hukuku, 2. Bası, Ankara 2019.

**Muşul T.**, Kambiyo Senetlerine Dayanan Haciz Yoluyla Takip, BATİDER, C. 12, S. 3, Y. 1974, s. 605-645.

**Özcengiz M. N.**, Tetkik Mercii, Ankara 1975.

**Öztañ F.**, Kıymetli Evrak Hukuku, 23. Bası, Ankara 2019.

**Pekcanıtez H./Atalay O./Özekes M./Sungurtekin Özkan M.**, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 8. Bası, İstanbul 2021.

**Pekcanıtez H./Erdönmez G.**, 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul 2018.

**Pekcanıtez H./Simil C.**, İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, 2. Bası, İstanbul 2017.

**Poroy R./Tekinalp Ü.**, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 23. Bası, İstanbul 2019.

**Postacıoğlu İ. E./Altay S.**, İcra Hukuku Esasları, 5. Bası, İstanbul 2010.

**Pulaşlı H.**, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 8. Bası, Ankara 2022.

**Stahlin A./Bauer T./Stahlin D.**, Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. Aufl., Basel 2010 (**Yazar** [BSK-SchKG]).

**Studer J./Zöbeli M.**, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht - EinLeitfaden für die Praxis, 5. Aufl., Zürich 2020.

**Taş Korkmaz H.**, Hukuk Davalarında Gerçek Tarafın Belirlenmesi, İstanbul 2021.

**Ulukapı Ö.**, İcra ve İflâs Hukuku, Konya 2015.

**Ulukut S. N.**, İcra ve İflas Kanununun 167. Maddesi Son Fıkrası Hükmünün Uygulamada Doğurduğu Güçlük ve Sakıncalarla Bunların Giderilmesi Yolu, İBD, C. 47, S. 9-10, Y. 1973, s. 991-1001.

**Uyar T.**, İcra Hukukunda Yetki ve Görev ve Yargılama Usulü, Manisa 1983.

**Uyar T.**, Kambiyo Senetlerine İlişkin Takiplerde Takip Talebinin İçeriği (İİK.mad.167), ABD, C. 66, S. 1, Y. 2008, s. 180-218 (Takip Talebi).

**Uyar T./Uyar A./Uyar C.**, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi C. II, 3. Bası, Ankara 2014.

**Ülgen H./Helvacı M./Kaya A./Nomer Ertan F.**, Kıymetli Evrak Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2019.

**Üstündağ S.**, İcra Hukukunun Esasları, 8. Bası, İstanbul 2004.

**Yardım M. E.**, Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz Yoluyla Takipte İtiraz (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul 2012.

**Yıldırım M. K./Deren-Yıldırım N.**, İcra ve İflas Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2021.

## Hakem Kararlarına Karşı İtiraz Hakkından Feragat

### Verzicht auf Widerspruchsrecht gegen Schiedssprüche

Araş. Gör. Dilara BAYTAROĞLU\*

#### ÖZ

*Taraflar, hakem kararlarına karşı itiraz haklarından önceden yapılan bir anlaşma ile feragat edebilir ya da bazı davranışlar sonucunda itiraz hakkından feragat edilmiş sayılabilirler. Kurumsal tahkim yargulamalarının birçoğunda, irade serbestisinin esas alınmasının bir sonucu olarak, itiraz hakkından feragat edilmesi ve buna bağlı olarak hakem kararlarının bağlayıcı etkisi mümkün kılınmıştır. UNCITRAL Model Kanununda, tahkim sözleşmesine taraflarca konulacak bir şart ile geçerli bir şekilde hakem kararlarına karşı itiraz hakkından feragat edilebileceği belirtmiştir. Tarafların, itiraz hakkından feragat etmeleri yalnızca UNCITRAL Model Kanunu ile sınırlı olarak kalmamış; ICC, LCIA, ICSID, WIPO ve hatta DIS gibi kurumsal tahkim kurumlarının tahkim kurullarında da bir anlaşma çerçevesinde yapılması mümkün görülen bir imkân haline gelmiştir. Bu kapsamda çalışmamızda, tarafların tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararlarının bağlayıcını önceden kabul ettikleri anlaşmaların geçerliliği konusu ele alınmıştır. Hakem kararlarına karşı itiraz hakkından feragat edilmesine ilişkin düzenlemeler öncelikle milletlerarası boyutta ele alınırken, çalışmamızın son bölümünde Türk hukukundaki hakem kararlarına karşı itiraz hakkından feragat ile ilişkin düzenlemeler Milletlerarası Tahkim Kanununun 15.maddesinde yer alan "iptal davası açma hakkından feragat" ile Hukuk Muhakemeleri Kanununun 409.maddesinde yer alan "itiraz hakkından feragat" düzenlemeleri çerçevesinde incelenmiştir.*

**Anahtar Kelimeler:** Feragat, itiraz hakkı, milletlerarası tahkim, UNCITRAL, ICC, ICSID, LCIA, DIS, WIPO.

---

\* İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, [dilarabaytaroglu@gmail.com](mailto:dilarabaytaroglu@gmail.com). ORCID: 0000-0001-5714-4628.

## Waiver of Objection Against Arbitral Awards

### ABSTRACT

*The parties may waive their right to object against arbitral awards by making a prior agreement or they may be deemed to have waived the right to object as a consequence of several actions. In many of the institutional arbitration proceedings, as a result of predicating the freedom of will upon, waiving of the right to object and the consequent binding effect of arbitral awards has been made possible. In this regard, the UNCITRAL Model Law remarked that, the parties could be validly waived the right to object against the arbitrators' decision by pre-stated provision having placed in their arbitration agreement. Moreover, the waiver of the parties' right to object is not limited with the UNCITRAL Model Law; in the other arbitration rules of institutional arbitration institutions such as ICC, LCIA, ICSID, WIPO and even DIS, the waiver of the right to object has become an opportunity that seems possible to do within the scope of an arbitration agreement. In this context, in our study, the validity of the waiver of the right to object agreements, accepted by the parties in advance of the arbitral awards examined in detail. Within this scope, the regulations relating to waiver the right to object against the arbitrator's decision were analyzed in the international context initially. In our last part of study, the regulations on the waiver of the right to object against the arbitrator's decision in Turkish law are examined with "the waiver setting aside action" placed in the in the International Arbitration Act and "waiver of the right to object" in the Code of Civil Procedure.*

**Keywords:** Waiver, right of objection, international arbitration, UNCITRAL, ICC, ICSID, LCIA, DIS, WIPO.

### Giriş

Hakem kararlarına karşı tarafların itiraz haklarından feragat etmeleri, milletlerarası tahkim kurumlarının sistematiklerine dâhil olmuş imkanlardan biri olmakla birlikte, Türk hukukundaki düzenlemelerde de yer alan bir husustur. Genellikle, itiraz etmekten feragat imkânı iki farklı şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan ilki, tahkim yargılamasına havale edilmiş bir uyuşmazlıkta, tarafların hakem kararlarının kesin, bağlayıcı ve doğrudan etkisini önceden kabul etmelerinde görülür. İkincisi ise, tahkim sürecince belirli bir zaman kesiti içinde usule veya sürece ilişkin aykırılıklara itiraz etmekle karşı çıkmayan tarafın itiraz hakkından fera-

gat edilmiş sayıldığı düzenlemeleridir. Çalışmamızın bütününde, tarafların itiraz hakkından önceden feragat ettiği ve itiraz hakkından feragat edilmiş sayıldığı düzenlemeler incelenmiştir.

Bu kapsamda çalışmamızın ilk bölümünde, tarafların devlet yargısına başvurulmayacağı ve tahkim yargılaması sonucunda verilen kararların kesin ve bağlayıcı etkisini peşinen kabul ettikleri anlaşmanın geçerliliği konusu ele alınmıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, itiraz hakkından feragatin her iki görünümü öncelikle, Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu bünyesinde hazırlanan ve birçok hukuk sisteminin kodifiye çalışmalarında kılavuz görevi görmüş UNCITRAL düzenlemeleri çerçevesinde; sonrasında ise ICC, ICSID, LCIA, DIS, WIPO gibi çeşitli tahkim kurumlarının tahkim kurullarındaki düzenlemeler ekseninde incelenmiştir.

Çalışmamızın üçüncü ve son kısmında ise, Türk hukukundaki hakem kararlarına karşı itiraz hakkından feragate ilişkin düzenlemeler ele alınmıştır. Bu kapsamda Milletlerarası Tahkim Kanununun 15.maddesinde yer alan “iptal davası açma hakkından feragat” ile Hukuk Muhakemeleri Kanununun 409.maddesinde yer alan “itiraz hakkından feragat” düzenlemeleri gerektiği ölçüde karşılaştırmalı yapılmasına gayret edilerek açıklanmıştır.

### **I. HAKEM KARARLARININ “KESİN” VEYA “BAĞLAYICI” OLACAĞINA İLİŞKİN TARAFLARIN ANLAŞMASI**

Hakem kararlarına karşı kanun yollarına başvurulamayacağı, diğer bir ifadeyle, kararların kesin ve bağlayıcı etkisinin akdedilen bir tahkim sözleşmesi ile önceden kabulü, çoğu hukuk sistemlerinde, ICC, LCIA gibi milletlerarası tahkim kurumlarının tahkim kurullarında, hatta mahkemelerce de kabul edilen bir durumdur. Örneğin, Fransız Mahkemelerinin 1997 tarihli “*CIIAGI v. BAIL*” kararında, hakem kararlarının kesin ve bağlayıcı olacağına ilişkin anlaşmaların, ilgili kararın verildiği andan itibaren icrai nitelik kazanacağı belirtilmiştir<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 2009, Cilt III, 2. Bası, Wolters Kluwer Law&Business, s.3617.

Uygulamada, tarafların feragat klozlarını tercih etmeleri, genellikle hakem kararının sonrasında ek prosedürlere tabi olmaması isteklerinin bir sonucudur<sup>2</sup>.

Feragat anlaşmasının uygulamadaki bu başarısı ise, esasen 1958 tarihli New York Konvansiyonunun V/1(e)<sup>3</sup> maddesinin yorumlanması ile olmuştur. New York Konvansiyonunun ilgili maddesiyle, öngörülen yeknesak uluslararası standartlar ile tarafların hakem kararlarının bağlayıcı olacağına ilişkin anlaşmalarına etki tanınmıştır<sup>4</sup>.

Benzer bir şekilde, 2011 Fransız Medeni Usul Kanununda yer alan düzenlemeyle tarafların feragat anlaşmaları, Fransa’da yerleşim yeri bulunan taraflar da dâhil olmak üzere kabul edilmiştir<sup>5</sup>. Paris Temyiz Mahkemesinin “SARL Farmatex Teknolojileri v. Ermenistan”<sup>6</sup> uyuşmazlığına ilişkin kararında, tarafların hakem kararlarının “kesin”, “bağlayıcı” ve “derhal icra edilebilir” niteliklerini kabul eden anlaşmaların geçerli olduğu vurgulanmıştır. Mahkeme bu feragat anlaşmalarının geçerliliğini,

---

<sup>2</sup> Jennifer Kirby, “Finality and Arbitral Rules: Saying an Award is Final Does Not Necessarily Make it So”, Journal of International Arbitration, 2012, Sayı.29, s.119.

<sup>3</sup> New York Konvansiyonu, m.V/1: “*Aleyhine hakem kararı ileri sürülen taraf talepte bulunmaz ve zikri geçen kararın tanınması ve icrası istenen memleketin yetkili makamı önünde aşağıdaki hususları ispat etmez ise, hakem kararının tanınması ve icrası isteği reddolunamaz:...(e) Hakem kararının taraflar için henüz mecburi olmadığı veya, bunun, verildiği memleket kanunu yahut tabi olduğu kanun yönünden yetkili bir makam tarafından iptal veya hükmünün icrasının geri bırakılmış bulunduğu....*”

<sup>4</sup> Born, Commercial Arbitration, s.3619.

<sup>5</sup> Catherine Bratic, “The Parties Hereby Waive All Recouse...but Not That One” Why Parties Adopt Exclusion Agreements and Why Courts Hesitate”, [https://www.ibanet.org/Publications/publications\\_dispute\\_resolution\\_international.aspx](https://www.ibanet.org/Publications/publications_dispute_resolution_international.aspx), (15.12.2018), s.4.

<sup>6</sup> SARL Farmex Tech. v Rep. Armenia, FFPMC, Cour d’appel de Paris, 3 April 2014, No. 13/22288.

yapılan tahkim sözleşmesinde feragatin ayrıca ve açıkça beyan edilmiş olmasına bağlamıştır<sup>7</sup>.

Aynı şekilde 2016 yılındaki revize hali ile “Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Rusya Federasyonu Kanunu”nda (“Russian Federation Law on International Commercial Arbitration”) da, yerleşim yerlerine bağlı olarak bir sınırlama getirilmeksizin tarafların yapacakları feragat anlaşmaları geçerli olarak kabul edilmiştir<sup>8</sup>.

Genel kabulün tarafların hakem kararlarının bağlayıcılığını önceden belirleyebilecekleri yönünde olmasına rağmen, bu imkânı desteklemeyen kararlar da mevcuttur. Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (“AİHM”) 2016 tarihli “Tabbane v. Switzerland” davasında, hakem kararlarına karşı itiraz hakkından feragat edilmesi AİHS’in 6/1 maddesi kapsamında değerlendirilerek, önceden yapılan feragat ilk defa adil yargılanma hakkı çerçevesinde değerlendirilmiştir<sup>9</sup>.

Panama temyiz mahkemesinin 2005 tarihli bir kararında ise<sup>10</sup>, yapılan feragat anlaşmalarının tahkim yargılamasının hukuki usule aykırı yürütülmesine sebep olduğuna hükmedilmiştir<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> Bratic, a.g.e, s.4 vd.

<sup>8</sup> Russian Federation Law on International Commercial Arbitration Art.40. Kanun hakkındaki açıklamalar için bkz. Bratic, Exclusion Agreements, s.4.

<sup>9</sup> Karar hakkında bkz. [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{"itemid":\["003-5335030-6651343"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{), (15.12.2018). Karar hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Nathalie Voser, Anya George, ECtHR: Waiver of Recourse Against International Arbitral Award Not Incompatible with ECHR, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/03/31/ecthr-waiver-of-recourse-against-international-arbitral-award-not-incompatible-with-echr/>, (15.12.2018); Bu konu hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Çalışmamızın IV. Bölümü.

<sup>10</sup> Laudo del Corte Suprema de Justicia, No. 25,508, 7 October 2005, Gaceta Oficial, 22 Mar. 2006.

<sup>11</sup> Bratic, a.g.e, s.4.



## II. UNCITRAL VE MİLLETLERARASI KURUMSAL TAHKİM DÜZENLEMELERİ ÇERÇEVESİNDE FERAGAT KAVRAMI

### A. UNCITRAL Tahkim Kuralları

#### 1. UNCITRAL Tahkim Kurallarına İstinaden İtirazda Bulunma Hakkından Feragat Edilmiş Sayılma Durumu

UNCITRAL 2010 Kurallarınının 32.maddesi, “itiraz hakkından feragat” (“waiver of the right to object”) konusuna ilişkindir. 32.maddeye göre, herhangi bir tarafın UNCITRAL kurallarına uymaması veya tahkim anlaşmasında öngörülen koşullardan herhangi birini yerine getirmede başarısız olmasına rağmen diğer tarafça derhal itirazda bulunulmazsa, bahsedilen taraf itiraz hakkından feragat etmiş sayılır<sup>12</sup>. Bunun istisnası, itirazda bulunmayan tarafın derhal itirazda bulunmayışının haklı nedenlerini ortaya koymasıdır. Bu durumda, itiraz hakkından feragat etmiş sayılmaya ilişkin kural uygulanmayacaktır<sup>13</sup>.

Görüldüğü üzere, itiraz hakkından feragat; 1- UNCITRAL 2010 Kurallarına uyulmaması ya da 2- tahkim anlaşmasının herhangi bir hükmüne uyulmaması hallerinde söz konusu olur. Olası feragat durumuna ilişkin bu düzenlemeyle, haklı nedenin varlığını ispat etmeksizin derhal itirazda bulunulmaması, ilgili tarafın itiraz hakkından feragat etmiş sayılmasına neden olur<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> UNCITRAL 2010, Art.32: “A failure by any party to object promptly to any non-compliance with these Rules or with any requirement of the arbitration agreement shall be deemed to be a waiver of the right of such party to make such an objection, unless such party can show that, under the circumstances, its failure to object was justified.”

<sup>13</sup> UNCITRAL 1976 Kurallarınının 30.maddesinin karşılık gelen feragat hakkına ilişkin düzenleme, 1976 Kurallarında “kurallardan feragat” başlığı altında düzenlenmektedir. 2010 Kurallarında bu maddenin başlığı “itiraz hakkından feragat” olarak revize edilmiştir. Bkz. Ergun Özsunay, 21. Yüzyıl Tahkim Hukukunda Üç Önemli Reform, (İstanbul, Vedat Kitapçılık 2014) 45; David Caron, Lee Caplan, The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary, 2006, 2. Bası, Oxford University Press, s.691.

<sup>14</sup> UNCITRAL Kurallarınının hazırlık çalışmalarında, “feragat” kavramının Kuralların sistematığına dahil edilmesine karar verilmiştir. Yedinci Sekretarya çalışmasında ifade edildiği üzere, model kanunda veya tahkim anlaşmasında yer

## 2- UNCITRAL Kurallarında Tarafların Her Türü Başvuru Haklarından Feragat Etmeleri

UNCITRAL 2010 Kurallarının revize çalışmalarında<sup>15</sup>, ikinci çalışma grubu tarafından sözleşmeler için model tahkim klozları eklenmiştir<sup>16</sup>. Bu klozlardan biri, tarafların hakem kararlarına karşı kanun yollarına başvurularına ilişkindir. Tahkime ilişkin milli hukuk düzenlemelerinin birçoğunda, hakem kararları adeta devlet mahkemeleri nezdinde verilmişçesine bir hüküm niteliğinde kabul edilmekle birlikte, hakem kararlarına karşı oldukça geniş başvuru imkânları da düzenlenmiştir. UNCITRAL bu ikili durumun iyileştirilmesini temin etmek amacıyla, tarafların hakem kararlarına karşı kanun yollarına başvurulmayacağını içeren anlaşmalarını, “olası feragat beyanı” (“possible waiver statement”) başlığı altında düzenlemiştir. Buna göre, eğer taraflar hakem kararlarına karşı kanun yoluna başvurma haklarından feragat etmek istiyorlarsa, şu şekilde tavsiye edilen feragat klozunu kullanarak, tahkim sözleşmelerine konulacak bir şart ile hakem kararlarının bağlayıcı ve kesin hüküm etkisini kabul edebilirler<sup>17</sup>:

---

alan usule ilişkin gerekliliklere uyulmadığında, usuli hatanın düzeltilmesi için itiraz hakkı bulunmalıdır. İtiraz hakkından feragat, belirli koşullar altında itiraz hakkının bulunmayışını ifade eden “estoppel” ilkesinin bir görünümüdür. Bkz. Tibor Varady, Waiver in Arbitral Proceedings and Limitations on Waiver, Annals FLB- Belgrade Law Review, 2009, Sayı.3, LVII, s.8.

<sup>15</sup> 1976 tarihli UNCITRAL Tahkim Kurallarının tahkim uyumsuzluklarının çözümündeki başarılı etkisi üzerine, “Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu” (“UNCITRAL”), öncelikle 2006 yılında Komisyona bağlı ikinci çalışma grubu ile 1976 UNCITRAL Kurallarının, temelde 1976 sistemi esas alınarak revize etmiş; daha sonra 2010 yılında UNCITRAL Tahkim Kurallarının ikinci revizyonu 2010 yılında tamamlamıştır. Bkz. Özsunay, a.g.e, s.1 vd.

<sup>16</sup> Marianne Roth, “The Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules”, 2010, Sayı 19, 1 Y.B. on Int'l Arb. s.20.

<sup>17</sup> UNCITRAL 2010 , ANNEX- Model Arbitration Clause for Contracts, Possible Waiver Statement: “If the parties wish to exclude recourse against the arbitral award that may be available under the applicable law, they may consider adding a provision

*“Taraflar, işbu sözleşme ile yürürlükteki yasalar uyarınca geçerli bir şekilde feragat edilebileceği sürece, herhangi bir mahkemeye veya diğer yetkili makamlara verilen bir hükme karşı her türlü başvuruyu hakkindan feragat ederler<sup>18</sup>.”*

Tarafların UNCITRAL 2010 Kurallarına istinaden, önceden tahkim sözleşmesine konulacak bir hükümlerle, hakem kararlarına karşı kanun yollarına başvurma haklarından feragat etmeleri mümkündür. Ancak bu imkân, tahkim yeri hukukunun bu şekilde yapılacak olan bir feragat beyanını geçersiz kılmamasına bağlıdır<sup>19</sup>. 1976 tarihli UNCITRAL kurallarından farklı olarak, kuralların revize çalışmaları esnasında, feragatle ilişkin genel nitelikli bir hüküm konulmasının tarafları her somut uyuşmazlık bakımından doğru yönlendirmede yetersiz kalacağı düşünülmüştür. Bu nedenle, önceden yapılan feragat anlaşmasının ek listede yer verilen bir öneri niteliğinde kalması tercih edilmiştir<sup>20</sup>.

---

*to that effect as suggested below, considering, however, that the effectiveness and conditions of such an exclusion depend on the applicable law.”*

<sup>18</sup> UNCITRAL 2010 , ANNEX- Model Arbitration Clause for Contracts, Possible Waiver Statement-Waiver: *“The parties hereby waive their right to any form of recourse against an award to any court or other competent authority, insofar as such waiver can validly be made under the applicable law. ”*

<sup>19</sup> Tahkim yeri hukuku (lex arbitri), 1923 tarihli Tahkim Klotzları Hakkında Cenevre Protokolü (“The Geneva Protocol on Arbitration Clauses”)’nde taraflarca belirlenen ve tahkim sürecinin gerçekleştiği yer olarak tanımlanmıştır. Bkz. Alastair Henderson, “Lex Arbitri, Procedural Law and the Seat of Arbitration”, 2014, Singapore Academy of Law Journal, s.890.

<sup>20</sup> UNCITRAL, “Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law”, 2010, Cilt.XLI, s.36; Hamid Gharavi/Christoph Liebscher, The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award, 2002, Kluwer Law International, s.30; Giuditta Cordero-Mos, International Commercial Arbitration, 2013, Cambridge University Press, s.105; Roth, Uncitral Arbitration s.20. Karş. UNCITRAL 1976 Kuralları m.34; UNCITRAL 1976 Kuralları hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Pieter Sanders, “UNCITRAL’s Project for a Model Law on International Commercial Arbitration”, 1984, T.M.C. Asser Instituut, 1984, s.201 vd.

## B. ICC Tahkim Kuralları

### 1- ICC Tahkim Kurallarında Tarafların Her Türlü Başvuru Haklarından Feragat Etmeleri

Milletlerarası ticari uyuşmazlıkların ICC Tahkim Kurallarına istinaden çözümünün kararlaştırıldığı uyuşmazlıklarda, UNCITRAL Model Kanununda yer alan düzenlemelerden esinlenerek<sup>21</sup> tarafların hakem kararlarına karşı itiraz hakkından feragat etmelerinin mümkün olduğu, iki ayrı başlık altında kabul edilmiştir. Bunlardan ilki, “kararların icra edilebilirliği” başlığı altında düzenlenen, ICC Tahkim Kurallarının 35/6. madde<sup>22</sup> hükmüdür. Bu düzenlemeye göre, hakem kararları taraflar nezdinde kesin, bağlayıcı ve doğrudan uygulanabilen niteliktedir:

*“Her karar taraflar için bağlayıcıdır. Taraflar, uyuşmazlığı Kurallar uyarınca tahkime sunmakla, verilecek kararı derhal icra etmeyi kabul ederler ve bu tür bir feragat geçerli olarak yapılabildiği ölçüde kanuni yollara başvurma haklarından feragat etmiş sayılırlar.”*

---

<sup>21</sup> Tarafların hakem kararlarına karşı itiraz hakkından feragat etmelerine ilişkin ICC Tahkim Kurallarında yer alan düzenlemeler 1998 yılında UNCITRAL Model Kanunu esas alınarak kural metnine eklenmiştir. Bkz. Yves Derains, Eric Schwarts, A Guide to the ICC Rules of Arbitration, 2005, Kluwer Law International, s.379.

<sup>22</sup> ICC Arbitration Rules, Art.35/6; “...Every award shall be binding on the parties. By submitting the dispute to arbitration under the Rules, the parties undertake to carry out any award without delay and shall be deemed to have waived their right to any form of recourse insofar as such waiver can validly be made...”; Kurallar için bkz. ICC Arbitration Rules 2017, <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/>, (14.12.2018); Belirtilen hüküm yaygın olarak kabul edilen, belirli bir zaman kesitinden sonra itiraz hakkının düşmesine ilişkin “estoppel” ilkesinin bir yansıması olarak kabul edilir. A.B.D. Federal Mahkemesinin verdiği bir kararda söz konusu ilke şu şekilde ifade edilmiştir: “...tahkim yargılaması boyunca itiraz etmeksizin sürece katılan tarafın, yargılama sonucunda kendisi hakkında aleyhe verilen karara karşı itiraz hakkının kabul edilmesi kabul edilemez.” Karar hakkında bkz. Alabama Supreme Court, Reports of Cases at Law and in Equity Argued and Determined Supreme Court of Alabama, M.D.J. Slade, 1846, s. 877 vd; Derains/Schwarts, ICC Rules, s. 379.

Hükümde belirtildiği üzere, uyuşmazlıklarının ICC Tahkim Kurallarına istinaden çözümüne karar veren taraflar, yargılama sonucunda verilen kararların bağlayıcılığını peşinen kabul etmiş sayılırlar<sup>23</sup>. Hüküm ile amaçlanan, taraflardan herhangi birinin verilen hakem kararları aleyhine milli mahkemelere başvurulması ihtimalinden vazgeçme etkisinin başlangıçta oluşturulmasıdır<sup>24</sup>. Böylece uyuşmazlığın ICC tahkimine götürülmesiyle, verilen hakem kararlarına karşı tüm kanun yollarına başvurma hakkından önceden feragat etmeyi kabul etmiş olurlar<sup>25</sup>. Ancak doktrinde bu feragatin geçerliliği, tahkim yeri hukukunun hakem kararlarına karşı kanun yollarına başvurulmayacağına yönelik anlaşmaya izin vermesine bağlı olduğu belirtilmiştir<sup>26</sup>.

Tarafların, feragati geçerli olarak yapabildikleri ölçüde kanuni yollara başvurma haklarından feragat etmiş sayılacakları belirtilmiş ancak feragatin geçerlilik ölçüsünün ne olduğuna ilişkin bir açıklama yapılmamıştır. Sadece, kuralların 28/2.maddesinde, ihtiyati tedbir veya bu kararların icrasını sağlamak adına karşı devlet mahkemelerine başvurunun tahkim anlaşmasından feragat açısından yetersiz kalacağı belirtilmiştir<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> Kararların bağlayıcı etkisi, sadece uyuşmazlık tarafları bakımındandır. Üçüncü kişiler, ICC hakem kararlarının bağlayıcı etkisine tabi değildir. Bkz. Michael Bühler/Sigvard Jarvin, “The Arbitration Rules of the International Chamber of Commerce (ICC)”, (Ed. Frank-Bernd Weigand), Practitioner’s Handbook on International Commercial Arbitration, 2009, 2.Bası, Oxford, s.1377.

<sup>24</sup> Thomas Webster/Michael Buhler, Handbook of ICC Arbitration: Commentary, 2014, 2. Bası, Sweet&Maxwell, s.514.

<sup>25</sup> Nuray Ekşi, “Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, Ankara Barosu Dergisi, 2009, Cilt.67, Sayı.1, s.58.

<sup>26</sup> Derains/Schwartz, ICC Rules, s.321.

<sup>27</sup> ICC Arbitration Rules 2017 Art.28/2: “...The application of a party to a judicial authority for such measures or for the implementation of any such measures ordered by an arbitral tribunal shall not be deemed to be an infringement or a waiver of the arbitration agreement and shall not affect the relevant powers reserved to the arbitral tribunal...” Söz konusu maddenin İsviçre mahkemeleri açısından durumu

Kanaatimizce, tarafların verilen hakem kararlarının New York Konvansiyonu'na göre tenfizini veya hakem kararlarının hüküm ifade etmeyeceğini kararlaştırmak istemeleri gibi, tahkim yargılamasına ilişkin esaslı unsurların feragati geçerli olmamalıdır. Ancak hakem kararlarının kesin ve bağlayıcı etkisinin bir anlaşma üzerinde temellendirilerek kabulü, zaten hükmün ve genel olarak ICC tahkiminin yapısına uygundur. Ancak tarafların feragati, ICC Tahkim Kuralları sonucunda verilen hakem kararlarının tenfizine de itiraz edilmesinin önüne geçebilir mi? Tenfiz, hukuki niteliği itibariyle doktrinde tartışmalı olmakla birlikte bir dava değil, bir taleptir<sup>28</sup>. Uyuşmazlık konusunda verilen yabancı mahkeme kararına istinaden Türk mahkemelerinin önüne gelen bir tenfiz talebi, revizyon yasağı uyarınca kararın esası hakkında bir inceleme yapılmasını gerektirmez. Yani kararın doğruluğu veya yanlışlığı değerlendirilmeksizin, sadece ilgili yabancı mahkeme kararının MÖHUK'da yer alan ön ve asli şartları<sup>29</sup> taşıyıp taşımadığının tespiti yapılacaktır. Dolayısıyla, Tenfiz ha-

---

hakkında açıklamalar için bkz. Arthur Rovine, "Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation", 2007, The Fordham Papers, dpn.23; Domitille Baizeau, „Waiving the Right to Challenge an Arbitral Award Rendered in Switzerland: Caveats and Drafting Considerations for Foreign Parties”, 2005, At a Glance: Int. A.L.R, s.70.

<sup>28</sup> Aynı yönde bkz. Ali Önal, "Tanıma ve Tenfiz Kararlarının Hukuki Niteliği", Cilt.37, Sayı.2, Public and Private International Law Bulletin, s.605.

<sup>29</sup> Ön şartlar için bkz. MÖHUK m.50; "...(1) Yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilâmların Türkiye'de icra olunabilmesi yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır. (2) Yabancı mahkemelerin ceza ilâmlarında yer alan kişisel haklarla ilgili hükümler hakkında da tenfiz kararı istenebilir..."

Asli şartlar için bkz. MÖHUK m.54; "1) Yetkili mahkeme tenfiz kararını aşağıdaki şartlar dâhilinde verir: a) Türkiye Cumhuriyeti ile ilâmın verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiilî uygulamanın bulunması. b) İlâmın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması veya davalının itiraz etmesi şartıyla ilâmın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı hâlde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkeme-

kimi talebin konusu olan uyuşmazlığı, yabancı hakimın somut uyuşmazlığa hangi kanunu nasıl uyguladığı gibi maddi hukuk yönünden inceleyemez, sadece tenfiz şartları dahilinde bir inceleme yapar<sup>30</sup>. Dolayısıyla, Türk mahkemelerince verilen tenfiz kararının hukuki niteliği “karar” kavramının aksine, ilgilinin yabancı mahkemeden almış olduğu ilamın Türk hukukunda da icrai kabiliyetini sağlayacak bir “talep”te bulunmasıyla örtüşür. Kanaatimizce, uyuşmazlığın esasının incelenmediği bu çekişmesiz yargı talebinde taraflardan birinin itirazı, hakem kararlarının esasına karşı itiraz edilmesi ile birebir örtüşmez. Bu nedenle, tenfize itiraz edilmesi mümkün olmalıdır.

Feragatin ICC tahkim kurallarındaki teorik düzenlemesine karşılık, uygulamadaki tahkim yargılamalarının bazılarında itiraz hakkından feragati, milli mahkemeler nezdinde sağlamada yetersiz kaldığına ilişkin örnekler de mevcuttur. Örneğin, “FG Hemisphere Associates LLC. V. Kongo Cumhuriyeti” davasında, Hong Kong Yüksek Mahkemesi, 34/6

---

*since verilmiş olmaması. c) Hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması. ç) O yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olması...”.*

<sup>30</sup> Ayrıca bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu’nun 2012 yılında verdiği karar. “Tenfiz hakiminin yabancı mahkeme ilamının maddi hukuk bakımından doğruluğunu inceleme ve değerlendirme yetkisi yoktur. Bu yasak çerçevesinde, tenfiz hakiminin ilamda mevcut olan bir gerekçeyi inceleyip değerlendirmesi de söz konusu olamaz. İlamda bir gerekçenin bulunması veya bulunmaması ilamda yer alan hükmün kamu düzenine aykırılığını belirlemede önem taşımamaktadır. Anayasanın 141. maddesinin yargılama usulüne ilişkin olarak koyduğu ilkelerin, münhasıran Türk Mahkemeleri için geçerli olacağı açık ve tartışmasızdır. Yabancı mahkeme ilamının hüküm fıkrasının uygulanmasıyla, kamu düzenine aykırı sonuçları doğuracak yabancı mahkeme kararlarının tenfizi olanaklı değildir. Yabancı mahkeme kararlarının salt gerekçesinin bulunmamasının kesinleşmiş yabancı mahkeme kararının tenfizine engel olmayacağı ve bu hususun 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 54/c maddesi anlamında kamu düzenine açıkça aykırılık sayılmayacağına karar verilmiştir.” Y. IBGK, E. 2010/1, K. 2012/1, T. 10.02.2012.

hükümünün, “hakem kararına meydan okuyan bir hükümden fazlası olmadığı”na hükmedilmiştir. Mahkeme, ICC Tahkim Kuralları çerçevesinde yürütülen bir tahkim yargılamasında itirazdan feragatin kabul edilmesinin, tek başına devlet mahkemeleri nezdinde de itiraz hakkından feragat edildiği sonucunun yetersiz bir varsayım olduğunu ve bunun sadece hakem kararlarına itiraz etme hakkından feragati içeren yetersiz bir imkan olduğu görüşünü belirtmiştir<sup>31</sup>. Gerekçe olarak ise mahkeme, “Creighton Limited v. Government of the State of Qatar<sup>32</sup>” davasını göstermiştir. Bu davada, bir tahkim yargılamasının salt olarak ICC Tahkim Kuralları uyarınca yürütülmesi için yapılan başvurunun ve süreç içerisinde kullanılan itiraz hakkından feragatin, ulusal devlet mahkemesi nezdinde aynı şekilde feragat sonucunu doğurmayacağı belirtilmiştir<sup>33</sup>.

## 2- ICC Kurallarında İtiraz Hakkından Feragat Etmiş Sayılma

İtiraz hakkından feragat edilmesine ilişkin diğer bir düzenleme ise, ICC Tahkim Kurallarınının 40.maddesinde yer almaktadır. Hükme göre,

*“Bu Kurallar’ın herhangi bir hükmüne veya yargılamanın tabi olduğu kuralların herhangi birine uyulmaması halinde, hakem kurulu tarafından verilen herhangi bir talimata veya hakem kurulunun oluşması için tahkim sözleşmesinde yer alan herhangi bir şarta veya yargılamanın yönetilmesine itiraz etmeden tahkime devam eden bir taraf, itiraz etmek hakkından feragat etmiş sayılır.”*

Tarafların hangi anda itirazda bulunmaları gerektiğine ilişkin yukarıdaki belirsiz süreli düzenlemeyle<sup>34</sup>, açıklanan sebepler çerçevesinde

---

<sup>31</sup> FG Hemisphere Associates LLC. V. Democratic Republic of Congo, No.10-7040 (D.C.Cir 2011). Karar hakkındaki açıklamalar için bkz. Webster/Buhler, Handbook of ICC, s.518.

<sup>32</sup> Creighton Limited v. Government of the State of Qatar, United States Court of Appeals, District of Colombia Circuit, 02.07.1999, No.98-7063.

<sup>33</sup> Aynı yönde bkz. Orascom Telecom Holding SAE v. Republic of Chad, EWCH 1841 (Comm), 28.07.2008.

<sup>34</sup> Bir görüşe göre, itiraz hakkından feragat edilmiş sayılma anına kadar itirazda bulunulmalıdır. Bkz. Webster/Buhler, Handbook of ICC, s.608.



tahkim sürecine aykırı hareket edilmesine rağmen itirazda bulunulmaksızın yargılamaya devam edilmesi, itirazda bulunmayan tarafın itiraz hakkından feragat etmiş sayılmasına neden olur. Diğer bir ifadeyle, herhangi bir hakem kurulu talimatına veya tahkim sözleşmesinde yer alan herhangi bir şarta aykırı hareket edildiğine yönelik süresi içinde itirazda bulunulmaması, feragat edilmiş sayılma sonucunu doğurur<sup>35</sup>.

### C. ICSID Tahkim Kuralları

ICSID Tahkim Kurallarına istinaden çözümlenmesi tercih edilen yatırım uyuşmazlıklarında, tarafların hakem kararlarına karşı itiraz mekanizmalarına başvurma haklarından feragat etmeleri tartışmalı bir konudur.

ICSID sözleşmesine göre, hakem kararlarına karşı iptal başvurusunda bulunma<sup>36</sup>, tamamen tarafların iradelerine bırakılan bir başvuru imkânıdır. Yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde ICSID'in yargılama yetkisini kabul eden taraflar, hakem kararlarının verilmesi öncesinde ve sonrasında iptal başvurusunda bulunma haklarından feragat edebilirler<sup>37</sup>. Ancak belirtilmelidir ki, hakem kararlarının verilmesinden önce iptal başvurusunda bulunma hakkından feragat konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, hakem kararının verilmesinden önce iptal başvurusundan feragat mümkündür. Tarafların menfaatlerini ön planda tutan bu görüş

---

<sup>35</sup> Reiner ve Aschauer'e göre hüküm, taraflar arasındaki işbirliğinin sağlanması ve yargılamanın iyiniyet prensibi çerçevesinde yürütülmesini sağlar. Bkz. Andreas Reiner/Christian Aschauer, "ICC Rules", (Ed. Rolf Schütze), Institutional Arbitration: A Commentary, 2013, Beck/Hart, s.25 vd.

<sup>36</sup> Çalışmamızda, ICSID tahkim yargılamasının yapısına daha uygun olacağı düşüncesiyle "iptal başvurusunda bulunma hakkından feragat" kavramının kullanılması tercih edilmiştir.

<sup>37</sup> Christoph Schreuer, „Belated Jurisdictional Objections in ICSID Arbitration“, s.11 vd, [https://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/102\\_bel\\_jurisd\\_obj\\_icsid\\_arb.pdf](https://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/102_bel_jurisd_obj_icsid_arb.pdf), (12.12.2018); Emre Koluman, "Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarına İlişkin Hakem Kararlarının İptali", Ankara 2018, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.85.

uyarınca, feragat ile taraflar iptal prosedürünün uyuşmazlığı taşıyacağı bir sonraki belirsiz aşamadan ve oluşacak masraflardan kurtarıcı etki oluşturur.<sup>38</sup>

İkinci görüşe göre ise, tarafların iptal başvurusunda bulunma hakkından feragatleri tartışmaya açıktır. ICSID sözleşmesinin 52.maddesinde yer alan, *“taraflardan biri aşağıdaki hallerden birini veya bazılarını öne sürerek, Genel Sekreterliğe yazılı başvuru ile kararın geçersiz kılınmasını isteyebilir.”* ifadesi, tarafların feragat hususundaki haklarını kullanabileceklerini gösterir. Ancak ICSID sözleşmesinin 44.maddesinde yer alan, *“hakemlik davası, taraflar başka biçimde anlaşmadıkları takdirde, bu bölüm hükümlerine ve tarafların hakeme gittikleri tarihteki hakemlik kurallarına göre yürütülür”* ifadesi ile kastedilen, dördüncü bölümün birinci kısım hükümleridir. Hâlbuki 52.madde, beşinci bölüm kapsamındadır. Bu nedenle, iptal başvurusunda bulunma hakkından feragate ilişkin açıklamalar yeterli değildir<sup>39</sup>.

Bu konudaki üçüncü ve son görüşe göre, yatırım uyuşmazlıklarının ICSID tahkimine istinaden çözümünde, iptal başvurusunda bulunma hakkından feragatin karardan önce yapılması mümkün değildir. ICSID sözleşmesinin 52.maddesinde tarafların hakem kararlarının geçersiz kılınmasını isteyebilecekleri hükmü, emredici nitelik taşır. Tarafların yapacakları bir feragat sözleşmesiyle madde hükmünün önüne geçilmesi mümkün değildir<sup>40</sup>.

Bizim görüşümüze göre, tarafların iptal başvurusundan feragat etmeleri, ICSID tahkim yargılaması sistematiğine herhangi bir aykırılık

---

<sup>38</sup> Christoph Schreuer/Loretta Malintoppi/August Reinisch/Anthony Sinclair, „The ICSID Convention: A Commentary”, 2013, 2. Bası, Cambridge University Press, s.900; Georges Delaume, “Reflections on the Effectiveness of International Arbitral Awards”, 1995, Cilt.12, Sayı.1, Journal of International Arbitration, s.11.

<sup>39</sup> Michael Reisman, „The Breakdown of the Control Mechanism in ICSID Arbitration”, 1990, Sayı.87, Yale Law Law Faculty Scholarship Series, s.805.

<sup>40</sup> Emmanuel Gaillard, « Some Notes on the Drafting of ICSID Arbitration Clauses”, 1988, Cilt.3, Sayı.1 ICSID Review Foreign Investment Law Journal, s.142.

teşkil etmez. Sözleşmenin 52.maddesiyle hakem kararlarının geçersiz kılınmasını talep etme imkânı, emredici nitelik taşıyan bir hüküm olarak değil, taraflara bahşedilen bir imkân olarak değerlendirilmelidir. ICSID tahkim mekanizmasının feragat hakkını öngörmeyecek şekilde kaleme alınmasına dair 52.maddede rastlanılan bir ifade yoktur. Kanaatimizce, hükmün kurucu unsuru tarafların menfaatidir. Taraflar, iptal başvurusunda bulunma hakkından feragatle, kendilerinin menfaatleri lehine hareket ederler. Bunun aksini kabul ederek uyuşmazlık sürecinin uzatılması yerine, tarafların iradeleri doğrultusunda oluşan belirsiz durum bertaraf edilmelidir.

İptal başvurusunda bulunma hakkından, hakem kararının verilmesi sonrasında da feragat edilmesi mümkündür. İptale ilişkin kararın taraflara tebliğ edilmesi sonrasında, iptal başvurusunda bulunan uyuşmazlık taraflarından herhangi biri, iptale esas teşkil eden bazı sebepleri ileri sürmekten vazgeçebilir<sup>41</sup>.

#### **D.LCIA Tahkim Kuralları**

Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (“The London Court of International Arbitration (LCIA)”) kurallarında, tarafların hakem kararlarına karşı itiraz hakkından feragat etmeleri açıkça düzenlenmiştir. LCIA Tahkim Kurallarının 26/8.maddesine göre, hakem kararları taraflar üze-

---

<sup>41</sup> Amco Asia Corporation ve diğerleri v. Endonezya Cumhuriyeti kararında, Endonezya, hakem heyetinin somut uyuşmazlık bakımından yargılama yetkisinin olmadığına dair iptal başvurusunda bulunma talebinden feragat ettiğini bildirmiştir. Buna karşılık Amco şirketi, talep edilen diğer iptal sebeplerinin de geçerli olduğu açıkça belirtilmediği için feragat kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur. Hakem heyeti, feragatin sonuçları ağır bir usuli işlem olması sebebiyle tek bir feragatin tüm taleplere yönelik olarak değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir. Karar için bkz. Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Endonezia, (ICSID Case No. ARB.81/1), <https://www.itaw.com/cases/3475>, (12.12.2018). Karar hakkındaki açıklamalar için bkz. Yalçın Torun, “Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID) Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yolları”, Ankara 2011, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.74.

rinde kesin ve bağlayıcı birer karar hükmündedir<sup>42</sup>. Taraflar, hakem kararlarının yerine getirilmesi için gecikmeksizin gerekli adımları atmakla yükümlüdür<sup>43</sup>. Uyuşmazlığın LCIA tahkimine istinaden çözümünüyle, hakem kararlarına karşı itiraz etme, kararın gözden geçirilmesi amacıyla devlet mahkemelerine veya yasal mercilere müracaat etme veya herhangi bir kanun yoluna başvurma haklarından geri dönülemez biçimde feragat etmiş sayılırlar<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> LCIA Art.26/8: *“Every award (including reasons for such award) shall be final and binding on the parties...”*

<sup>43</sup> LCIA Art.26/8: *“...The parties undertake to carry out any award immediately and without any delay (subject only to Article 27)...”* Gerekli adımların bir an önce atılması ile kastedilen LCIA Tahkim Kurallarınının 27.maddesinde öngörülen süreler dahilinde hareket edilmesidir. Söz konusu maddede genel olarak 28 günlük bir süre öngörülmüştür. Bkz. LCIA Art.27.1: *“Within 28 days of receipt of any award, a party may by written notice to the Registrar (copied to all other parties) request the Arbitral Tribunal to correct in the award any error in computation, any clerical or typographical error, any ambiguity or any mistake of a similar nature. If the Arbitral Tribunal considers the request to be justified, after consulting the parties, it shall make the correction within 28 days of receipt of the request. Any correction shall take the form of a memorandum by the Arbitral Tribunal.*

27.2 *The Arbitral Tribunal may also correct any error (including any error in computation, any clerical or typographical error or any error of a similar nature) upon its own initiative in the form of a memorandum within 28 days of the date of the award, after consulting the parties.*

27.3 *Within 28 days of receipt of the final award, a party may by written notice to the Registrar (copied to all other parties), request the Arbitral Tribunal to make an additional award as to any claim or cross-claim presented in the arbitration but not decided in any award. If the Arbitral Tribunal considers the request to be justified, after consulting the parties, it shall make the additional award within 56 days of receipt of the request.*

27.4 *As to any claim or cross-claim presented in the arbitration but not decided in any award, the Arbitral Tribunal may also make an additional award upon its own initiative within 28 days of the date of the award, after consulting the parties.*

27.5 *The provisions of Article 26.2 to 26.7 shall apply to any memorandum or additional award made hereunder. A memorandum shall be treated as part of the award.”*

<sup>44</sup> LCIA Art. 26/8: *“...and the parties also waive irrevocably their right to any form of*

Buna karşılık, tarafların hakem kararlarına karşı itiraz etme haklarından zaten LCIA kuralları bağlamında feragat etmiş sayılıyor oluşunun bir istisnası bulunmaktadır. O da, uyuşmazlığa tahkim yeri hukukunun bu yönde yapılacak olan bir feragate izin vermiyor oluşudur. LCIA, hakem kararlarının kesin, bağlayıcı ve doğrudan uygulanabilen etkisini, tahkim yeri hukukunun buna izin vermemesi ihtimaline kadar öngörmüştür<sup>45</sup>.

Her hukuk sistemi, tarafların hakem kararlarına karşı kanun yollarına başvuru haklarından feragat etmelerine izin vermeyebilir. Özellikle, bir tahkim yargılamasının kanunlarca belirtilen esaslara uygun olarak yürütülmediği, hakem heyetinin yeterliliği veya kamu düzeni gerekçeleriyle tarafların feragat etmelerine yönelik anlaşmaları geçersiz sayılabilir<sup>46</sup>. Benzer bir şekilde, LCIA kuralları uyarınca da tarafların feragat etmiş sayılacaklarına ilişkin düzenlemeleri hükümsüz kalabilir. Örneğin, İngiliz Tahkim Kanununun (“The Arbitration Act”) 67. ve 68.maddeleri, feragat edilmesi mümkün olmayan emredici hüküm niteliğindeki düzenlemelerdir<sup>47</sup>.

Buna ek olarak kimi hukuk sistemlerinde, feragat anlaşması doğrudan geçersiz kılınmasa dahi, geçerli bir feragatin yapılması katı şartlara tabi tutulmuş olabilir. Belçika ve İsviçre örneklerinde olduğu gibi, hakem

---

*appeal, review or recourse to any state court or other legal authority...*” Ancak LCIA sistemi içerisinde hakem kurulunun kendi kararlarını usulen gözden geçirmesi mümkündür. Bkz. Martin Gusy/James Hosking/Franz Schwarz, „A Guide to the ICDR International Arbitration Rules”, 2011, Oxford University Press, para. 27.02.

<sup>45</sup> LCIA Art. 26/8: “...insofar as such waiver shall not be prohibited under any applicable law...”

<sup>46</sup> Peter Turner/Reza Mohtashami, “A Guide to the LCIA Arbitration Rules”, 2009, Oxford University Press, para.7.36.

<sup>47</sup> İngiliz Tahkim Kanununun 67. Ve 68.maddeleri, hakem heyetinin esasa ilişkin yargılama yetkisi ile kararların verilmesindeki ciddi kuralsızlık halleridir. Kanun metni için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/data.pdf> (15.12.2018).

kararlarına karşı itiraz hakkından feragat edilmesi mümkün olmasına rağmen, yapılan feragat anlaşmasının geçerliliği, feragatin açıkça belirtilmesi haline bağlanmış olabilir. Bu hukuk sistemlerinde, yapılacak zımni feragat anlaşması hakem kararlarının doğrudan icrai etkisinin kabulüne yeterli değildir<sup>48</sup>.

### E. DIS Tahkim Kuralları

Alman Tahkim Kurumu ("Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit"), DIS Tahkim Kuralları ("DIS-Schiedsgerichtordnung")'nın<sup>49</sup> 38.maddesine göre, verilen her hakem kararı kesin ve tarafları bağlayıcı etkiye sahip olmalıdır<sup>50</sup>. Alman ZPO'nun 1055.maddesine kıyasla daha esnek bir ifadeye sahip olan bu hüküm DIS tahkim kuralları doğrultusunda çözümlenen bir uyuşmazlığın, hakem kararlarının kanun yollarına başvurulmaksızın doğrudan uygulanıp bağlayıcı etkisinin kabul edileceğine ilişkin bir feragat anlaşmasının kabulü mümkün olabilir mi? Her ne kadar DIS kurallarında, tarafların kararlarının etkisinin kesin veya bağlayıcı olması üzerinde ileriye yönelik anlaşma yapabileceklerine ilişkin bir hüküm bulunmasa da, itiraz hakkından feragatin DIS kuralları uyarınca da mümkün olduğunun kabul edilmesi doğru olur. DIS'in usul kurallarının düzenlendiği 21/3.maddesinde, kuralların düzenlemede sessiz kaldığı konularda taraflarca anlaşma yapılabileceği belirtilmiştir. Tarafların feragat iradeleri de göz önünde bulundurulduğunda, DIS tahkim kurallarında bulunan boşluğun tarafların hakem kararlarına karşı itiraz haklarından feragat iradeleri ile doldurulması mümkün olmalıdır. Bunun yanında kanaatimizce, zımni feragat, DIS Tahkim Kuralları uyarınca da, hakem kararlarının bağlayıcı etkisinin kabul edilmesi bakımından yeterli değildir; feragat iradeleri açık olmalıdır.

---

<sup>48</sup> Turner/Mohtashami, LCIA, para.7.36.

<sup>49</sup> Bundan böyle "DIS" olarak anılacaktır.

<sup>50</sup> DIS 2018, Art. 38: "Der Schiedsspruch ist endgültig und hat unter den Parteien die Wirkung eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils." Karş. İçin bkz. ZPO Art.1055; Burada, Alman ZPO'nun 1055.maddesinde yer alan "hakem kararının nihai ve bağlayıcı mahkeme kararları ile eş etkiye sahip olduğu" hükmüne benzer, ancak ZPO hükmüne kıyasla daha esnek bir ifade kullanılmıştır.

Hakem kararlarına itiraz hakkından feragat hususu, Alman Medeni Usul Kanunu'nun süresi içinde itirazda bulunulmaması halinde itiraz hakkından feragat edilmiş sayılacağına ilişkin 1027.maddesinden<sup>51</sup> esinlenilerek oluşturulmuştur. DIS'in 43.maddesinde "itiraz hakkından feragat" başlığı altında düzenlenen bu hüküm ile DIS kurallarına veya tahkim yargılamasına esas teşkil eden hükümlere uyulmadığı konusunda taraflardan herhangi birinin bilgi sahibi olmasına rağmen, bir an önce ve gecikmeksizin itirazını yöneltmemesi, söz konusu hakkının kaybına yol açar<sup>52</sup>. Bu nedenle itiraz, gecikmeksizin yapılmalı veya bilinçli bir şekilde geciktirilerek yapılmamalıdır. Theune'ye göre de, 41.madde düzenlemesi ile amaçlanan tahkim yargılamasına ilişkin usul işlemlerinin aşırı gecikmeden yürütülmesini temin etmek ve tarafların yargılama sürecinin ilerlemesine mani olan davranışlarının önüne geçmektir. Bu nedenle taraflar, makul ölçünün sınırını aşmadan itirazları varsa ileri sürmelidirler<sup>53</sup>.

## F. WIPO Tahkim Kuralları

### 1- WIPO Tahkim Kurallarında Tarafların Her Türlü Başvuru Haklarından Feragat Etmeleri

Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü ("World Intellectual Property Organization (WIPO)") tahkim kurallarının 66.maddesinde de, hakem karar-

---

<sup>51</sup> ZPO, Art.1027: "Ist einer Bestimmung dieses Buches, von der die Parteien abweichen können, oder einem vereinbarten Erfordernis des schiedsrichterlichen Verfahrens nicht entsprochen worden, so kann eine Partei, die den Mangel nicht unverzüglich oder innerhalb einer dafür vorgesehenen Frist rügt, diesen später nicht mehr geltend machen. Dies gilt nicht, wenn der Partei der Mangel nicht bekannt war."

<sup>52</sup> DIS 2018, Art.43: "Ist einer Bestimmung dieser Schiedsgerichtsordnung oder einer sonstigen auf das Schiedsverfahren anwendbaren Regelung nicht entsprochen worden, kann eine Partei, die einen ihr bekannten Mangel nicht unverzüglich rügt, diesen später nicht mehr geltend machen."

<sup>53</sup> Ayrıca Theune'ye göre, DIS m.41'in ifadesinde bu kurallara uyulmadığının taraflardan birinin "bilgisi dâhilinde" olduğu ifadesinin "taraflardan birinin bu durumdan farkında olması" yönünde revize edilmesi gerekir. Bkz. Ulrich Theune, "Commentary Section 41", (Ed. Rolf Schütze), Institutional Arbitration: A Commentary, 2013, Verlag C.H. Beck, s.295.

larının WIPO tahkimine götürülmesiyle kesin ve bağlayıcı etkisinin başlangıçta kabul edildiği belirtilmiştir. Taraflar, hakem kararlarına uygun hareket etmekle yükümlü olmalarıyla birlikte, uyuşmazlığa tahkim yeri hukukunun izin verdiği ölçüde, hakem kararlarına karşı itiraz etme haklarından feragat etmiş sayılırlar<sup>54</sup>.

Uyuşmazlığa uygulanan hukuk ile kastedilen, tahkim yeri hukukudur (lex arbitri). İtiraz hakkından feragat edilmesinin mümkün olup olmadığı, mümkün ise hangi aşamaya kadar mümkün olduğu bu hukuk çerçevesinde tayin edilecektir<sup>55</sup>.

## 2- WIPO Tahkim Kurallarında İtiraz Hakkından Feragat Etmiş Sayılma

WIPO kurallarından düzenlenen bir diğer konu, taraflardan birinin itiraz hakkından feragat etmiş sayılmasına ilişkindir. 60.maddede “feragat” başlığı altında düzenlenen bu hüküm ile, tahkim yargılamasında WIPO kurallarına veya tahkim sözleşmesindeki aykırılığın farkına varmasına rağmen, itirazda bulunmaksızın sürece devam eden tarafın itiraz

---

<sup>54</sup> WIPO, Art.66/a: “(a) By agreeing to arbitration under these Rules, the parties undertake to carry out the award without delay, and waive their right to any form of appeal or recourse to a court of law or other judicial authority, insofar as such waiver may validly be made under the applicable law...”

<sup>55</sup> Bu konuda ortaya çıkabilecek bir soru, 66.maddeye istinaden devlet mahkemelerine başvurulmasından feragat, her hukuk sistemi için yeterli olabilecek midir? Bu soruya verilecek yanıt, her hukuk sistemi için farklılık arz etmektedir. Örnek olarak İsviçre için bunun yeterli olmadığını söyleyebiliriz. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (“Swiss PIL Act”)’nin 192/1.maddesine göre, ancak yerleşim yeri mutad meskeni veya kuruluş yeri İsviçre’de bulunmayan tarafların hakem kararlarına karşı itiraz haklarından feragati geçerlidir. Swiss PIL Act, Art.192/1: “Where none of the parties has its domicile, its habitual residence, or a place of business in Switzerland, they may, by an express statement in the arbitration agreement or in a subsequent agreement in writing, exclude all setting aside proceedings, or they may limit such proceedings to one or several of the grounds listed in Article 190, paragraph 2...” Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Alejandro Garcia, “Commentary on WIPO Arbitration Rules”, 2017, WIPO ADR, para.66.3.



hakkından feragat edilmiş sayılacağı düzenlenmiştir<sup>56</sup>. Bu düzenleme ile tıpkı, diğer kurumsal tahkim düzenlemelerinde de olduğu gibi, belirli bir zaman dilimi içinde itirazda bulunmayan uyuşmazlık taraflarının feragat hakkının ortadan kalkacağına işaret edilmiştir.

### III. TÜRK HUKUKUNDA HAKEM KARARLARINA KARŞI İTİRAZ HAKKINDAN FERAGAT İMKÂNI

#### A. Milletlerarası Tahkim Kanununda İptal Davası Açma Hakkından Feragat

##### 1.Genel Olarak

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15.maddesine göre, "taraflar, iptal davası açma hakkından kısmen veya tamamen feragat edebilirler." 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu<sup>57</sup> ile getirilen bu önemli yenilik uyuşmazlık taraflarına, hakem kararlarına karşı kanun yoluna başvurma hakkından vazgeçme konusunda bir serbesti tanımıştır<sup>58</sup>.

Taraflar, yapacakları feragat ile verilen hakem kararlarının kesin, doğrudan uygulanabilen nitelikte ve verildiği andan itibaren iptal davası açmaksızın bağlayıcı olacağı hususunu kabul edebilirler. Bu çerçevede verilen hakem kararları, iptal davası açma süresini beklemeye gerek olmaksızın hüküm anından itibaren icrai nitelik kazanır. Anlaşmazlık ise, belirli bir zaman kesiti içinde çözümlenmiş olur<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> WIPO, Art.60: "A party which knows that any provision of these Rules, any requirement under the Arbitration Agreement, or any direction given by the Tribunal, has not been complied with, and yet proceeds with the arbitration without promptly recording an objection to such non-compliance, shall be deemed to have waived its right to object."

<sup>57</sup> Bundan sonra MTK olarak anılacaktır.

<sup>58</sup> Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2020, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, s.263; Caner Bulur, "Milletlerarası Hakem Kararlarına Karşı İptal Davası", İzmir 2004, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.99.

<sup>59</sup> Akıncı, Milletlerarası Tahkim, 263; Bulur, İptal Davası, s.100.

İptal davası açmaktan feragat edilmesi, kısmen veya tamamen olabilir. İptal davası açmaktan “tamamen” feragat edilmesi, tarafların hakem kararlarına karşı iptal davası prosedürünü hiçbir şekilde başlatamayacakları anlamındadır. “Kısmen” feragat etme ise, tarafların bir veya bir kaç iptal sebebinden dolayı iptal davası açma hakkından feragat edebilmesidir. Bu durumda, feragat edilmeyen kısım için iptal sebepleri dâhilinde bir iptal davası açılabilir.

Kısmen veya tamamen yapılan feragat, başlangıçta akdedilen tahkim sözleşmesine konulan bir hükümlerle olabileceği gibi, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümü esnasında iptal davası açma hakkı bakımından da gündeme gelebilir. Her ne kadar MTK m.15 hükmüyle, feragatin hangi süre dâhilinde yapılabileceği konusunda açık bir düzenleme getirilmemiş, sadece iptal davası açma hakkından kısmen veya tamamen feragat edilebileceği düzenlenmiş olsa da, her iki durumun feragat hakkını kullanmaya elverişli olduğu yönünde yorumlamak gerekir<sup>60</sup>. Burada önem arz eden ve öncelikle tartışılması gereken nokta, iptal davası açma hakkından feragat edilmesine ilişkin anlaşmanın geçerliliğidir.

## **2.İptal Davası Açma Hakkından Feragat Hususundaki Anlaşmanın Geçerliliği**

### **a. Feragatin Açık Bir İrade Beyanıyla Yapılması Gerekliliği**

İptal davası açma hakkından feragat edilmesine ilişkin taraf anlaşmasının geçerli olabilmesi, MTK'nın 15.maddesinde tarafların, “...*tahkim anlaşmasına koyacakları açık bir beyanla veya sonradan yazılı şekilde anlaşmak suretiyle...*” yapılmasına bağlı tutulmuştur. Buna göre, tarafların iptal davasından feragat etmesi için birinci koşul, irade beyanının “açık” olmasıdır. Açık irade beyanı, iradenin belirli bir yönde açığa vurulduğunun yorum yapılmasına gerek kalmaksızın doğrudan anlaşılması halini ifade

<sup>60</sup> Aynı yöndeki görüş için bkz. Akıncı Milletlerarası Tahkim, 266; Ceyda Süral, “Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası”, 2015, Cilt.16, Özel Sayı: 2014, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, Özel Sayı: 2014, s.1387; İrmak Aslan, “Türk Milletlerarası Tahkim Hukukunda Hakem Kararlarının İptali”, Kıbrıs 2012, Doğu Akdeniz Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Araştırma Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.20.

eder<sup>61</sup>. Hakem kararlarının, salt olarak bağlayıcılığını ve kesin hüküm etkisini belirten ifadeler feragat olarak anlaşılabilir<sup>62</sup>. Tarafların iptal davasından feragat hususundaki iradelerinin herhangi bir şüpheye mahal vermeyecek şekilde, doğrudan doğruya anlaşılabilir olması gerekir. Verilen hakem kararının sadece kesin ve bağlayıcı nitelikte olduğunun yazılması ya da hakem kararlarını mutlak suretle bağlayıcı kabul eden hükümlere atıf yapılması yeterli değildir<sup>63</sup>. Yine feragat, örtülü irade beyanıyla da yapılamaz. Örtülü irade beyanı, “iradenin varlığını gösteren davranışı” ifade eder<sup>64</sup>. Eğer, doğrudan doğruya herhangi bir yoruma ihtiyaç göstermeksizin hakem kararlarına karşı kanun yollarına başvuru haklarından feragat anlaşılıyorsa örtülü bir feragat beyanından bahsedilir. Ancak feragat konusunda, tarafların hakem kararlarına karşı iptal davası açmaktan feragat konusundaki iradelerinin ne zaman açık veya ne zaman örtülü olacağı konusunda herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Kanaatimizce, geçerli bir feragatin yapılması, feragatin doğrudan doğruya anlaşılabilir olmasına bağlıdır. Bu açıklık, feragatin şüpheye yer vermeyecek şekilde yapılmasını gerektirir. Bu doğrultuda, açık irade beyanının yazılı olarak ifade edilmesiyle kesinlik sağlanabilir. Tahkim sözleşmesinde, hakem kararlarının kesin ve bağlayıcı etkisinin kararlaştırıldığına ve hakem kararlarına karşı kanun yollarına başvuru haklarından feragat ettiklerine dair sözleşme hükmü koyulabilir. Tahkim sözleşmesine eklenecek açık bir feragat klozunun eklenmesi, feragatin geçerliliğini mümkün kılabilir.

---

<sup>61</sup> Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme*, 2017, Yenilenmiş, Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Bası.'dan 7. Tıpkı Bası., İstanbul, Filiz Kitabevi, s.143. Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2020, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 17. Bası, Beta, s. 42; Andreas von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, (Çev. Cevat Edege), 1983, Cilt 1-2, Yargıtay Yayınları, s.149.

<sup>62</sup> Cemal Şanlı, “Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları”, 2019, 7.Bası, Beta, s. 350-351.

<sup>63</sup> Süral, *Hakem Kararlarının İcrası*, s.1387.

<sup>64</sup> Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2017, 22. Bası, Yetkin Yayınları, s.135; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş*, s.144 vd; Nomer, *Genel Hükümler*, s.42 vd.

### **b. Feragat Anlaşmasının Yazılı Olma Gerekliliği**

İkinci koşul, iptal davasından feragat hususundaki anlaşmanın yazılı olmasıdır. Kanun, hakem kararlarına karşı iptal davası açma hakkından feragat etme söz konusu ise, feragat beyanının yazılı olarak bildirileceğini düzenlemiştir. Ancak belirtilmelidir ki, tarafların akdedilen tahkim anlaşmaları çerçevesinde iptal davasından feragat edileceğini kararlaştırmaları durumunda, tahkim şartı veya sözleşmeleri<sup>65</sup> zaten yazılı şekle tabi olduğu için, feragat beyanı da aynı şekle tabi olarak iletilecektir. “Yazılı şekil şartı” konusundaki referans noktası, MTK’nın 4.maddesi olmalıdır. Buna göre, geçerli bir tahkim sözleşmesinin varlığı, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlı tutulmuştur<sup>66</sup>.

### **3. Milletlerarası Tahkim Kanununda Öngörülen Sınırlamaların İptal Davası Açma Hakkından Feragat Bağlamındaki Rolü**

#### **a. Henüz Doğmamış bir Hakkın Doğumundan Önce Feragat ve MTK Kapsamındaki Sınırlamalar Çerçevesinde Değerlendirilmesi**

Taraflardan birinin, tahkim yargılaması sürecinde iptal davası açma hakkından feragat etmesi, bir hakkın doğumundan önce feragatin mümkün olup olmadığı sorusunu gündeme getirir. Türk hukukunda,

---

<sup>65</sup> MTK m.4/1: “Tahkim anlaşması, tarafların, sözleşmeden kaynaklınsın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyumsuzlukların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır. Tahkim anlaşması, asıl sözleşmeye konan tahkim şartı veya ayrı bir sözleşme ile yapılabilir.”

<sup>66</sup> MTK m.4/2: “Tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, telek, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması gerekir. Asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır.”

Medeni Kanunumuzun 23.maddesi uyarınca; “...kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz...”. Hükümün, yalnızca hak ve fiil ehliyetine yönelik özgürlüklere ilişkin değil, aynı zamanda kişilik haklarına ilişkin temel bir hüküm niteliğinde olduğu dikkate alındığında, bir haktan feragat de dahil olmak üzere kişilik haklarının konu olduğu her hukuki işlemin sınırı bu temel hüküm esas alınarak belirlenecek ve doğmamış bir haktan feragat edilmeyeceği temel olarak kabul edilebilecektir<sup>67</sup>. Benzer bir şekilde HMK'nın 349.maddesi doğrultusunda da, “istinaf yoluna başvurma hakkından feragat” edilme konusu düzenlenmiş; davanın taraflarının istinaf yoluna başvurma hakkından feragat edebilmeleri için, ilâmın kendilerine tebliğ edilmiş olması koşulu öngörülmüştür. Bu düzenlemeyle de, bir hak doğmadan önce haktan feragat edilemeyeceği, yani vazgeçilemeyeceğinin kabul edildiği söylenebilir<sup>68</sup>. Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamındaki tahkim yargılamalarında da kanunda, ileride detaylıca açıklayacağımız MTK'daki düzenlemede olduğu gibi açık bir hüküm ile düzenlenmediği için iptal davası açma hakkından peşinen feragat edilmesi HMK anlamında da mümkün değildir<sup>69</sup>.

Bunun yanında, Yargıtay'ın farklı tarihlerde verdiği kararlarında da, bir haktan peşinen vazgeçilemeyeceği, hakkın doğumundan önce feragatin mümkün olmadığı kabul edilmiştir<sup>70</sup>. Nitekim, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 1997 yılında verdiği kararda, “...doğmamış haktan peşinen

---

<sup>67</sup> İbrahim Ercan/İbrahim Özbay, “Medeni Usul Hukukunda Kanun Yollarından Feragat”, EÜHFD, C.X, S.3-4, 2006, dpn.41.

<sup>68</sup> HMK m.349; “(1) Taraflar, ilâmın kendilerine tebliğinden önce, istinaf yoluna başvurma hakkından feragat edemez. (2) Başvuru yapıldıktan sonra feragat edilirse, dosya bölge adliye mahkemesine gönderilmez ve kararı veren mahkemeye başvurunun reddine karar verilir. Dosya, bölge adliye mahkemesine gönderilmiş ve henüz karara bağlanmamış ise başvuru feragat nedeniyle reddolunur.”

<sup>69</sup> Hakan Pekcanitez, “Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanun'unun Tahkime İlişkin Hükümleri”, IX. Milletlerarası Tahkim Semineri, ICC Türkiye, s.81; Mesut Aygün, Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarına Karşı İptal Yolu, Medeni Usul Hukuku ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2007, s. 686.

<sup>70</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2004/6611, K.2004/14120, T.11.10.2004; Yargıtay

*feragat edilemeyeceği yolundaki evrensel hukuk ilkesi gözden kaçırılarak....dava hakkında feragat...*” edilmesinin doğru bulunmadığına hükmedilmiştir<sup>71</sup>. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 1993 yılında verdiği bir kararda ise, doğmamış haktan feragatin hukuki sonuç doğurmayacağı belirtilmiştir<sup>72</sup>.

MTK’nın 15.maddesinde ise, doğmamış haktan feragat edilemez prensibine istisnai bir düzenleme getirilerek, milletlerarası ticari ilişkilerin kolaylaştırılması ve ticari ihtiyaçların karşılanması amacı doğrultusunda<sup>73</sup>, kısmen veya tamamen iptal davasından feragat edilmesi her somut uyuşmazlık bakımından koşulsuz bir şekilde düzenlenmemiş, bir takım sınırlamalara tabi tutulmuştur<sup>74</sup>. İlgili madde hükmünde yer alan ilk sınırlama; “...yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye dışında bulunan taraflar...” hakkındadır. Ancak söz konusu kişiler, MTK kapsamında iptal davasından feragat edebilecek kişiler arasında kabul edilmiştir. Benzer bir düzenleme İsviçre Milletlerarası Hukuk Kanununun 192.maddesinde<sup>75</sup> yer almaktadır. Burada yer alan düzenlemeye göre de,

---

15. Hukuk Dairesi, E.2006/1819, K.2007/2112, T.04.04.2007; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E.2003/1076, K.2003/2320, T.24.02.2003; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E.2003/14034, K.2003/13734, T. 09.09.2003; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2016/20800, K. 2016/21631, T.06.12.2016; Yargıtay HGK, E.2013/8-185 E., K.2013/1601, T.21.09.2012.

<sup>71</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E.1997/4264, K.1997/7002, T. 14.10.1997.

<sup>72</sup> Yargıtay HGK, E.1992/16-759, K.1993/132, T. 31.03.1993.

<sup>73</sup> Maxi Scherer/ Linsa Silberman, Limits to party Autonomy at the Post Award Stage, Limits to party Autonomy in International Commercial Arbitration, Ed. By. Franco Ferrari, Juris, 2016, s.441 vd.

<sup>74</sup> Önceden feragat imkânıyla hakem kararının verildiği zamanda, iptal davası açmak için öngörülen 30 günlük süre olmaksızın kararın icra edilebilir olacağı ve dolayısıyla uyuşmazlığın daha hızlı bir şekilde çözümlenmesine hizmet edeceği yönünde bkz. Akıncı, Tahkim, s.263.

<sup>75</sup> PILA Art.192: “(1) If none of the parties have their domicile, their habitual residence, or a business establishment in Switzerland, they may, by an express statement in the arbitration agreement or by a subsequent written agreement, waive fully the action for annulment or they may limit it to one or several of the grounds listed in Article 190(2).

ancak yerleşim yeri veya mutad meskeni ya da işyeri İsviçre dışında bulunan taraflar hakem kararlarına karşı kanun yollarına başvurma haklarından feragat edebilirler<sup>76</sup>. Ancak, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun 192. maddesi hükmü uyarınca, taraflardan birinin ya da her ikisinin de yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri İsviçre’de ise, tarafların iptal davası açma hakkından peşinen feragat etme imkanı bulunmaz. Bunun nedeni ise, hükmün emredici niteliğinden kaynaklanır. Aksi bir durum İsviçre kamu düzenine aykırılık oluşturur<sup>77</sup>.

Türk hukuku bağlamında MTK’da yer alan 15.madde hükmü de aynı şekilde, iptal davasından feragat hususundaki iradenin sadece yabancı ülkede yerleşen veya oturan kimselerin kullanabileceği bir hak olduğunu düzenlemiştir; ancak tek taraflı feragatin mümkün olup olmadığı ile buna bağlı olarak, tek bir tarafın yerleşim veya oturma yerinin Türkiye dışında bulunması durumunda ne olacağı konularını tartışmaya açık bırakmıştır.

İptal davası açma hakkından feragat, MTK’nın 15.madde ifadesi çerçevesinde uyuşmazlık taraflarından birinin kullanılabileceği bir hak niteliğinde midir? Tarafların, kısmen veya tamamen iptal davası açma

---

(2) *If the parties have waived fully the action for annulment against the awards and the awards are to be enforced in Switzerland, the New York Convention of 10 June 1958 on the Recognition and Enforcement of foreign Arbitral Awards applies by analogy.*”

<sup>76</sup> İsviçre Tahkim Birliği (“ASA”)’nin 192.madde hakkındaki yorumuna göre, feragat hakkındaki bu sınırlamalar İsviçre Yüksek Mahkemesinin iş yükünün azaltılması amacıyla konulmuş ancak tamamen çağ dışı bir hükümdür. Bkz. (Çevrimiçi), <https://www.arbitration-ch.org/asset/b8e06a96acaa7fccd3dd2262e4b5b31f/ASA%20Comments%20Chapter%2012%20PILA.pdf>, (06.01.2019), s.20.

<sup>77</sup> Kemal Dayınlarlı, “4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu Usulünde İptal Davası Açma Hakkından Peşinen Vazgeçme Mümkün Müdür?”, s.4, (Çevrimiçi), <https://www.dayinlarli.gen.tr/wp-content/uploads/2018/03/4686-sayili-milletlerarasi-tahkim-kanunu.pdf>, (18.04.2022)’den naklen, Bernard Dutoit, International Privé Suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, Bale et Francfort-sur-le-Main 1996, s.514.

hakkından feragat etmeleri, tarafların mutlak şekilde birlikte kullanacakları bir hak niteliğinde olmalıdır. Maddenin “taraflar” kelimesi ile ilgili ifadesi, feragatin bir sözleşme ile yapılabileceği olarak anlaşılmalı, taraflardan herhangi biri tarafından iptal davası açmadan feragat edilebileceği ekseninde yorumlanmamalıdır. Kanaatimizce, iptal davası açma hakkından tek taraflı feragat, hakem kararlarının bağlayıcılığı yönünden pratik anlamda bir sonuç doğurmaz. Çünkü hakem kararlarının doğrudan uygulanabilen niteliğinin kabulü her iki tarafın karşılıklı rızası ile mümkün olur. İşte bu nedenle feragat hakkı her iki tarafın birlikte kullanabileceği bir hak olarak kabul edilmelidir. Taraflar, iptal davası açmadan feragat hususunu, tahkim şartı ya da önceden akdedilen bir tahkim sözleşmesinde belirtebilirler. Bunun yanında, sonradan yapacakları bir anlaşma ile de iptal davası açmaktan feragat edebilmeleri mümkündür.

İptal davası açma hakkından feragat edebilecek olan kişilerin, sadece yerleşim veya olağan oturma yerleri Türkiye dışında olan taraflar olacağı düzenlenmiştir. İptal davası açmadan feragat ilişkin MTK’da yer alan bu sınırlama tek bir uyuşmazlık tarafı için mi öngörülmüştür? İptal davası açma hakkından tek başına feragat edilmesi pratik anlamda bir sonuç vermeyeceği için, feragat beyanında bulunan her iki tarafın da yerleşim veya olağan oturma yerinin Türkiye’de bulunmaması gerekir. Bu kapsamda, her bir tarafın yerleşim veya olağan oturma yeri dikkate alınacaktır. Yerleşim veya olağan oturma yeri Türkiye’de bulunan tarafların, hakem kararlarının mahiyetini kesin ve doğrudan uygulanabilen nitelikte olduğunun, kanun nezdinde tarafların açık iradesi göz ardı edilerek kabul edilmemesi ve buna bağlı olarak Türk mahkemelerinin hakem kararlarını denetleyebilmesi feragat açısından kabul edilmemelidir. Böyle bir durumda, uyuşmazlık taraflarının karşılıklı feragat iradesi göz ardı edilmiş olur. Yapılan feragat anlaşması, irade serbestisi kapsamında kabul edilmeli ve yerleşim ya da olağan oturma yerlerinin Türkiye’de bulunmasına bakılmaksızın, taraflar iptal davasından feragat edebilmelidirler.

MTK’nın 15.maddesi, iptal davası açma hakkından feragat edilmesinin yanında, feragatin mümkün olmadığı iptal sebeplerini de düzenlemiştir. Bu sebeplerin varlığı, hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınmakla birlikte, tek tarafın veya her iki tarafın feragat etmesi önemsizdir. Zira, tarafların iptal davası prosedürünü başlatma iradeleri kanunen



geçersiz kılınmıştır. Hükmün ikinci bendinin a ve b bentlerine göre, "...a) Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı...b) Kararın kamu düzenine aykırı olduğu"<sup>78</sup>...” hal-lerde hakem kararı iptal edilir. İptal davası açmaktan feragat edilen hal-lerde, hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin belgenin verilmesi, MTK'nın söz konusu alt bentleri uyarınca hakim tarafından kendiliğinden gözetilir.

### **B. Hukuk Muhakemeleri Kanununda İtiraz Hakkından Feragat**

Türk hukukunda milli tahkime<sup>79</sup> konu olan uyuşmazlıklarda, itiraz etme hakkından feragat<sup>80</sup>, HMK'nın 409.maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre,

*“Tarafların aksini kararlaştırabilecekleri bir hükme veya tahkim sözleşmesine uyulmaz ise ilgili taraf bu aykırılığa itiraz edebilir. İlgili taraf, aykırılığı öğrendiği tarihten itibaren iki hafta veya hakemlerin bu konuda kararlaştırdıkları süre içinde itiraz etmeden tahkime devam ederse, itiraz hakkından feragat etmiş sayılır.”*

---

<sup>78</sup> Kararın kamu düzenine aykırılığının tespitinde, verilen hakem kararının uygulanması ile ortaya çıkan sonuç dikkate alınarak bir belirleme yapılmalıdır. Kamu düzeni kriteri hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Cemal Şanlı/Emre Esen/İnci Ataman Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2020, 8. Bası, Vedat Kitapçılık, s.653 vd; Aysel Çelikel/Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2020, 16. Bası, Beta, s.752 vd.

<sup>79</sup> Milli tahkim için bkz. HMK m. 407:“(1) Bu Kısımda yer alan hükümler, 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır.”

<sup>80</sup> İtiraz hakkından feragat kuralının kaynağını, Roma hukukundaki “contra factum proprium”, Anglo-Amerikan hukukunda ise “estoppel” ilkeleri oluşturur. Bu ilkelere göre, uyuşmazlık taraflarının bildiği veya bilmesi gerektiği usule ilişkin itirazların ileri sürülmesi birer yükümlülüktür, bunların yerine getirilmemesi itiraz hakkından feragat edildiği sonucunu doğurur. Bkz. Hakan Pekcanitez/Ali Yeşilirmak, Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2017, 15. Bası, Oniki Levha Yayıncılık 2017, s.2617.

Hüküm, itiraz hakkını tahkim yargılamasına uygulanacak emredici olmayan kurallara<sup>81</sup> veya tahkim sözleşmesinin herhangi bir hükmüne uyulmamasına bağlamıştır. Nitekim ilgili maddenin gerekçesinde, “*maddede, tahkime uygulanacak emredici mahiyette olmayan kurallara veya tahkim sözleşmesinin herhangi bir hükmüne, tahkim yargılaması esnasında uyulmaz ise ilgili tarafa bu aykırılığa itiraz etme hakkı...*” tanındığı belirtilmiştir<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> Emredici kurallara uyulmaması halinde de itiraz hakkının mevcut olduğuna ilişkin açıklamalar hakkında bkz. Pekcanitez, Yeşilirmak, (n.66) , dpn.63’ den naklen Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2014, Yetkin Yayınları, s.1188-1189.

<sup>82</sup> Aynı yönde bkz. Nuray Ekşi, Hukuk Muhakemeleri Kanununda Tahkim, 2013, Beta, s.200; Pekcanitez’e göre, bahsedilen hüküm ve şartlar emredici nitelikte değildir. Bunun nedeni, itiraz hakkından feragatin, aykırılığın öğrenildiği tarihten itibaren iki haftalık bir itiraz süresi öngörülmesidir. Eğer hüküm, emredici nitelikte olsaydı, itiraz bir süre sınırına bağlı olmaksızın her zaman yapılabilirdi. Bkz. Pekcanitez, Yeşilirmak, Usul, s.2616; Bu sürenin hakemlerin kararlaştırdığı bir süre olarak belirlenmesi de mümkündür. Ancak her hâlükârda, belirlenen süre makul olmalı ve iyiniyet prensibine aykırı olmamalıdır. Kanunen veya hakemlerce belirlenen süreye uyulmaması itiraz hakkının kaybına yol açar, bu yönü itibariyle öngörülen süre hak düşürücüdür. açıklamalar için bkz. Mustafa Kılıçoğlu, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, İstanbul 2012, Legal, s.1453; Ömer Uğur Gençcan, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu, Ankara 2013, Yetkin Yayınları, s.1353. Benzer bir düzenleme, 2013 tarihli Avusturya Tahkim Kanununda (“SchiedsRÄG”) yer almaktadır. Kanunun 579. maddesine göre, kanun hükümlerinin ihlal edilmesi veya tahkim sözleşmesinin gereklerinin henüz yerine getirilmemesine rağmen, tahkim yargılamasına itiraz etmeksizin katılan uyuşmazlık tarafı, itiraz etme hakkından feragat etmiş sayılır. SchiedsRÄG 2013 § 579: “*Hat das Schiedsgericht einer Verfahrensbestimmung dieses Abschnitts, von der die Parteien abweichen können, oder einem vereinbarten Verfahrenserfordernis des Schiedsverfahrens nicht entsprochen, so kann eine Partei den Mangel später nicht mehr geltend machen, wenn sie ihn nicht unverzüglich ab Kenntnis oder innerhalb der dafür vorgesehenen Frist gerügt hat.*” Avusturya Tahkim Kanunu ile ilgili detaylı açıklamalar hakkında bkz. Manfred Heider/Alice Fremuth –Wolf, “Vienna International Arbitral Centre (VIAC)”, (Ed. Joe Tirado), International Arbitration, 2015, 2. Bası., Global Legal Group, s.26-37; Stefan Riegler/Alexander Petsche/

HMK’da yer alan itiraz hakkından feragat, hükmü hakemlerin verdiği karara istinaden bir üst yola başvurma hakkından feragati mi, yoksa taraflarca tahkim yargılamasına aykırı taraf davranışına karşı yapılan itirazı mı ifade etmektedir? Her ne kadar ilgili madde hükmü, hakem kararlarına karşı itiraz hakkından feragat etmiş sayılacağını açık bir ifade ile belirtmemiş olsa da, bunun hakem kararları için de HMK’nun 439.madde hükmüne kıyasen iptal davası açmaktan feragat edileceğine ilişkin bir üst kavram altında düzenlendiğini kabul etmek gerekir<sup>83</sup>. Diğer yandan, tahkim sözleşmesine uymayan bir uyuşmazlık tarafı olsa dahi, tahkim yargılamalarında aslolan unsurun irade serbestisi olduğu unutulmamalıdır. Her şeyden önce, HMK kapsamında iptal davası açmaktan feragat edilemeyeceğinin kabulü, tarafların menfaati ile ters düşer. Bu nedenle, tahkim yargılamaları bakımından, tahkim sözleşmesine<sup>84</sup> koyulacak bir hüküm veya daha sonradan akdedilecek ayrı bir sözleşme ile hakem kararlarına karşı iptal davası açma hakkından feragat edebileceği kabul edilmelidir

#### IV. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI İŞİĞİNDE HAKEM KARARLARINA KARŞI İTİRAZ HAKKINDAN FERAGAT İMKANI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi<sup>85</sup>, “Hakansson and Stureson v. Sweden<sup>86</sup>” davasında, tarafların hakem kararlarına karşı itiraz haklarını

---

Alice Freumuth-Wolf/ Christoph Liebscher, „**Arbitration Law of Austria: Practice and Procedure**”, 2007, New York, Juris Publishing Inc., s.31-38.

<sup>83</sup> Taraflar, ilgili maddeye göre, hakem kararlarına karşı yalnızca iptal davası açabilir. HMK m.439/1: “*Hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilir. İptal davası, tahkim yeri bölge adliye mahkemesinde açılır; öncelikle ve ivedilikle görülür...*”

<sup>84</sup> HMK m.412/1:“*Tahkim sözleşmesi, tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümü için hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır.*”

<sup>85</sup> Bundan böyle “AİHM” olarak anılacaktır.

<sup>86</sup> “Hakansson and Stureson. v. Sweden” (Application no. 11855/85); Karar

dan önceden yapacakları bir anlaşma ile feragat edebileceğini, ancak geçerli bir feragatin bazı özelliklere tabi olarak yapılabileceğini belirtmiştir. Bu karara göre, geçerli bir feragatin yapılması öncelikle her iki tarafın feragat gösterdikleri rızaya, bu rızalarının açık ve hukuka uygun olması kriterlerine bağlıdır. Bunun yanında, yapılan feragatin, kamu düzenini ihlal etmemesi gerektiği vurgulanmıştır<sup>87</sup>.

AİHM 2016 tarihli "Tabbane v. İsviçre" davasında, hakem kararlarına karşı itiraz hakkından feragati ilk defa AİHS'in 6/1 maddesi kapsamında değerlendirmiş ve önceden yapılan bu tür feragatin adil yargılanma hakkına aykırı olabileceği kanaatine varmıştır<sup>88</sup>.

2 Temmuz 2012 tarihinde İsviçre Temyiz Mahkemesi'nin verdiği karar üzerine AİHM'e taşınan bu uyuşmazlık hakkında temyiz mahkemesi, "hakem kararlarının nihai ve bağlayıcı olacağı, hiçbir tarafın verilen hakem kararlarına karşı kanun yollarına başvurmayacağı" hükmünü içeren anlaşmanın, geçerli olduğunu ve hakem kararlarına karşı her türlü başvuru hakkından feragatin yapılabileceğine hükmetmiştir<sup>89</sup>.

---

metni için bkz. (Çevrimiçi), <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-45462&filename=001-45462.pdf&TID=ihgdqbxnfi>, (04.01.2019).

<sup>87</sup> Niek Peters, "The Fundamentals of International Commercial Arbitrations", 2017, Maklu, s.31; Catherine Kunz, „Waiver of Right to Challenge an International Arbitral Award is not Incompatible with WCHR: Tabbane V Switzerland", 2016, European International Arbitration Review 2016, s.125 vd.

<sup>88</sup> Karar hakkında bkz. [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{"itemid":\["003-5335030-6651343"\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{), (15.12.2018). Karar hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Nathalie Voser/Any George, ECtHR: "Waiver of Recourse Against International Arbitral Award Not Incompatible with ECHR", <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/03/31/ecthr-waiver-of-recourse-against-international-arbitral-award-not-incompatible-with-echr/>, (15.12.2018).

<sup>89</sup> Sebastiano Nessi, "Arbitration, Human Rights and Due Process: Recent Developments in Switzerland", 2016, Thomson Reuters Arbitration Blog, (Çevrimiçi), <http://arbitrationblog.practicallaw.com/arbitration-human-rights-and-due-process-recent-developments-in-switzerland/>, (04.01.2019).

AİHM ise, feragatin yasal ve açık bir şekilde yapılması gerektiğini ancak hakem kararlarına karşı kanun yollarına başvuru hakkından tarafların önceden feragat etmelerinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin<sup>90</sup> 6/1.maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı ile bağdaşmadığına hükmetmiştir. Verilen 1 Mart 2016 tarihli kararda AİHM, ilk defa AİHS m.6/1 çerçevesinde mahkemelere erişim hakkının mutlak olmadığını, akit devletlerin bu hakkı bir dereceye kadar meşru amaçlar doğrultusunda sınırlandırabileceğini belirtmiştir<sup>91</sup>. AİHM'e göre bu anlamda mahkemeye başvuru, milli mahkemelere başvuru anlamında anlaşılması da şart değildir<sup>92</sup>.

Taraflar, uyuşmazlığın çözümü için devlet mahkemeleri yerine tahkim yargılamasını, daha önce "Deweer v. Belgium"<sup>93</sup> ve "Osmo Swovaniemi and Others v. Finland"<sup>94</sup> davalarında da belirtildiği üzere, AİHS m.6/1 hükmüne aykırılık oluşturmaksızın tercih edebilirler<sup>95</sup>. Bu davalarda, eğer ilgili haktan feragat, açık ve şüpheye yer bırakmayacak bir şekilde, haktan feragat imkanını kullanan tarafa yine feragat edilen hak ile orantılı asgari güvenceler sunulması halinde yapılabileceği belirtilmiştir<sup>96</sup>.

---

<sup>90</sup> Bundan böyle "AİHS" olarak anılacaktır.

<sup>91</sup> Tabbane v. Switzerland, para.24.

<sup>92</sup> Tabbane v. Switzerland, para.25.

<sup>93</sup> AİHM, Deweer'in talebini, bu konuda AİHS çerçevesinde gereken tüm güvencelerin sağlandığı adil bir yargılamadan feragat etmesi, adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmiştir. Mahkeme, adil yargılanma hakkına ilişkin AİHS 6/2. Maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Bkz. Deweer v. Belgium, Application no. 6903/75, para.54.

<sup>94</sup> Mahkeme yaptığı değerlendirmede, taraflardan birinin feragatini, adil yargılanma hakkı kapsamında bir ilke olarak kabul edilebilir bulmuştur. Bkz. Suovaniemi and Others v. Finland, Application no. 31737/96.

<sup>95</sup> Tabbane v. Switzerland, para.25.

<sup>96</sup> Bkz. Suovaniemi and Others v. Finland; "According to the Convention organs' established case-law, the waiver of a right guaranteed by the Convention - insofar as it is

Ancak somut uyuşmazlıkta AİHM'e göre öncelikle "Tabbane v. Switzerland" davasının konusunu oluşturan uyuşmazlıkta, sözleşme serbestisi çerçevesinde gönüllü olarak feragate yönelik bir tahkim klozu koyularak AİHS m.6/1'in sağladığı garanti niteliğindeki hükme ilişkin haklarından mahrum kalınması tercih edilmiştir. Tabbane ise, yaptığı AİHM başvurusunda, PILA 192/1. Maddenin AİHS'in 6/1.maddesi ile uyumlu olmadığı iddiasında bulunmuştur.

Mahkeme burada, birkaç farklı noktadan incelemeler yapmıştır: Bunlardan ilki, tahkim yargılamasının devlet mahkemelerine erişim hakkının istisnası olduğunun değerlendirmesidir. Bu kapsamda AİHM, mahkemeye erişim hakkının, salt olarak devlet mahkemesine erişim hakkı anlamına gelmediğini belirtmiştir. Bunun bir sonucu olarak ise, tarafların uyuşmazlıklarının çözümünde devlet yargısına başvurma hakkından, tahkim lehine feragat etmeleri adil yargılanma hakkının ihlaline sebebiyet veren bir konu olarak değerlendirilmemiştir<sup>97</sup>. Buna ek olarak mahkeme, yaptığı ilk değerlendirmede adil yargılanma hakkını ihtiyari tahkim bakımından tarafların her zaman AİHS tarafından güvence altına alınan haklarından, tarafların bu yöndeki özgür iradeleri dahilinde ise feragat etme hakkına sahip olduklarını belirtmiştir.

İkinci değerlendirme ise, hakem kararlarına karşı itiraz hakkından feragatin açık ve anlaşılır olup olmadığının değerlendirilmesidir. Mahkeme, bu değerlendirmenin sonucunda *hiçbir tarafın hakem kararlarına karşı kanun yollarına başvuramayacağı*" ifadesini taşıyan tahkim klozunun, feragatin açık bir şekilde yapıldığı kanaatine varmıştır<sup>98</sup>. AİHM, feragatin

---

*permissible - must be established in an unequivocal manner (see, Eur. Court HR, Oberschlick v. Austria judgment of 23 May 1991, Series A no. 204, p. 23, §51, and Pfeifer and Plankl v. Austria judgment of 25 February 1992, Series A no. 227, p. 16, § 37). Moreover, in the case of procedural rights a waiver, in order to be effective for Convention purposes, requires minimum guarantees commensurate to its importance."*

<sup>97</sup> Tabbane v. Switzerland, para.49; Benzer bir şekilde bkz. Deweer v. Belgium, para.49.

<sup>98</sup> Tabbane v. Switzerland, para.30.

önemi ile orantılı bir şekilde yapılan tahkim yargılamasında asgari güvencelerin sağlandığını tespit etmiştir<sup>99</sup>.

Üçüncü olarak mahkemenin uyuşmazlığı incelediği diğer bir nokta, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (“PILA”)’nın 192.maddesinin<sup>100</sup>, AİHS m.6/1 ile uyumlu olup olmadığı hususudur. AİHM, hakem kararlarına karşı kanun yollarına başvuruya ilişkin 192.maddede yer alan sınırlamaların, İsviçreli kanun koyucu tarafından meşru bir amaç doğrultusunda, PILA’nın daha esnek ve hızlı prosedürlere sahip olması ve tercih edilen bir tahkim yeri merkezi haline getirilmesi amacıyla koyulduğu kanaatine varmıştır. Mahkemenin yapmış olduğu tüm bu değerlendirmeler, belirtilen davalarda geliştirilen içtihatlardan farklı olarak ilk defa, adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmiş ve feragate ilişkin klotun AİHS m.6/1 ile uygunluğu incelenmiştir. Mahkeme bakımından hakem kararlarının bağlayıcı etkisinin önceden kabulüne ilişkin feragate anlaşmalarının geçerliliği; tarafların feragati özgür iradeleri dâhilinde, kanuna uygun ve açık yapmış olmalarına bağlıdır. Bu düşünceler ışığında AİHM, PILA’nın 192. maddesinde yer alan mahkemeye erişim hakkının kısıtlanmasının, tarafların sözleşme özgürlüğüne saygı gösteren esnek prosedürlere sahip bir düzenleme olduğuna karar vermiştir. Diğer

---

<sup>99</sup> Mahkeme, başvuranın tahkim yeri olarak Cenevre’ye rıza göstermesi, seçtiği hakemin atanmış olması olgularının yanında yargılama sürecinin başvuranın argümanlarının dinlendiği ve usulüne uygun şekilde yürütülen bir süreç olmasını göz önüne almıştır. Verilen kararın gerekçeli olması, uyuşmazlıkla ilgili tüm konuların dikkate alınması da asgari güvencelerin sağlandığı hususunda AİHM kararında etkili olmuştur. Bkz. *Tabbane v. Switzerland*, para.31.

<sup>100</sup> PILA Art.192: “(1) *If none of the parties have their domicile, their habitual residence, or a business establishment in Switzerland, they may, by an express statement in the arbitration agreement or by a subsequent written agreement, waive fully the action for annulment or they may limit it to one or several of the grounds listed in Article 190(2).*

(2) *If the parties have waived fully the action for annulment against the awards and the awards are to be enforced in Switzerland, the New York Convention of 10 June 1958 on the Recognition and Enforcement of foreign Arbitral Awards applies by analogy.*”

yandan düzenlemenin, tarafların sözleşme özgürlüğü ile orantılı olduğuna karar vermiştir. Sonuç olarak mahkeme, PILA düzenlemesinin Tabbane'nin mahkemeye erişim hakkının özüne zarar vermediğı sonucuna varmıştır<sup>101</sup>.

Bizim görüşümüze göre, burada esas alınması gereken "özgür irade" kriteridir. Her somut uyuşmazlık bakımından tarafların tartışmasız bir şekilde feragat iradelerinin ortaya koyulmasından bahsedilebiliyorsa, feragatle ilişkin tahkim klotu da adil yargılanma hakkına aykırı sayılmamalıdır. Ancak taraflardan herhangi birinin, hakem kararlarına karşı herhangi bir kanun yoluna başvuramayacağına ilişkin açık bir beyana rastlanılmıyorsa, AİHS m.6/1 çerçevesinde yapılan feragat, adil yargılanma hakkına aykırı bulunmalı ve nitekim yapılan anlaşma geçersiz sayılmalıdır.

### **Değerlendirme ve Sonuç**

Çalışmamızın konusunu, tarafların hakem kararlarına karşı itiraz haklarından önceden yapılan bir anlaşma ile feragat etmeleri ve buna bağlı olarak itiraz hakkından feragat edilmiş sayılma sonucunu doğuran davranışlar oluşturmaktadır. İrade serbestisinin asıl olduğu tahkim yargılamaları bakımından, itiraz hakkından feragat edilerek hakem kararlarının kesin ve bağlayıcı etkisinin kabulü, birçok tahkim kuruluşunun kurullarında kabul edilen bir durumdur. Feragat anlaşması olarak tanımlanan bu tasarruf, genel olarak taraflara verilen kararın herhangi bir kanun yoluna müracaat etmeksizin kesinleşmesi ve icra kabiliyeti kazanması sonucunu doğurur.

Hakem kararlarının bir anlaşma ile mutlak suretle uygulanır nitelik kazanması tartışmalı bir konudur. Tarafların, itiraz hakkından feragat etmeleri hususu başta UNCITRAL olmak üzere ICC, LCIA, ICSID, WIPO ve hatta DIS tahkim kurullarında bir anlaşma çerçevesinde yapılması mümkün görülen bir imkândır. Hatta UNCITRAL, 2010 yılındaki revize çalışmalarının sonucunda, hakem kararlarının doğrudan uygulanır nite-

---

<sup>101</sup> Tabbane v. Switzerland, para.36.



liğinin tahkim sözleşmesine konulacak bir şart ile geçerli bir şekilde feragat edilebileceği sürece herhangi kanun yoluna her türlü başvuru hakkından feragat edebileceklerini belirtmiştir.

Çalışmamız kapsamında incelenen tahkim kurumlarının kuralları da UNCITRAL düzenlemesi ile aynı yönde olmakla birlikte, hakem kararlarına karşı itiraz hakkından feragat edilemeyeceği kanaatine varılan mahkeme kararları da mevcuttur. AİHM içtihatlarına konu olmuş 2016 tarihli bir kararda, itiraz hakkından feragat hususu adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmiş ve feragat ilişkili bir anlaşma yapmalarının doğru olmadığına hükmedilmiştir. Bizim görüşümüze göre, tahkim yargılaması gibi iradi serbestinin hakim olduğu bir sürecin adil yargılanma hakkını ihlal etmesi gerekçesiyle mümkün olmadığı kabul edilmelidir. Feragat anlaşmasına bağlı olarak, kanun yollarına başvurulmaması açısından savunma haklarının ihlal edildiği veya taraflardan birinin itiraz hakkından mahrum kaldığını söylemek doğru değildir. Her iki tarafın kendi iradeleri ile akdettikleri bir anlaşma salt olarak adil yargılanma hakkının ihlalini tesis etmez. AİHS m.6/1'in ihlali feragat anlaşması ile değil, tahkim sürecine ve usulüne etki eden savunma haklarına uyulmaması gibi başkaca faktörlerin varlığı halinde adil yargılanma hakkının ihlal edildiğinden bahsedilmesi gerekir. AİHM'in "Tabbane v. İsviçre" davası için de aradığı "özgür irade" kriteri burada esas alınmalıdır. Tarafların eğer, açıkça hakem kararlarına karşı itiraz haklarından feragat ettiklerine ilişkin bir beyana rastlanılabiliyorsa bu durum AİHS m.6/1'de yer alan adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmemeli, ancak açık ve kesin bir ifade bulunmuyorsa adil yargılanma hakkının ihlal edildiği kanaatine varılmalıdır.

Bizim kanaatimize göre, tarafların hakem kararlarının verilme anına yönelik önceden fakat ileriye yönelik yapacakları feragat anlaşmaları, her şeyden önce irade serbestisinin asıl unsur olduğu tahkim yargılamaları bakımından kabul edilmelidir. Aleyhine hakem kararı verilen taraf için, devlet mahkemelerine başvurma hakkından feragat edilmesi, irade serbestisi kapsamında değerlendirilmeli ve savunma hakkından mahrum kalındığı anlamına gelecek şekilde yorumlanmamalıdır. Ancak taraflardan birinin adil olmayan koşullar altında aleyhine bir hakem ka-

rarının verildiği, savunma haklarına veya silahların eşitliği ilkesine uyulmadığı hallerde AİHS m.6 çerçevesinde değerlendirme yapılmalıdır. Akşinin kabulü, tarafların iradeleri hilafına hareket edilmesi anlamına gelir. Hakem kararlarının doğrudan etkisinin kabulü, tahkim yargılama sürecini ihlal eden nitelikte de değildir. İrade serbestisinin bir görünümü olarak feragat anlaşmaları kanaatimizce, tahkim sisteminin özüne uygundur.

Türk hukukunda ise, itiraz hakkından feragat imkânı iki farklı yerde karşımıza çıkmaktadır. Yabancılık unsuru içeren tahkim yargılamalarında MTK'nın 15.maddesine göre, taraflar iptal davası açma hususundan önceden feragat edebilirler. Milli tahkime ilişkin HMK'nın 409.madde hükmünde ise, itiraz hakkından feragat hususu açıkça düzenlenmemiştir. Ancak kanaatimizce, tarafların feragate ilişkin iradelerinin varlığından söz edilebiliyorsa burada da itiraz hakkından feragatin mümkün olduğunu kabul etmek gerekir.

Çalışmamızda feragat anlaşması ile eş zamanlı olarak incelenen diğer bir konu, taraflardan birinin itiraz hakkından feragat edilmiş sayılmasına ilişkindir. Genel olarak, tahkim sürecindeki usule veya karşı uyumsuzluk tarafının uygunsuz davranışlarına belirli bir sürede itiraz etmeyen taraf, itiraz hakkından feragat etmiş sayılır. İyiniyet prensibinin bir görünümü olarak kabul edilen yaptırım niteliğindeki bu hüküm, tahkim sürecine aykırılıkları belirli bir zaman kesiti ile sınırlamış olmaktadır.

## ZUSAMMENFASSUNG

*Die Parteien können auf ihr Widerspruchsrecht gegen Schiedssprüche mit vorheriger Vereinbarung verzichten, oder es kann davon ausgegangen werden, dass sie aufgrund bestimmter Handlungen auf das Widerspruchsrecht verzichtet haben. Aufgrund der in den meisten institutionellen Schiedsverfahren zugrunde gelegten Willensfreiheit wird auf das Widerspruchsrecht verzichtet und dementsprechend die Bindungswirkung der Schiedssprüche ermöglicht. In diesem Zusammenhang hat UNCITRAL erklärt, dass auf das Widerspruchsrecht gegen Schiedssprüche durch eine von den Parteien in der Schiedsvereinbarung zu stellende Bedingung verzichtet werden kann. Der Verzicht auf das Widerspruchsrecht der Parteien wurde nicht nur auf UNCITRAL beschränkt, sondern ist auch zu einer Möglichkeit geworden, die im Rahmen einer Vereinbarung in den Schiedsordnungen institutioneller Schiedsinstitutionen wie ICC, LCIA ICSID WIPO und sogar DIS. In diesem Zusammenhang wird in unserer Studie die Gültigkeit der Vereinbarungen diskutiert, die die Parteien zuvor für die im Ergebnis des Schiedsverfahrens ergangenen Schiedssprüche als verbindlich akzeptiert haben. Während die Regelungen zum Verzicht auf die Berufung auf die Schiedssprüche vor allem auf internationaler Ebene diskutiert werden, werden im letzten Teil unserer Studie die Regelungen zum Verzicht auf die Berufung auf die Schiedssprüche im türkischen Recht, die Verzicht auf Nichtigkeitsklage in Artikel 15 des Internationalen Schiedsgesetzes und in Artikel 409 der Zivilprozessordnung wurden geprüft.*

### KISALTMALAR

ADR: Alternative Dispute Resolution

dpn: dipnot

ÇEV: Çeviren

ICC: International Chamber of Commerce

ICDR: International Centre of Dispute Resolution

para: paragraf

s.: sayfa

vd.: ve devamı

Y.B: Year Book

**KAYNAKÇA**

- AKINCI Ziya: *Milletlerarası Tahkim*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.
- ASLAN Irmak: Türk Milletlerarası Tahkim Hukukunda Hakem Kararlarının İptali, Doğu Akdeniz Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Araştırma Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kıbrıs, 2012.
- AYGÜN Mesut: Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarına Karşı İptal Yolu, Medeni Usul Hukuku ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2007.
- BAİZEAU Domitille: Waiving the Right to Challenge an Arbitral Award Rendered in Switzerland: Caveats and Drafting Considerations for Foreign Parties, *At a Glance: Int. A.L.R.*, 2005.
- BORN Gary: *International Commercial Arbitration*, 2. Bası., Wolters Kluwer Law&Business, 2009.
- BRATIC Catherine : The Parties Hereby Waive All Recouse...but Not That One” Why Parties Adopt Exclusion Agreements and Why Courts Hesitate, (Çevrimiçi),[https://www.ibanet.org/Publications/publications\\_dispute\\_resolution\\_international.aspx](https://www.ibanet.org/Publications/publications_dispute_resolution_international.aspx), (15.12.2018).
- BULUR Caner : Milletlerarası Hakem Kararlarına Karşı İptal Davası, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2004.
- BÜHLER Michael/ JARVİN Sigvard: *Practitioner’s Handbook on International Commercial Arbitration*, 2.Bası, Oxford, 2009.
- CARON David/ CAPLAN Lee: *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, 2. Bası, Oxford University Press, 2006.
- CORDERO-MOS Giuditta : *International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, 2013.
- ÇELİKEL Aysel/ ERDEM Bahadır: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 16. Bası, Beta, 2020.
- DAYINLARLI Kemal: 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu Usulünde İptal Davası Açma Hakkından Peşinen Vazgeçme Mümkün müdür?, (Çevrimiçi), <https://www.dayinlarli.gen.tr/wp-content/uploads/2018/03/4686-sayili-milletlerarasi-tahkim-kanunu.pdf>, (18.04.2022).

- DELAUME Georges: Reflections on the Effectiveness of International Arbitral Awards, *Journal of International Arbitration*, Cilt.12 Sayı.1, 1995.
- DERAINS Yves/ SCHWARTS Eric: *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, Kluwer Law International, 2005.
- EKŞİ Nuray: Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt.67, Sayı.1, 2009.
- EREN Fikret : *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Bası., Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- GAILLARD Emmanuel: Some Notes on the Drafting of ICSID Arbitration Clauses, *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, Cilt.3, Sayı.1, 1988,
- GARCIA Alejandro: *Commentary on WIPO Arbitration Rules*, WIPO ADR, 2017.
- GENÇCAN Ömer Uğur: *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.
- GHARAVI Hamid/ LIEBSCHER Christoph :*The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award*, Kluwer Law International, 2002.
- HEIDER Manfred/ FREMUTH- WOLF Alice: *International Arbitration*, 2. Bası, Global Legal Group, 2015.
- HENDERSON Alastair : *Lex Arbitri, Procedural Law and the Seat of Arbitration*, Singapore Academy of Law Journal, 2014.
- KILIÇOĞLU Mustafa : *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi*, Legal, İstanbul 2012.
- KIRBY Jennifer : *Finality and Arbitral Rules: Saying an Award is Final Does Not Necessarily Make it So*, Sayı.29, *Journal of International Arbitration*, 2012.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip : *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme*, Yenilenmiş, Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Bası'dan 7. Tıpkı Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017.
- KOLUMAN Emre: *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarına İlişkin Hakem Kararlarının İptali*, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2018.

- KUNZ Catherine: Waiver of Right to Challenge an International Arbitral Award is not Incompatible with WCHR: *Tabbane V Switzerland*, *European International Arbitration Review*, 2016.
- NOMER Haluk N. : *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 17. Bası, Beta, İstanbul 2020.
- ÖNAL Ali : Tanıma ve Tenfiz Kararlarının Hukuki Niteliği, *Public and Private International Law Bulletin*, Cilt.37, Sayı.2.
- ÖZEL Sibel : Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması, *MÜHF-HAD*, Cilt.23, Sayı.1, 2017.
- ÖZSUNAY Ergun: *21. Yüzyıl Tahkim Hukukunda Üç Önemli Reform*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- PEKCANİTEZ Hakan: Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanun'unun Tahkime İlişkin Hükümleri, IX. Milletlerarası Tahkim Semineri, ICC Türkiye, 2011.
- PEKCANİTEZ Hakan/ YEŞİLİRMAK Ali: *Medeni Usul Hukuku*, 15. Bası., Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- REINER Andreas/ ASCHAUER Christian: *Institutional Arbitration: A Commentary*, Beck/Hart, 2013.
- REISMAN Michael: The Breakdown of the Control Mechanism in ICSID Arbitration, *Yale Law Faculty Scholarship Series*, Sayı. 874, 1990.
- RIEGLER Stefan/ PETSCHER Alexander/ FREMUTH-WOLF Alice/ LIEBSCHER Christoph: *Arbitration Law of Austria: Practice and Procedure*, New York, Juris Publishing Inc., 2007.
- ROTH Marianne: The Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules, 1 *Y.B. on Int'l Arb.* Sayı.19, 2010.
- ROVINE Arthur: *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, The Fordham Papers, 2007.
- SANDERS Pieter: *UNCITRAL's Project for a Model Law on International Commercial Arbitration*, T.M.C. Asser Instituut, 1984.
- SCHERER Maxi/ SİLBERMANN Lisa: Limits to party Autonomy at the Post Award Stage, Limits to party Autonomy in International Commercial Arbitration, Ed. By. Franco Ferrari, Juris, 2016.

- SCHREUER Christoph: Belated Jurisdictional Objections in ICSID Arbitration, (Çevrimiçi), [https://www.univie.ac.at/int-law/pdf/102\\_bel\\_jurisd\\_obj\\_icsid\\_arb.pdf](https://www.univie.ac.at/int-law/pdf/102_bel_jurisd_obj_icsid_arb.pdf), (12.12.2018).
- SÜRAL Ceyda: Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.16, Özel Sayı: 2014, 2015.
- ŞANLI Cemal : *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 7.Bası, Beta, 2019.
- ŞANLI Cemal/ ESEN Emre/ ATAMAN FİGANMEŞE İnci: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 8. Bası, Vedat Kitapçılık, 2020.
- THEUNE Ulrich : *Institutional Arbitration: A Commentary*, Verlag C.H. Beck, 2013.
- TORUN Yalçın: Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID) Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yolları, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011.
- TURNER Peter/ MOHTASHAMİ Reza : *A Guide to the LCIA Arbitration Rules*, Oxford University Press, 2009.
- UNCITRAL: *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law*, Cilt.XLI, 2010.
- UMAR Bilge: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.
- VARADY Tibor: Waiver in Arbitral Proceedings and Limitations on Waiver, *Annals FLB- Belgrade Law Review*, Sayı.3, LVII, 2009.
- VON TUHR Andreas : *Borçlar Hukuku*, (Çev. Cevat Edege), Cilt.1-2, Yargıtay Yayınları 1983.
- VOSER Nathalie/ GEORGE Anya : ECtHR: Waiver of Recourse Against International Arbitral Award Not Incompatible with ECHR, (Çevrimiçi), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/03/31/ecthr-waiver-of-recourse-against-international-arbitral-award-not-incompatible-with-echr/>, (15.12.2018).
- WEBSTER Thomas/ BUHLER Michael : *Handbook of ICC Arbitration: Commentary*, 2. Bası, Sweet&Maxwell, 2014.

Die Sammlung von Tatsachen und Beweismitteln in Verfahren der  
während des Scheidungsprozesses zu treffenden vorsorglichen  
Maßnahmen

Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Önlemlere İlişkin  
Yargılamalarda  
Vakıaların ve Delillerin Toplanması

Dr. Fatih TAHIROĞLU\*

ÖZ

*Türk Medeni Kanunu'nun 169. maddesine göre, boşanma davası sırasında hâkim gerekli olan, özellikle eşlerin barınması, geçimi, eşlerin mallarının yönetimi ve çocukların bakım ve korunması ile ilgili geçici önlemleri kendiliğinden alır. Söz konusu geçici önlemler, geçici hukukî koruma niteliğindedir. Asıl yargılamada taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu hâllerde, geçici hukukî korumaya ilişkin yargılamada da kural olarak taraflarca getirilme ilkesi geçerli olur. Buna karşılık, asıl yargılamanın re'sen araştırma ilkesine tâbi olduğu durumlarda, geçici hukukî korumaya ilişkin yargılama da re'sen araştırma ilkesine tâbi olur. Türk hukukunda, boşanma davasında taraflarca getirilme ilkesi uygulanır. Ancak bu durum, boşanma davası sırasında alınabilecek geçici önlemlere ilişkin yargılamalarda da taraflarca getirilme ilkesinin uygulanacağı anlamına gelmez. Şöyle ki, geçici önlemlere ilişkin yargılamalarda Türk Medeni Kanunu'nun 169. maddesi gereği re'sen harekete geçme ilkesi geçerlidir. Re'sen araştırma ilkesi ise re'sen harekete geçme ilkesinin tamamlayıcısıdır. Bu nedenle boşanma davası sırasında alınabilecek geçici önlemlere ilişkin yargılamalarda re'sen araştırma ilkesi uygulanır.*

**Anahtar Kelimeler:** *Medenî usûl hukuku, re'sen araştırma ilkesi, taraflarca getirilme ilkesi, vakıalar, deliller, aile hukuku, geçici hukuki korumalar.*

---

\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi. (fatiht@istanbul.edu.tr). ORCID: 0000-0002-6382-4942.



## Gathering Facts and Evidence in The Trials Regarding the Temporary Measures That Can Be Taken in the Divorce Case

### ABSTRACT

*According to Article 169 of the Turkish Civil Code, during the divorce case, the judge ex officio takes the necessary temporary measures regarding the accommodation of the spouses, their livelihood, the management of the spouses' property and the care and protection of the children. These temporary measures are in the nature of temporary legal protection. In cases where the principle of party presentation in the main trial is valid, as a rule, the principle of party presentation applies in the trials regarding temporary legal protection too. Against this, in cases where the principle of ex officio investigation the main trial is valid, the principle of ex officio investigation applies in the trials regarding temporary legal protection too. In Turkish law, the principle of party presentation is applied in the divorce case. However, this does not mean that the principle party presentation will be applied in the proceedings too regarding the temporary measures that can be taken during the divorce case. Namely, in the trials regarding temporary measures, the principle of ex officio investigation is valid as per Article 169 of the Turkish Civil Code. The principle of ex officio investigation is complementary to the principle of ex officio proceedings. Therefore, the principle of ex officio investigation is applied in the trials regarding the temporary measures that can be taken during the divorce case.*

**Keywords:** *Civil procedure law, the principle of ex officio investigation, the principle of party presentation, facts, evidences, family law, temporary legal protections.*

### Einleitung

Der einstweilige Rechtsschutz ist ein dringender gerichtlicher Rechtsschutz, der vorläufig gewährt wird, um die Gefahren abzuwenden, die bis zur Erlangung des Hauptsacherechtsschutzes entstehen können, und der die Verwirklichung des Hauptsacherechtsschutzes sicherstellt<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Zu ähnlichen Definitionen siehe Ejder Yılmaz, *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri*, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, S. 32; Hakan Pekcanıtez, "Milletlerarası

Der einstweilige Rechtsschutz, der als Oberbegriff akzeptiert wird<sup>2</sup>, hat verschiedene Arten. Unter diesen Arten sind die einstweilige Verfügung (Art. 389-399) und die Beweissicherung (Art. 400-405) in der türkischen Zivilprozessordnung geregelt. Neben den genannten Arten des einstweiligen Rechtsschutzes gibt es noch weitere Arten des einstweiligen Rechtsschutzes, die in eigenen Spezialgesetzen geregelt sind. Tatsächlich wird in Art. 406 Abs. 2 der türkischen Zivilprozessordnung ausdrücklich betont, dass die besonderen Bestimmungen anderer Gesetze über den einstweiligen Rechtsschutz vorbehalten bleiben. Die in Art. 169 des türkischen Zivilgesetzbuches geregelten vorsorglichen Maßnahmen, die während des Scheidungsverfahrens ergriffen werden können, gehören auch zu dem durch eine Sonderbestimmung geregelten einstweiligen Rechtsschutz<sup>3</sup>.

Gemäß Art. 169 des türkischen Zivilgesetzbuches trifft der Richter während der Dauer des Scheidungsverfahrens von Amts wegen die

---

Tahkimde Geçici Hukuki Koruma Önlemleri", *Makaleler*, C. I, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2016, S. 781; Evrim Erişir, *Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, S. 5 ff.; Muhammet Özokes, *İcra ve İflâs Hukukunda İhtiyatî Haciz*, Seçkin, Ankara, 1999, S. 36 ff.; Ramazan Arslan, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici Hukuki Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler", *Bankacılar Dergisi*, Özel Sayı, 2013, S. 7 ff.; Cengiz Serhat Konuralp, *İcra ve İflas Hukukunda İhtiyatî Tedbirler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, S. 46; Müjgan Tunç Yücel, *HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyatî Tedbir ve Delil Tespiti*, Seçkin, Ankara, 2013, S. 19 ff.; Mikail Bora Kaplan, *Sınai Mülkiyet Kanunu'nda İhtiyatî Tedbirler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, S. 3-4.

<sup>2</sup> Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özokes, *Medenî Usûl Hukuku*, 14. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, S. 1011; Muhammet Özokes, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, C. III, 15. bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, S. 2445.

<sup>3</sup> Erişir, S. 268 ff.; Tolga Akkaya, *Medenî Usûl Hukuku Bakımından Boşanma Davası*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, S. 83 Fn. 53; Tolga Akkaya, "Boşanma Davasında Alnabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hakimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı", *ABD*, 2014/4, S. 43 Fn. 61; Esra Günay İnan, *Aile Hukukunda Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, S. 123.

erforderlichen vorsorglichen Maßnahmen, insbesondere in Bezug auf die Wohnung der Ehegatten, ihren Unterhalt, die Verwaltung des Vermögens der Ehegatten und die Betreuung und den Schutz der Kinder. Diese vorsorglichen Maßnahmen werden in einem Nebenverfahren angeordnet<sup>4</sup>. Im Verfahren der vorsorglichen Maßnahmen genügt die Glaubhaftmachung<sup>5</sup>. Wer in diesem Verfahren die Tatsachen, die Gegenstand der Glaubhaftmachung sind, und die für den Beweis dieser Tatsachen erforderlichen Beweismittel in den Prozess einführt, wurde im türkischen Recht jedoch nicht ausdrücklich geregelt.

In der vorliegenden Arbeit wird die Sammlung der Tatsachen und Beweismittel in Verfahren der während des Scheidungsprozesses zu treffenden vorsorglichen Maßnahmen behandelt. Zunächst werden die Maximen über die Sammlung der Tatsachen und Beweismittel erwähnt und dann der Inhalt der vorsorglichen Maßnahmen erläutert. Anschließend wird die Sammlung der Tatsachen und Beweismittel im Scheidungsverfahren und im Verfahren der vorsorglichen Maßnahmen untersucht.

## **I. Die Prozessmaximen über die Sammlung der Tatsachen und Beweismittel**

### **A. Allgemeines**

Wer den Prozessstoff in einen Prozess einführen soll, d. h. ob in einem Verfahren der Verhandlungsmaxime oder der Untersuchungsmaxime Vorzug gegeben wird, ist eine rechtspolitische Frage<sup>6</sup>. In der Türkei

---

<sup>4</sup> Erişir, S. 280.

<sup>5</sup> Adolf Lüchinger/Thomas Geiser, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1 – 456 ZGB*, Helbing&Lichtenhahn Verlag AG, Basel und Frankfurt am Main, 1996, Art. 145 N. 33; Annette Dolge, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), *Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO Kommentar*, 2. Aufl., Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen, 2016, Art. 276 N. 16; Thomas Sutter-Somm/Benedikt Seiler, *Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 1-408 ZPO*, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf, 2021, Art. 276 N. 5; Erişir, S. 279.

<sup>6</sup> Othmar Jauernig/ Burkhard Hess, *Zivilprozessrecht*, 30. Aufl., Verlag C. H.

bevorzugt der Gesetzgeber die Verhandlungsmaxime im Zivilprozessrecht. Gemäß Art. 25 der türkischen Zivilprozessordnung gilt grundsätzlich die Verhandlungsmaxime.

Das Gegenstück zur Verhandlungsmaxime bildet die Untersuchungsmaxime. Im türkischen Zivilprozessrecht gelangt sie nur ausnahmsweise zur Anwendung. Welche Verfahren der Untersuchungsmaxime unterliegen, wird in der türkischen Zivilprozessordnung jedoch nicht geregelt. Dennoch gilt sie nur in Verfahren, die das öffentliche Interesse betreffen<sup>7</sup>.

### **B. Die Verhandlungsmaxime**

Die Verhandlungsmaxime besagt, dass es Aufgabe der Parteien

---

Beck, München, 2011, § 25 Rdn. 7; Eberhard Schilken, *Zivilprozessrecht*, 6. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München, 2010, § 8 Rdn. 346; Thomas Sutter-Somm/Claude Schrank, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 3. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Basel - Genf, 2016, Art. 55 N. 7; Pekcanitez/Atalay/Özekes, S. 362; Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, S. 69 u. 82; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku*, 4. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, S. 97; Güray Erdönmez, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, C. I, 15. bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, S. 796; Abdurrahim Karşlı, *Medeni Muhakeme Hukuku*, 5. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, S. 233; Fatih Tahiroğlu, *Medenî Usûl Hukukunda Re'sen Araştırma İlkesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, S. 1, 21.

<sup>7</sup> Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Yargılama Usulleri*, 7. bs., Ankara, 1960, S. 148; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. II, 6. bs., İstanbul, 2001, S. 1923; Pekcanitez/Atalay/Özekes, S. 366; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku*, 7. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, S. 158; Karşlı, S. 250; Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, S. 394 u. 400; Erdönmez, *Pekcanitez Usûl*, S. 805; Ömer Ulukapı, *Medenî Usûl Hukuku*, 3. bs., Mimoza Yayınları, Konya, 2015, S. 121; Ali Cem Budak/ Varol Karaaslan, *Medenî Usul Hukuku*, 5. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, S. 90; Şanal Görgün/Levent Börü/Mehmet Kodakoğlu, *Medenî Usûl Hukuku*, 10. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, S. 342; Tahiroğlu, S. 38.

ist, die Tatsachen und die Beweismittel in den Prozess einzuführen<sup>8</sup>. In Verfahren, in denen diese Maxime gilt, kann das Gericht nur solche Tatsachen seiner Entscheidung zugrunde legen, die von den Parteien vorgebracht werden<sup>9</sup>. Deshalb darf das Gericht die Tatsachen, die die Parteien nicht behauptet haben, grundsätzlich nicht berücksichtigen (Art. 25 Abs. 1 tZPO).

In Verfahren, in denen die Verhandlungsmaxime gilt, erhebt das Gericht Beweis nur über streitige Tatsachenbehauptungen (Art. 187 Abs. 1 tZPO). Dagegen bedürfen unstrittige Tatsachen keines Beweises. Denn in von der Verhandlungsmaxime beherrschten Verfahren bestimmen die Parteien im Wesentlichen darüber, welche Tatsachen beweisbedürftig sind<sup>10</sup>. Deshalb hat das Gericht übereinstimmende Tatsachenbehauptungen der Parteien und Geständnisse als wahr zu

---

<sup>8</sup> Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab/Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 18. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2018, § 77 Rdn. 8; Thomas Rauscher, in: Wolfgang Krüger/Thomas Rauscher, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 1 §§ 1-354, 6. Aufl., C. H. Beck, München, 2020, vor § 1 Rdn. 353; Jauernig/Hess, § 25 Rdn. 9; Petra Pohlmann, *Zivilprozessrecht*, 2. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2011, § 2 Rdn. 66; Yavuz Alangoya, *Medenî Usul Hukukunda Vakıaların Ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979, S. 3; Kuru, *Usul, C. II*, S. 1919; Baki Kuru, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı*, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, S. 571; Atalı/Ermenek/Erdoğan, S. 105.

<sup>9</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 77 Rdn. 13; Hans-Joachim Musielak, in: Hans-Joachim Musielak/Wolfgang Voit, *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar*, 18. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München, 2021, vor § 1 Rdn. 37; Ingo Saenger, in: Ingo Saenger, *Zivilprozessordnung Handkommentar*, 9. Aufl., Nomos, 2021, Einf. Rdn. 66; Wolfgang Lüke, *Zivilprozessrecht*, 10., neu bearbeitete Aufl., München, Verlag C. H. Beck, 2011, § 2 Rdn. 14; Ekkehard Becker-Eberhard, "Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilme İlkesinin Esasları Ve Sınırları", Übers. M. Kamil Yıldırım, *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*, 6. bs., Beta, İstanbul, 2011, S. 23; Max Guldener, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, Schultless Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1979, S. 159; Thomas Sutter-Somm, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 2. Aufl., Schulthess, Zürich, 2012, Rdn. 325.

<sup>10</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 113 Rdn. 2; Lüke, § 22 Rdn. 264; Schilken, § 11 Rdn. 469.

betrachten und zur Urteilsgrundlage zu machen (vgl. Art. 187 Abs. 1, Art. 188 Abs. 1 tZPO).

In diesem Zusammenhang gilt die Eventualmaxime in Verfahren, die der Verhandlungsmaxime unterliegen<sup>11</sup>. Deshalb findet das Verbot der Änderung oder Erweiterung des Klagegrunds in diesen Verfahren Anwendung<sup>12</sup>. Aus diesem Grund können die Parteien nach Abschluss des Schriftenwechsels grundsätzlich keine neuen Tatsachen vortragen (Art. 141 Abs. 1 tZPO). Die Parteien können nur mit ausdrücklicher Zustimmung der Gegenpartei oder durch die Reform (Art. 176 ff. tZPO) neue Tatsachen vorbringen (Art. 141 Abs. 2 tZPO).

In von der Verhandlungsmaxime beherrschten Verfahren werden die Beweismittel grundsätzlich von den Parteien benannt. Mit anderen Worten kann das Gericht in der Regel die Beweise nicht von Amts wegen sammeln (Art. 25 Abs. 2 tZPO). Dennoch kann das Gericht die Einnahme des Augenscheins und die Begutachtung durch Sachverständige von Amts wegen anordnen (Art. 266 Abs. 1, Art. 288 Abs. 2 tZPO). Dagegen kann das Gericht den Zeugenbeweis nur auf Antrag einer Partei erheben<sup>13</sup>. In diesem Zusammenhang können die Parteien in diesen Verfahren eine zweite Zeugenliste nicht vorlegen<sup>14</sup>.

Schließlich können die Parteien in Verfahren, in denen die Verhandlungsmaxime herrscht, nach Abschluss des Schriftenwechsels grundsätzlich keine neuen Beweismittel vorbringen<sup>15</sup>. Jedoch kann das Gericht das nachträgliche Vorbringen des Beweismittels zulassen, wenn das nachträgliche Vorbringen eines Beweismittels keine Verschleppung des Verfahrens bezweckt oder das nicht rechtzeitige Vorbringen eines

---

<sup>11</sup> Atalı/Ermenek/Erdoğan, S. 107; Volkan Özçelik, *Türk Medenî Usûl Hukukunda Taraflarca Getirilme İlkesi*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, S. 112; Alper Tunga Küçük, *Vakıaların Toplanması Açısından Teksif İlkesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, S. 39.

<sup>12</sup> Tanrıver, *Usûl, C. I*, S. 394; Özçelik, S. 189; Küçük, *Teksif İlkesi*, S. 39

<sup>13</sup> Atalı/Ermenek/Erdoğan, S. 523.

<sup>14</sup> Karşlı, S. 589; Tanrıver, *Usûl, C. I*, S. 394; Tahiroğlu, S. 132.

<sup>15</sup> Özçelik, S. 309.

Beweismittels nicht auf ein Verschulden der betroffenen Partei zurückzuführen ist (Art. 145 tZPO).

### C. Die Untersuchungsmaxime

Die Untersuchungsmaxime bedeutet, dass die Beschaffung des Prozessstoffs neben den Parteien auch dem Gericht obliegt<sup>16</sup>. In Verfahren, in denen die Untersuchungsmaxime gilt, darf das Gericht seinem Urteil nur die Tatsache zugrunde legen, von deren Vorhandensein es sich überzeugt hat<sup>17</sup>. Daher entscheidet in diesen Verfahren allein das Gericht, ob eine Tatsache beweisbedürftig ist oder nicht<sup>18</sup>. Aus diesem Grund kann das Gericht in den betreffenden Verfahren nicht nur den Wahrheitsgehalt von den streitigen Tatsachenbehauptungen, sondern auch den Wahrheitsgehalt von den unstreitigen Tatsachenbehauptungen von Amts wegen überprüfen<sup>19</sup>. Das Geständnis ist deshalb in von der

---

<sup>16</sup> Guldener, S. 168; Andreas Renggli, *Das Untersuchungsverfahren in der zugerischen Zivilprozessordnung* (§ 102 ff. ZPO), Juris Druck + Verlag, Zurich, 1970, S. 32; İsmail Hakkı Karafakih, *Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1952, S. 77; Kuru, *Usul, C. II*, S. 1923; Kuru, *El Kitabı, C. I*, S. 574; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, S. 157; Erdönmez, *Pekcanitez Usûl*, S. 797 u. 806; Karlı, S. 249; Seda Öznumcu, "Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re'sen Araştırma İlkesi", *SDÜHFD*, Mihbir Özel Sayısı, C. 4, S. 2, 2014, S. 146; Tanrıver, *Usûl, C. I*, S. 399; Görgün/Börü/Kodakoğlu, S. 342.

<sup>17</sup> Guldener, S. 168; Sutter-Somm/Schrank, *Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger ZPO*, Art. 55 N. 61; Claudia M. Mordasini-Rohner, *Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2013, N. 367; Kuru, *Usul, C. II*, S. 1923; Kuru, *El Kitabı, C. I*, S. 577.

<sup>18</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 113 Rdn. 36; Lüke, § 22 Rdn. 264; Jauernig/Hess, § 49 Rdn. 33; Schilken, § 11 Rdn. 469; Saenger, *Hk-ZPO*, ZPO § 284 Rdn. 5.

<sup>19</sup> Sutter-Somm/Schrank, *Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger ZPO*, Art. 55 N. 61; Paul Oberhammer, in: Paul Oberhammer/ Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), *Kurzkommentar ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014, Art. 55 N. 14; Karlı, S. 249 u. 479; Kuru, *Usul, C. II*, S. 1923; Kuru, *El Kitabı, C. I*, S. 577 u. 614; Tanrıver, *Usûl, C.*

Untersuchungsmaxime beherrschten Verfahren für das Gericht nicht bindend<sup>20</sup>. Darüber hinaus sind die Geständnisverträge in diesen Fällen auch unzulässig<sup>21</sup>.

In Verfahren, in denen die Untersuchungsmaxime gilt, ist das Gericht nicht an die von den Parteien vorgetragene(n) Tatsachen gebunden<sup>22</sup>. Mit anderen Worten kann das Gericht seine Entscheidung auch auf solche Tatsachen stützen, die nicht von den Parteien behauptet worden sind<sup>23</sup>.

Da die Eventualmaxime in Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterliegen, nicht gilt<sup>24</sup>, findet das Verbot der Änderung oder Erwei-

---

I, S. 400; Nur Bolayır, *Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanması Hâkimin ve Tarafların Rolü*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, S. 15 Fn. 25.

<sup>20</sup> Lüke, § 20 Rdn. 224; Dieter Leipold, in: Friedrich Stein/Martin Jonas, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 4 §§ 253-327, 22. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, § 288 Rdn. 27; Prütting, *MüKoZPO*, ZPO § 288 Rdn. 14; Dorothea Assmann, in: Bernhard Wieczorek/Rolf A. Schütze, *Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar*, Band 4 §§ 253-299a, 4. Aufl., De Gruyter, 2013, § 288 Rdn. 17; Kuru, *El Kitabı*, C. I, S. 652; Oğuz Atalay, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, C. II, 15. bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, S. 1635; Karlı, S. 566 u. 569; Özmumcu, S. 148.

<sup>21</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 114 Rdn. 9; Klaus Reichold, in: Heinz Thomas/Hans Putzo, *Zivilprozessordnung*, 36. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2015, § 284 Rdn. 41; Hans-Willi Laumen, in: Gottfried Baumgärtel/Hans-Willi Laumen/Hanns Prütting, *Handbuch der Beweislast, Grundlagen*, 2. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln-München, 2009, § 20 Rdn. 30; Gottfried Baumgärtel, "Die Auswirkungen von Parteivereinbarungen auf die Beweislast", *Festschrift für Hans W. Fasching zum 65. Geburtstag*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1988, s. 73.

<sup>22</sup> Christoph Hurni, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), *Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II: Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2012, Art. 55 N. 55; Atalay, *Pekcanitez Usûl*, S. 1626; Tahiroğlu, S. 106.

<sup>23</sup> Daniel Glasl, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), *Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO Kommentar*, 2. Aufl., Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen, 2016, Art. 55 N. 34; Kuru, *Usul*, C. II, S. 1923; Kuru, *El Kitabı*, C. I, S. 577; Karlı, S. 249 u. 479; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, S. 158.

<sup>24</sup> Tahiroğlu, S. 34.



terung des Klagegrunds keine Anwendung<sup>25</sup>. Daher können die Parteien nach Abschluss des Schriftenwechsels neue Tatsachen behaupten. Folglich können die Parteien diese Tatsachen vortragen, ohne dass die Zustimmung der Gegenpartei<sup>26</sup> oder die Reform (Art. 176 ff. tZPO)<sup>27</sup> erforderlich ist.

In Verfahren, in denen die Untersuchungsmaxime gilt, erhebt das Gericht unabhängig von den seitens der Parteien vorgelegten Beweisen alle erforderlichen Beweise von Amts wegen<sup>28</sup>. Daher ist es dem Gericht im Rahmen dieser Maxime möglich, von Amts wegen auch einen Beweis zu erheben, auf den die Parteien sich nicht berufen haben. Darüber hinaus können die Parteien nach Abschluss des Schriftenwechsels neue Beweismittel vorbringen<sup>29</sup>, weil in diesen Verfahren die Eventualmaxime keine Anwendung findet.

---

<sup>25</sup> Kuru, *Usul*, C. II, S. 1731; Kuru, *El Kitabı*, C. I, S. 518; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz Hanağası, S. 370; Alper Tunga Küçük, "Medenî Usûl Hukukunda Davacının Talep Sonucunu Genişletmesi veya Değiştirmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 18, 2021, S. 240 Fn. 140.

<sup>26</sup> Kuru, *Usul*, C. II, S. 1731; Kuru, *El Kitabı*, C. I, S. 518; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz Hanağası, S. 370; Tahiroğlu, S. 82.

<sup>27</sup> Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, S. 370; Muhammet Özekes, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, C. II, 15. bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, S. 1497; Karşlı, S. 657; Ejder Yılmaz, (*Medenî Yargılama Hukukunda*) *Islah*, 4. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, S. 94 ff.; Murat Atalı, "Islah Yoluyla İleri Sürülen Talep Bakımından Zamanaşımın Kesildiği Tarih", *DEÜHFD*, C. 11, Özel Sayı, 2009, S. 124-125; Tahiroğlu, S. 82.

<sup>28</sup> Sutter-Somm/Schrank, *Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger ZPO*, Art. 55 N. 61; Hurni, *Berner ZPO*, Art. 55 N. 57; Oberhammer, *KUKO ZPO*, Art. 55 N. 14; Urs Schenker, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)*, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2010, Art. 55 N. 20; Glasl, *DIKE-Komm-ZPO*, Art. 55 N. 49; Kuru, *Usul*, C. II, S. 2022; Kuru, *El Kitabı*, C. I, S. 577; Pekcanitez/Atalay/Özekes, S. 366; Tanrıver, *Usûl*, C. I, S. 891; Erdönmez, *Pekcanitez Usûl*, S. 805-806; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, S. 415.

<sup>29</sup> Karşlı, S. 528; Özmumcu, S. 149; Özçelik, S. 309.

In Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterliegen, sind die Beweismittelverträge unzulässig<sup>30</sup>. Außerdem bindet der Beweisverzicht der Partei mit Zustimmung der Gegenpartei (Art. 196 tZPO) den Richter in diesen Verfahren nicht<sup>31</sup>.

In von der Untersuchungsmaxime beherrschten Verfahren gelten die gesetzlichen Beweisregeln nicht<sup>32</sup>. Daher ist der Richter in diesen Verfahren nicht an den Urkunde und Parteieid gebunden<sup>33</sup>. Anders als in Fällen, in denen die Verhandlungsmaxime gilt, kann das Gericht den Zeugenbeweis von Amts wegen erheben<sup>34</sup>. In diesem Zusammenhang können die Parteien auch eine zweite Zeugenliste vorlegen<sup>35</sup>.

## **II. Inhalt der während des Scheidungsverfahrens zu treffenden vorsorglichen Maßnahmen**

### **1. Allgemeines**

Gemäß Art. 169 des türkischen Zivilgesetzbuches trifft der Richter während der Dauer des Scheidungsverfahrens von Amts wegen die erforderlichen vorsorglichen Maßnahmen, insbesondere in Bezug auf die Wohnung der Ehegatten, ihren Unterhalt, die Verwaltung des Vermögens der Ehegatten und die Betreuung und den Schutz der Kinder. Wie sich aus dem Wortlaut der Vorschrift ergibt, sind die vorsorglichen

---

<sup>30</sup> Gerhard Wagner, *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, s. 688; Baumgärtel/Laumen, *Handbuch der Beweislast, Grundlagen*, § 20 Rdn. 14; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. III, 6. bs., İstanbul, 2001, S. 2883; Kuru, *El Kitabı*, C. I, S. 844; Atalay, *Pekcanitez Usul*, S. 1744; Sema Taşpınar, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, S. 193; Özmumcu, S. 147.

<sup>31</sup> Tahiroğlu, S. 123; s. a. Anıl Köroğlu/Fatih Tahiroğlu, "Medenî Usûl Hukukunda Tanık Delilinden Vazgeçme", *TAÜHFD*, C. 2, S. 1, 2020, S. 226.

<sup>32</sup> Kuru, *Usul*, C. II, S. 2032; Kuru, *El Kitabı*, C. I, S. 577 u. 644; Atalay, *Pekcanitez Usûl*, S. 1736; Bolayır, S. 115, Fn. 364; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, S. 158 u. 418; Karlı, S. 480 u. 536; Özmumcu, S. 151.

<sup>33</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, S. 715; Atalay, *Pekcanitez Usûl*, S. 1736; Tahiroğlu, S. 125.

<sup>34</sup> Tahiroğlu, S. 131.

<sup>35</sup> Kuru, *El Kitabı*, C. I, S. 577 u. 766; Karlı, S. 589; Özmumcu, S. 149; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, S. 472; Tanrıver, *Usûl*, C. I, S. 400.

Maßnahmen im Scheidungsverfahren in Art. 169 des türkischen Zivilgesetzbuches nicht einzeln aufgeführt worden. Mit anderen Worten besteht für die vorsorglichen Maßnahmen im Scheidungsverfahren kein *numerus clausus*<sup>36</sup>. Darüber hinaus räumt diese Vorschrift dem Gericht einen weiten Ermessensspielraum ein, welche vorsorgliche Maßnahme getroffen wird<sup>37</sup>. Daher kann der Richter alle erforderlichen und angemessenen Maßnahmen ergreifen<sup>38</sup>.

Die während der Dauer des Scheidungsverfahrens zu treffenden vorsorglichen Maßnahmen, die in Art. 169 des türkischen Zivilgesetzbuchs geregelt sind, lassen sich unter zwei Überschriften zusammenfassen, nämlich vorsorgliche Maßnahmen in Bezug auf die Ehegatten und vorsorgliche Maßnahmen in Bezug auf die Kinder.

## **2. Vorsorgliche Maßnahmen in Bezug auf die Ehegatten**

Nach Einleitung des Scheidungsverfahrens haben die Ehegatten das Recht, getrennt zu leben<sup>39</sup>. Aus diesem Grund regelt der Richter für

---

<sup>36</sup> Mustafa Dural/Tufan Öğüz/Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, 16. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, S. 134; Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, S. 446; Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Türk Medenî Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku*, 23. bs., Beta, İstanbul, 2021, S. 283; Ekrem Kurt, "Boşanma Davasında Hakim Alacağı Geçici Önlemler (MK m.169)", *Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Haziran 2013, S. 1, S. 98; Günay İnan, S. 121; Şafak Orhan, "Boşanma Davasında Geçici Hukukî Koruma Tebirleri", *Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2016, S. 107; Ayşegül Şahin Bayram, "Aile Hukukunda Geçici Hukuki Korumalar", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2021, S. 96-97.

<sup>37</sup> Lüchinger/Geiser, *Komm. ZGB*, Art. 145 N. 8; Öztan, S. 446; Kurt, S. 98; Orhan S. 107; Şahin Bayram, S. 97.

<sup>38</sup> Lüchinger/Geiser, *Komm. ZGB*, Art. 145 N. 8; Walter Bühler/Karl Spühler, *Berner Kommentar, Die Ehescheidung, Art. 137-158 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht*, 3. Aufl., Stämpfli Verlag AG, Bern, 1980, Art. 145 N 14; Dural/Öğüz/Gümüş, S. 134.

<sup>39</sup> Dural/Öğüz/Gümüş, S. 135; Öztan, S. 450; Akıntürk/Ateş, S. 283; Kurt, S. 98; Orhan, S.110; Şahin Bayram, S. 99.

die Dauer des Scheidungsverfahrens die Zuteilung der gemeinsamen Wohnung, d.h., er entscheidet, welcher der Ehegatten während der Dauer des Scheidungsverfahrens in der gemeinsamen Wohnung bleiben wird<sup>40</sup>. Dabei spielt es keine Rolle, wem die gemeinsame Wohnung gehört oder wer die Wohnung gemietet hat<sup>41</sup>. Ferner kann der Richter auch gemeinsamen Hausrat unter die Ehegatten verteilen<sup>42</sup>. Auch hier spielt es keine Rolle, wem der Hausrat gehört<sup>43</sup>.

Obwohl die Ehegatten nach Einleitung des Scheidungsverfahrens das Recht haben, getrennt zu leben, bleibt die eheliche Gemeinschaft bestehen<sup>44</sup>. Daher besteht die gegenseitige Unterhaltspflicht der Ehegatten auch während des Scheidungsverfahrens fort<sup>45</sup>. Aus diesem Grund hat das Gericht Unterhaltsbeiträge der Ehegatten für die Dauer des Scheidungsverfahrens festzusetzen<sup>46</sup>. Bei der Festsetzung der Unterhaltsbeiträge spielt das Verschulden der Ehegatten keine Rolle<sup>47</sup>.

In Art. 169 des türkischen Zivilgesetzbuches ist geregelt, dass der Richter während des Scheidungsverfahrens die Maßnahmen zur Verwaltung des Vermögens der Ehegatten von Amts wegen trifft. In diesem Umfang kann der Richter als vorsorgliche Maßnahme anordnen, den Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung in den Güterstand der Gütertrennung umzuwandeln<sup>48</sup>.

### 3. Vorsorgliche Maßnahmen in Bezug auf die Kinder

In Art. 169 des türkischen Zivilgesetzbuches ist geregelt, dass der Richter während der Dauer des Scheidungsverfahrens die Maßnahmen zur Betreuung und zum Schutz des Kindes von Amts wegen trifft. In

---

<sup>40</sup> Dural/Öğüz/Gümüş, S. 135; Akıntürk/Ateş, S. 283; Kurt, S. 98; Orhan, S. 110; Şahin Bayram, S. 99.

<sup>41</sup> Dural/Öğüz/Gümüş, S. 135; Öztan, S. 448.

<sup>42</sup> Öztan, S. 449; Akıntürk/Ateş, S. 284; Orhan, S. 111.

<sup>43</sup> Akıntürk/Ateş, S. 284; Kurt, S. 99; Orhan, S. 112; Şahin Bayram, S. 100.

<sup>44</sup> Dural/Öğüz/Gümüş, S. 135.

<sup>45</sup> Dural/Öğüz/Gümüş, S. 135.

<sup>46</sup> Öztan, S. 449; Orhan, S. 113.

<sup>47</sup> Akıntürk/Ateş, S. 285; Dural/Öğüz/Gümüş, S. 136.

<sup>48</sup> Öztan, S. 454; Akıntürk/Ateş, S. 286; Orhan, S. 118.

diesem Umfang kann der Richter vor allem die elterliche Obhut an einen der Ehegatten zuteilen<sup>49</sup>. Allerdings ist zu beachten, dass die Zuteilung der elterlichen Obhut an einen der Ehegatten das Sorgerecht des anderen Ehegatten nicht aufhebt<sup>50</sup>.

Im Rahmen vorsorglicher Maßnahmen im Scheidungsverfahren regelt der Richter ferner den persönlichen Verkehr des nicht obhutsberechtigten Ehegatten mit den Kindern und den Beitrag, den er an die Kosten ihres Unterhalts zu entrichten hat<sup>51</sup>.

Schließlich gilt, wie oben bereits ausgeführt, für die in Art. 169 des türkischen Zivilgesetzbuchs geregelten vorsorglichen Maßnahmen kein *numerus clausus*. Deshalb kann der Richter während des Scheidungsverfahrens auch alle anderen vorsorglichen Maßnahmen von Amts wegen ergreifen, die für Kinder erforderlich sind.

### III. Die Sammlung der Tatsachen und Beweismittel im Scheidungsverfahren

Unterliegt das Hauptsacheverfahren der Verhandlungsmaxime, unterliegt das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes grundsätzlich auch der Verhandlungsmaxime<sup>52</sup>, weil die Aufgaben des Gerichts im Ver-

---

<sup>49</sup> Annette Spycher, in: Heinz Hausheer/ Hans Peter Walter (Hrsg.), *Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II: Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2012, Art. 276 N. 7; Dolge, *DIKE-Komm-ZPO*, Art. 276 N. 7; Ivo Schwander, in: Myriam A. Gehri/ Ingrid Jent-Sørensen/Martin Sarbach (Hrsg.), *ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2. Aufl., Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2015, Art. 276 N. 10; Dural/Öğüz/Gümüş, S. 136.

<sup>50</sup> Akintürk/Ateş, S. 285-286; Öztan, S. 454-455.

<sup>51</sup> Dolge, *DIKE-Komm-ZPO*, Art. 276 N. 7; Schwander, *Orell Füssli Kommentar*, Art. 276 N. 10; Akintürk/Ateş, S. 285; Dural/Öğüz/Gümüş, S. 136.

<sup>52</sup> Hans-Joachim Musielak/Helmut Borth/ Mathias Grandel, *Familiengerichtliches Verfahren 1. und 2. Buch*, 6. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München, 2018, § 51 Rdn. 8; s. a. Erişir, S. 260 Fn. 340; Hakan Albayrak, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, S. 67; Özçelik, S. 26; Tahiroğlu, S. 141.

fahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht weiter reichen als im entsprechenden Hauptsacheverfahren<sup>53</sup>. Gilt jedoch im Hauptsacheverfahren die Untersuchungsmaxime, kommt diese auch für das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes zur Anwendung<sup>54</sup>. Um festzustellen, ob die Untersuchungsmaxime oder die Verhandlungsmaxime in Verfahren der vorsorglichen Maßnahmen gilt, sollte daher zunächst bestimmt werden, welche Maxime im Scheidungsverfahren zur Anwendung kommt.

Welche Maxime für die Sammlung der Tatsachen und Beweismittel im Scheidungsverfahren gilt, wurde in der türkischen Zivilprozessordnung oder im türkischen Zivilgesetzbuch nicht ausdrücklich geregelt. Hingegen ist die Frage in der Lehre und Rechtsprechung umstritten, ob das Scheidungsverfahren der Verhandlungsmaxime oder der Untersuchungsmaxime unterliegt.

Nach einer in der Lehre vertretenen Auffassung wird im Scheidungsverfahren die Untersuchungsmaxime angewandt<sup>55</sup>. Denn das Scheidungsverfahren gehört zu den Verfahren, in denen die Parteien nicht frei über den Streitgegenstand verfügen können<sup>56</sup>. In einer Entscheidung hat auch das Verfassungsgericht festgestellt, dass im Scheidungsverfahren der Richter gemäß der Untersuchungsmaxime die Tatsachen von Amtes wegen erforschen muss<sup>57</sup>.

Nach einer anderen Ansicht in der Lehre kommt die eingeschränkte Untersuchungsmaxime im Scheidungsverfahren zur Anwendung<sup>58</sup>. Denn gemäß Art. 184 Abs. 1 des türkischen Zivilgesetzbuchs darf

---

<sup>53</sup> Musielak/Borth, § 51 Rdn. 8.

<sup>54</sup> Ingo Drescher, in: Wolfgang Krüger/ Thomas Rauscher (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 2 §§ 355-945b, 6. Aufl., C.H. Beck, München, 2020, § 920 Rdn. 12; Erişir, S. 260 Fn. 340.

<sup>55</sup> Kuru, *El Kitabı, C. I*, S. 574-576; Karşlı, S. 250 u. 257; Yılmaz, *Islah*, S. 94; Özmumcu, S. 146 u. 150; Ulukapı, S. 122.

<sup>56</sup> Karşlı, S. 250; Özmumcu, S. 150.

<sup>57</sup> E. 2005/26, K. 2008/105, (R.G., 05.11.2008, S. 27045).

<sup>58</sup> Erdönmez, *Pekcanitez Usûl*, S. 808; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, S. 158 Fn. 20; Bolayır, S. 134-135; İbrahim Ercan, "Aile Mahkemesinde Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlemesi", *Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan*, İstanbul, Alkım, 2007, S. 77 Fn. 49; Meral Sungurtekin Özkan, *Türk*

der Richter die Tatsachen, die zur Begründung einer Klage auf Scheidung dienen, nicht als erwiesen annehmen, wenn er sich von deren Vorhandensein nicht überzeugt hat. Daher kann der Richter unabhängig von den Anträgen der Parteien und den von ihnen vorgebrachten Beweismitteln über die Klage auf Scheidung entscheiden<sup>59</sup>. Auch gemäß diesem Artikel ist das Geständnis für den Richter nicht bindend<sup>60</sup> und der Parteieid findet keine Anwendung<sup>61</sup>.

Nach einer dritten Meinung in der Lehre gilt im Scheidungsverfahren die Verhandlungsmaxime<sup>62</sup>, weil in Art. 184 des türkischen Zivilgesetzbuchs keine Bestimmung enthalten ist, dass der Richter die Tatsachen und Beweismittel von Amts wegen erforscht<sup>63</sup>. Der Kassationshof ist auch der Ansicht, dass die Verhandlungsmaxime im Scheidungsverfahren gilt<sup>64</sup>.

Im schweizerischen Recht wird hingegen mehr als eine Prozessmaxime bezüglich der Sammlung des Prozessstoffes im Scheidungsverfahren gemeinsam angewendet<sup>65</sup>. Gemäß Art. 277 Abs. 1 sch. ZPO findet die Verhandlungsmaxime im Bereiche der güterrechtlichen Auseinandersetzung und des nahehelichen Unterhalts Anwendung. Außerhalb der güterrechtlichen Auseinandersetzung und des nahehelichen Unterhalts

---

*Medeni Yargılama Hukuku*, Fakülteler Kitabevi, İzmir, 2013, S. 100; Akkaya, *Boşanma*, s. 116.

<sup>59</sup> Bolayır, S. 135.

<sup>60</sup> Erdönmez, *Pekcanitez Usûl*, S. 808.

<sup>61</sup> Erdönmez, *Pekcanitez Usûl*, S. 808; Bolayır, S. 135.

<sup>62</sup> Alangoya, S. 134; Murat Atalı, *Medenî Usul Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, S. 135; Atalı/Ermeneke/Erdoğan, S. 107; Süha Tanrıver, *Türk Aile Mahkemeleri*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, S. 75; Tanrıver, *Usûl*, C. I, S. 188.

<sup>63</sup> Alangoya, S. 134; Atalı, *Aleyhe Bozma*, S. 135; Atalı/Ermeneke/Erdoğan, S. 107.

<sup>64</sup> HGK, 14.2.2019, E. 2017/2-1286, K. 2019/142 (Kazancı); 2. HD, 22.10.2015, E. 2015/4070, K. 2015/19083 (Legalbank); 2. HD, 15.09.2015, E. 2015/1895, K. 2015/15882 (Kazancı).

<sup>65</sup> Claudia M. Mordasini-Rohner, "Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime in familienrechtlichen Verfahren", *recht*, 2014, s. 24; Akkaya, *Boşanma*, s. 98.

gilt im Scheidungsverfahren die eingeschränkte Untersuchungsmaxime (Art. 277 Abs. 3 sch. ZPO)<sup>66</sup>. In Kinderbelangen gelangt die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime ausnahmslos zur Anwendung (Art. 296 Abs. 1 sch. ZPO).

Nach meiner Auffassung unterliegt es im türkischen Recht nicht der Untersuchungsmaxime, weil nach türkischem Recht das Scheidungsverfahren nicht das öffentliche Interesse betrifft. Tatsächlich wird dem Richter in Art. 184 des türkischen Zivilgesetzbuchs nicht die Pflicht übertragen, den Prozessstoff zu sammeln. Daher kann der Richter in diesem Verfahren die Tatsachen und Beweismittel nicht von Amts wegen erforschen. Mit anderen Worten ist es auch im Scheidungsverfahren die Aufgabe der Parteien, den Prozessstoff vorzubringen, d. h., im Scheidungsverfahren gilt die Verhandlungsmaxime. Es kann jedoch nicht gesagt werden, dass in diesem Verfahren die Verhandlungsmaxime ohne Einschränkungen gilt<sup>67</sup>. Da das Geständnis den Richter nicht bindet und der Parteieid keine Anwendung findet (Art. 184 tZGB), ist die Herrschaft der Parteien über den Prozessstoff begrenzt.

#### **IV. Die Sammlung der Tatsachen und Beweismittel in den Verfahren der vorsorglichen Maßnahmen**

Wie oben bereits ausgeführt, gilt im Scheidungsverfahren die Verhandlungsmaxime. Dies bedeutet jedoch nicht, dass im Verfahren der

---

<sup>66</sup> Sutter-Somm/Schrank, *Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger ZPO*, Art. 55 N. 71; Sutter-Somm, *Zivilprozessrecht*, N. 356; Glasl, *DIKE-Komm-ZPO*, Art. 55 N. 45; Isabelle Chassé, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)*, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2010, Art. 277 N. 10; Mordasini-Rohner, *Untersuchungsmaxime*, N. 421; Mordasini-Rohner, *Fragepflicht*, S. 24.

<sup>67</sup> Ercan, S. 77; Erdönmez, *Pekcanitez Usûl*, S. 809; Cenk Akil, "Boşanma Davalarında Vakıaların İleri Sürülmesi Zamanı Meselesinin Yargıtay Kararlarındaki Görünümü", *DEÜHFD*, C. 12, S. 1, 2010, S. 4-5; Sungurtekin Özkan, *Yargılama*, S. 100; Meral Sungurtekin Özkan, "Medenî Kanun'un Aile Hukuku Alanında Getirdiği Değişikliklerin Medenî Usul Hukuku Bakımından Düşündürdükleri", *Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-I*, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Eskişehir, 2003, s. 82-83; Bolayır, S. 135.



während des Scheidungsverfahrens zu treffenden vorsorglichen Maßnahmen die Verhandlungsmaxime gilt. Tatsächlich kann aufgrund der Regelung in Art. 169 des türkischen Zivilgesetzbuchs zu einem anderen Ergebnis gekommen werden. Daher sollte es geprüft werden, ob in Verfahren der vorsorglichen Maßnahmen die Untersuchungsmaxime Anwendung findet.

Nach einer Auffassung in der Lehre kommt die Untersuchungsmaxime in Verfahren der vorsorglichen Maßnahmen zur Anwendung<sup>68</sup>. Nach einer anderen Ansicht in der Lehre gilt die Untersuchungsmaxime bei der Festsetzung der Unterhaltsbeiträge für den Ehegatten und die Kinder<sup>69</sup>.

Nach schweizerischem Recht kann das Gericht vorsorgliche Maßnahmen grundsätzlich auf Antrag der Parteien anordnen, d. h., in Verfahren der vorsorglichen Maßnahmen gilt die Dispositionsmaxime in der Regel<sup>70</sup>. Für die Sammlung der Tatsachen und Beweismittel findet die eingeschränkte Untersuchungsmaxime in diesen Verfahren Anwendung<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> Aziz Erman Bayram, “Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Tedbir Nafakasına Dair 25.10.2018 Tarihli ve 2017/2-1891 Esas, 2018/1577 Karar Sayılı Kararının Değerlendirilmesi”, *TBBD*, 2019(144), S. 232.

<sup>69</sup> Küçük, *Teksif İlkesi*, S. 171 Fn. 589.

<sup>70</sup> Bühler/Spühler, *Berner ZGB*, Art. 145 N. 424; Sutter-Somm/Seiler, *Handkommentar ZPO*, Art. 276 N. 6; Thomas Sutter-Somm, Flora Stanischewski, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 3. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Basel - Genf, 2016, Art. 276 N. 42; Dolge, *DIKE-Komm-ZPO*, Art. 276 N. 4; Dominik Gasser/Brigitte Rickli, *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kurzkommentar*, 2. Aufl., Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen, 2014, Art. 276 N. 4.

<sup>71</sup> Sutter-Somm/Stanischewski, *Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger ZPO*, Art. 276 N. 42; Glasl, *DIKE-Komm-ZPO*, Art. 55 N. 44; Adrian Staehelin/Daniel Staehelin/Pascal Grolimund, *Zivilprozessrecht*, 2. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2013, § 10 N. 31; Mordasini-Rohner, *Untersuchungsmaxime*, N. 416; Mordasini-Rohner, *Fragepflicht*, S. 23- 24. a. A. Schwander, *Orell Füssli Kommentar*, Art. 276 N. 13.

Hingegen gilt die Officialmaxime für vorsorgliche Maßnahmen betreffend Kinderbelange<sup>72</sup>. Deshalb kann das Gericht diese von Amts wegen treffen (Art. 296 3 sch. ZPO)<sup>73</sup>. In diesen Verfahren kommt die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime zur Anwendung<sup>74</sup>.

Anders verhält es sich dagegen im türkischen Recht. Gemäß Art. 169 des türkischen Zivilgesetzbuches trifft der Richter die erforderlichen vorsorglichen Maßnahmen von Amts wegen. Deshalb gilt die Officialmaxime für den Erlass vorsorglicher Maßnahmen<sup>75</sup>. Wie sich aus dem Wortlaut der Vorschrift ergibt, gilt die Officialmaxime im Gegensatz zum schweizerischen Recht im türkischen Recht nicht nur bei Maßnahmen in Bezug auf die Kinder, sondern auch bei Maßnahmen in Bezug auf die Ehegatten. Meiner Meinung nach gilt die Untersuchungsmaxime aufgrund der Officialmaxime in allen Verfahren der vorsorglichen Maßnahmen.

Das Gegenstück zur Dispositionsmaxime bildet die Officialmaxime<sup>76</sup>. Sie bedeutet, dass das Verfahren ohne Antrag der Parteien von

---

<sup>72</sup> Dolge, *DIKE-Komm-ZPO*, Art. 276 N. 18; Schwander, *Orell Füssli Kommentar*, Art. 276 N. 10; Sutter-Somm/Stanischewski, *Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger ZPO*, Art. 276 N. 42; Chassé, *Stämpflis Handkommentar*, Art. 276 N. 6; Sutter-Somm/Seiler, *Handkommentar ZPO*, Art. 276 N. 6; Bühler/Spühler, *Berner ZGB*, Art. 145 N. 424; Lüchinger/Geiser, *Komm. ZGB*, Art. 145 N. 32.

<sup>73</sup> Chassé, *Stämpflis Handkommentar*, Art. 276 N. 6; Dolge, *DIKE-Komm-ZPO*, Art. 276 N. 4; Dolge, *DIKE-Komm-ZPO*, Art. 276 N. 4; Sutter-Somm/Seiler, *Handkommentar ZPO*, Art. 276 N. 6; Lüchinger/Geiser, *Komm. ZGB*, Art. 145 N. 32.

<sup>74</sup> Sutter-Somm/Stanischewski, *Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger ZPO*, Art. 276 N. 42; Dolge, *DIKE-Komm-ZPO*, Art. 276 N. 16; Schwander, *Orell Füssli Kommentar*, Art. 276 N. 10; Mordasini-Rohner, *Untersuchungsmaxime*, N. 417; Mordasini-Rohner, *Fragepflicht*, S. 24.

<sup>75</sup> Nedim Meriç, *Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, S. 57 ff.; Osman Duran, *Medenî Usûl Hukukunda Taleple Bağlılık İlkesi*, Ankara, Seçkin, 2020, S. 278 ff..

<sup>76</sup> Reichold, *Thomas/Putzo ZPO*, Einl. I, Rdn. 5; Wolfgang Grunsky, *Zivilprozessrecht*, 13. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln-München, 2008, Rdn. 36; Pohlmann, § 2 Rdn. 53; Lüke, § 2, Rdn. 7; Mordasini-Rohner, *Untersuchungsmaxime*, N. 375; Atalı/Ermenek/Erdoğan, S. 101; Duran, S. 273.

Amts wegen durch den Richter eingeleitet, durchgeführt und beendet wird<sup>77</sup>. Die Officialmaxime gilt hauptsächlich im Strafverfahren<sup>78</sup>. Im Zivilprozessrecht findet die Officialmaxime hingegen nur als Ausnahme Anwendung<sup>79</sup>.

Die Officialmaxime ist nicht mit der Untersuchungsmaxime zu verwechseln. Während sich die Officialmaxime auf den Streitgegenstand bezieht, betrifft die Untersuchungsmaxime die Sammlung des Prozessstoffes<sup>80</sup>. Trotz dieser begrifflichen Unterscheidung besteht eine enge Beziehung zwischen beiden Maximen.

Im Zivilprozessrecht trägt die Untersuchungsmaxime zur Verwirklichung der Officialmaxime bei<sup>81</sup>. Mit anderen Worten, ebenso wie die Verhandlungsmaxime die Ergänzung der Dispositionsmaxime ist<sup>82</sup>, ist die Untersuchungsmaxime auch die Ergänzung der Officialmaxime<sup>83</sup>. Der Richter, der den Prozess von Amts wegen eingeleitet hat, sollte auch befugt sein, die Tatsachen und Beweismittel von Amts wegen zu sammeln, um den Prozess mit einer wahrheitsgemäßen Entscheidung beenden zu können. In einem Verfahren, das der Officialmaxime unterliegt, könnte die Officialmaxime nicht den erwarteten Nutzen bringen, wenn die Sammlung der Tatsachen und Beweismittel den Parteien überlassen

---

<sup>77</sup> Rauscher, *MüKoZPO*, Einl. Rdn. 340; Kuru, *Usul, C. II*, S. 1918; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, S. 155; Erdönmez, *Pekcanitez Usûl*, S.784; Alangoya, S. 3; Yavuz Alangoya/Kamil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 8. bs., Beta, İstanbul, 2011, S. 183; Tanrıver, *Usûl, C. I*, S. 392; Karlı, S. 231.

<sup>78</sup> Reichold, *Thomas/Putzo ZPO*, Einl. I, Rdn. 5; Rauscher, *MüKoZPO*, Einl. Rdn. 340; Mordasini-Rohner, *Untersuchungsmaxime*, N. 374; Erdönmez, *Pekcanitez Usûl*, S. 784

<sup>79</sup> Kuru, *Usul, C. II*, S. 1918; Erdönmez, *Pekcanitez Usûl*, S.784; Tanrıver, *Usûl, C. I*, S. 366; Duran, S. 273; Tahiroğlu, S. 32.

<sup>80</sup> Tahiroğlu, S. 32.

<sup>81</sup> Tahiroğlu, S. 33.

<sup>82</sup> Kuru, *Usul, C. II*, S. 1919; Kuru, *El Kitabı, C. I*, S. 571; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, S. 156; Taşpınar, S. 95; Karlı, S. 234; Tanrıver, *Usûl, C. I*, s. 393.

<sup>83</sup> Tahiroğlu, S. 33.

würde. Würden die Parteien die Tatsachen und Beweismittel in den Prozess nicht einführen, wäre es nicht sinnvoll, das Verfahren von Amts wegen durch den Richter einzuleiten und durchzuführen. Um solche Widersprüche zu vermeiden, sollte daher die Untersuchungsmaxime auch in von der Officialmaxime beherrschten Verfahren zur Anwendung kommen<sup>84</sup>.

### **Fazit**

Gemäß Art. 169 des türkischen Zivilgesetzbuches trifft der Richter während der Dauer des Scheidungsverfahrens von Amts wegen die erforderlichen vorsorglichen Maßnahmen, insbesondere in Bezug auf die Wohnung der Ehegatten, ihren Unterhalt, die Verwaltung des Vermögens der Ehegatten und die Betreuung und den Schutz der Kinder. Die vorsorglichen Maßnahmen gehören zu dem durch eine Sonderbestimmung geregelten einstweiligen Rechtsschutz.

Vorsorgliche Maßnahmen werden in einem Nebenverfahren angeordnet. Im Verfahren der vorsorglichen Maßnahmen genügt die Glaubhaftmachung. Wer in diesem Verfahren die Tatsachen, die Gegenstand der Glaubhaftmachung sind, und die für den Beweis dieser Tatsachen erforderlichen Beweismittel in den Prozess einführt, wurde im türkischen Recht jedoch nicht ausdrücklich geregelt.

Unterliegt das Hauptsacheverfahren der Verhandlungsmaxime, unterliegt das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes grundsätzlich auch der Verhandlungsmaxime, weil die Aufgaben des Gerichts im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht weiter reichen als im entsprechenden Hauptsacheverfahren. Gilt jedoch im Hauptsacheverfahren die Untersuchungsmaxime, kommt diese auch für das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes zur Anwendung.

Im Scheidungsverfahren gilt die Verhandlungsmaxime. Dies bedeutet jedoch nicht, dass im Verfahren der während des Scheidungsverfahrens zu treffenden vorsorglichen Maßnahmen die Verhandlungsmaxime gilt. Gemäß Art. 169 des türkischen Zivilgesetzbuches trifft der Rich-

---

<sup>84</sup> Tahiroğlu, S. 33.

ter die erforderlichen vorsorglichen Maßnahmen von Amts wegen. Deshalb gilt die *Offizialmaxime* für den Erlass vorsorglicher Maßnahmen. Wie sich aus dem Wortlaut der Vorschrift ergibt, gilt die *Offizialmaxime* im Gegensatz zum schweizerischen Recht im türkischen Recht nicht nur bei Maßnahmen in Bezug auf die Kinder, sondern auch bei Maßnahmen in Bezug auf die Ehegatten. Meiner Meinung nach gilt die *Untersuchungsmaxime* aufgrund der *Offizialmaxime* in allen Verfahren der vorsorglichen Maßnahmen.

### ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a. A.	: anderer Ansicht
Abs.	: Absatz
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
Art.	: Artikel
Aufl.	: Auflage
bs.	: Bası
C.	: Cilt
d. h.	: das heißt
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
Einf.	: Einführung
Einl.	: Einleitung
ff.	: folgende
Fn.	: Fußnote
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
Hrsg.	: Herausgeber

K.	: Karar
Kazancı	: <a href="http://www.kazanci.com.tr">www.kazanci.com.tr</a>
Legalbank	: <a href="http://www.legalbank.net">www.legalbank.net</a>
N.	: (Rand)nummer
R.G.	: Resmi Gazete
Rdn.	: Randnummer
S.	: Seite/Sayı
s. a.	: siehe auch
sch. ZPO	: schweizerische Zivilprozessordnung
SDÜHFD	: Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TBBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
tZGB	: türkisches Zivilgesetzbuch
tZPO	: türkische Zivilprozessordnung
Übers.	: Übersetzer(in)
vgl.	: vergleiche
Ziff.	: Ziffer
ZPO	: Zivilprozessordnung

## ÖZET

*Geçici hukukî koruma, asıl hukukî koruma elde edilinceye kadar ortaya çıkabilecek tehlikeleri önlemek amacıyla geçici olarak verilen ve asıl hukukî korumanın gerçekleştirilebilmesini güvence altına alan acele yargısal hukukî korumdur. Bir üst kavram olarak kabul edilen geçici hukukî korumanın çeşitli türleri bulunmaktadır. Bu türlerden ihtiyati tedbirler ve delil tespiti Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiştir. Söz konusu geçici hukukî koruma türleri dışında kendi özel kanunlarında düzenlenmiş olan başka geçici hukukî koruma türleri de bulunmaktadır. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 406. maddesinin ikinci fıkrasında, geçici hukukî korumalara ilişkin diğer kanunlarda yer alan özel hükümlerin saklı olduğu açıkça vurgulanmıştır. Türk Medeni Kanunu'nun 169. maddesinde düzenlenen boşanma davası sırasında alınabilecek geçici önlemler de özel hükümle düzenlenmiş geçici hukukî korumalardandır.*

*Türk Medeni Kanunu'nun 169. maddesine göre, hâkim, boşanma davası devam ettiği sürece gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri kendiliğinden alır. Söz konusu hükümde sayılan geçici önlemler sınırlı sayıda değildir. Alınacak önlemleri belirleme konusunda hâkime geniş bir takdir yetkisi verilmiştir. Dolayısıyla hâkim, gerekli ve uygun olan tüm geçici önlemleri re'sen alabilir.*

*Geçici önlemlere bir yan yargılamada karar verilir. Bu yargılamada yaklaşık ispat seviyesinde ispat ölçüsü yeterlidir. Söz konusu yargılamada yaklaşık ispatın konusunu oluşturan vakıalar ile bu vakıaların ispatı için gerekli olan delillerin yargılamaya kim tarafından getirileceği Türk hukukunda açıkça düzenlenmemiştir.*

*Medenî usûl hukukunda vakıa ve delillerin yargılamaya kim tarafından getirileceği konusunda kural olarak taraflarca getirilme ilkesi geçerlidir (HMK m. 25). Taraflarca getirilme ilkesine göre, iddia ve savunmanın temelini oluşturan vakıalar ile bu vakıaların ispatı için gerekli olan deliller yargılamaya taraflarca getirilir. Taraflarca getirilme ilkesinin karşıtı ise, re'sen araştırma ilkesidir. Vakıa ve delillerin toplanması konusunda, tarafların yanında, hâkimin de görevli olmasına re'sen araştırma ilkesi denir. Re'sen araştırma ilkesi, medenî usûl hukukunda istisnaî olarak uygulama alanı bulur. Nitekim kamu düzenini ilgilendiren yargılamalarda esasen re'sen araştırma ilkesi geçerlidir. Bununla birlikte,*

hangi yargılamaların kamu düzenini ilgilendirdiği ve dolayısıyla re'sen araştırma ilkesine tâbi olduğu Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiştir.

Asıl yargılamada taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu hâllerde, geçici hukukî korumalara ilişkin yargılamalarda da kural olarak taraflarca getirilme ilkesi geçerli olur. Buna karşılık, asıl yargılamanın re'sen araştırma ilkesine tâbi olduğu durumlarda, geçici hukukî korumalara ilişkin yargılamalar da re'sen araştırma ilkesine tâbi olur.

Türk hukukunda, boşanma davası re'sen araştırma ilkesine değil, taraflarca getirilme ilkesine tâbidir. Zira boşanma davası kamu düzenini ilgilendiren bir niteliğe sahip değildir. Nitekim Türk Medeni Kanunu'nun 184. maddesinde de, hâkime dava malzemesini, yani vakuaları ve delilleri re'sen araştırma görevi yüklenmemiştir. Bu nedenle boşanma davalarında hâkim dava malzemesini kendiliğinden araştıramaz. Bir başka deyişle, boşanma davalarında da dava malzemesinin mahkemeye getirilmesi yine tarafların işidir.

Ancak bu durum, boşanma davası sırasında alınabilecek geçici önlemlere ilişkin yargılamalarda da taraflarca getirilme ilkesinin uygulanacağı anlamına gelmez. Nitekim Türk Medeni Kanunu'nun 169. maddesinde yer alan düzenlemelerden hareket edildiğinde farklı bir sonuca varılmaktadır. Şöyle ki, bu hükme göre, hâkim geçici önlemlere re'sen karar verir. Dolayısıyla boşanma davası sırasında alınabilecek geçici önlemlere ilişkin bütün yargılamalarda re'sen harekete geçme ilkesi geçerlidir. Türk hukukunda, İsviçre hukukundan farklı olarak, sadece çocuklara ilişkin önlemler bakımından değil, eşlere ilişkin önlemler bakımından da re'sen harekete geçme ilkesi uygulama alanı bulur.

Geçici önlemlere ilişkin yargılamalarda re'sen harekete geçme ilkesi geçerli olduğundan dolayı bu yargılamalar re'sen araştırma ilkesine tâbidir. Şöyle ki, tasarruf ilkesinin karşıtı olan re'sen harekete geçme ilkesi, mahkemenin, tarafların talebi olmaksızın harekete geçip yargılama yaparak karar verebilmesini ifade eder. Medenî usûl hukukunda re'sen araştırma ilkesi, re'sen harekete geçme ilkesinin gerçekleştirilmesine katkı sağlar. Bir başka deyişle, nasıl ki taraflarca getirilme ilkesi tasarruf ilkesinin tamamlayıcısı ise, re'sen araştırma ilkesi de re'sen harekete geçme ilkesinin tamamlayıcısıdır. Nitekim re'sen harekete geçerek yargılamayı başlatan hâkimin, yargılamayı gerçeğe uygun bir kararla sona erdiren-



*bilmesi için aynı zamanda vakıaları ve delilleri araştırabilme yetkisine sahip olması gerekir. Re'sen harekete geçme ilkesine tâbi bir yargılamada, vakıaların ve delillerin getirilmesi işi taraflara bırakılırsa, re'sen harekete geçme ilkesi kendisinden beklenen faydayı sağlamaz. Zira taraflar vakıaları ve delilleri yargılamaya getirmediği sürece, hâkimin yargılamayı re'sen başlatıp yürütmesi bir anlam ifade etmez. Dolayısıyla böyle tutarsızlıkların önüne geçebilmek için re'sen harekete geçme ilkesine tâbi yargılamalarda re'sen araştırma ilkesi de uygulanmalıdır.*

## LITERATURVERZEICHNIS

- AKKAYA Tolga, "Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hakimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile Danışmanlığı", *ABD*, 2014/4, S. 23-61.
- AKKAYA Tolga, *Medenî Usûl Hukuku Bakımından Boşanma Davası*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017 (Boşanma).
- AKINTÜRK Turgut/ATEŞ Derya, *Türk Medenî Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku*, 23. bs., Beta, İstanbul, 2021.
- AKİL Cenk, "Boşanma Davalarında Vakıaların İleri Sürülmesi Zamanı Meselesinin Yargıtay Kararlarındaki Görünümü", *DEÜHFD*, C. 12, S. 1, 2010, S. 1-23.
- ALANGOYA Yavuz, *Medenî Usul Hukukunda Vakıaların Ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979.
- ALANGOYA Yavuz/ YILDIRIM Kamil/DEREN-YILDIRIM Nevhis, *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 8. bs., Beta, İstanbul, 2011.
- ALBAYRAK Hakan, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- ANSAY Sabri Şakir, *Hukuk Yargılama Usulleri*, 7. Baskı, Ankara, 1960.
- ARSLAN Ramazan, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici Hukuki Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler", *Bankacılar Dergisi*, Özel Sayı, 2013, S. 7-27.
- ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder/TAŞPINAR AYVAZ Sema/HANA-ÇASI Emel, *Medenî Usul Hukuku*, 7. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- ATALAY Oğuz, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, C. II, 15. bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Pekcanitez Usûl).
- ATALI Murat, "İslah Yoluyla İleri Sürülen Talep Bakımından Zamanaşımın Kesildiği Tarih", *DEÜHFD*, C. 11, Özel Sayı, 2009, S. 115-127.

- ATALI Murat, *Medenî Usul Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014 (Aleyhe Bozma).
- ATALI Murat/ERMENEK İbrahim/ERDOĞAN Ersin, *Medenî Usûl Hukuku*, 4. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- BAKER & MCKENZIE (Hrsg.), *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)*, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2010 (Stämpflis Handkommentar).
- BAUMGÄRTEL Gottfried, “Die Auswirkungen von Parteivereinbarungen auf die Beweislast”, *Festschrift für Hans W. Fasching zum 65. Geburtstag*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1988, S. 67-80.
- BAUMGÄRTEL Gottfried/LAUMEN Hans-Willi/PRÜTTING Hanns, *Handbuch der Beweislast*, Grundlagen, 2. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln-München, 2009 (Handbuch der Beweislast, Grundlagen).
- BAYRAM Aziz Erman, “Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Tedbir Nafakasına Dair 25.10.2018 Tarihli ve 2017/2-1891 Esas, 2018/1577 Karar Sayılı Kararının Değerlendirilmesi”, *TBBĐ*, 2019(144), S. 213-248.
- BECKER-EBERHARD Ekkehard, “Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilme İlkesinin Esasları Ve Sınırları”, Übers. M. Kamil Yıldırım, *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*, 6. bs., Beta, İstanbul, 2011, S. 17-38.
- BOLAYIR Nur, *Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Hâkimin ve Tarafların Rolü*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- BRUNNER Alexander/GASSER Dominik/SCHWANDER Ivo (Hrsg.), *Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, Kommentar*, 2. Aufl., Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen, 2016 (DIKE-Komm-ZPO).
- BUDAK Ali Cem/KARAASLAN Varol, *Medenî Usul Hukuku*, 5. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- BÜHLER Walter/SPÜHLER Karl, *Berner Kommentar, Die Ehescheidung, Art. 137-158 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht*,

- Das Eherecht*, 3. Aufl., Stämpfli Verlag AG, Bern, 1980 (Berner ZGB).
- DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ Mustafa Alper, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, 16. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- DURAN Osman, *Medenî Usûl Hukukunda Taleple Bağlılık İlkesi*, Ankara, Seçkin, 2020.
- ERCAN İbrahim, "Aile Mahkemesinde Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlemesi", *Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan*, İstanbul, Alkım, 2007, S. 63-102.
- ERDÖNMEZ Güray, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, C. I, 15. bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Pekcanitez Usûl).
- ERİŞİR Evrim, *Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- GASSER Dominik/RICKLI Brigitte, *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kurzkommentar*, 2. Aufl., Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen, 2014.
- GEHRI, Myriam A./ JENT-SØRENSEN, Ingrid/ SARBACH, Martin (Hrsg.), *ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2. Aufl., Zürich, Orell Füssli Verlag AG, 2015 (Orell Füssli Kommentar)
- GÖRGÜN L. Şanal/BÖRÜ Levent/KODAKOĞLU Mehmet, *Medenî Usûl Hukuku*, 10. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- GRUNSKY Wolfgang, *Zivilprozessrecht*, 13. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln-München, 2008.
- GULDENER Max, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1979.
- GÜNAY İNAN Esra, *Aile Hukukunda Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- HAUSHEER Heinz/WALTER Hans Peter (Hrsg.), *Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II:

Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2012 (Berner ZPO).

HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/ GEISER Thomas (Hrsg.), *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1 – 456 ZGB*, Helbing&Lichtenhahn Verlag AG, Basel und Frankfurt am Main, 1996 (Komm. ZGB).

JAUERNIG Othmar/HESS Burkhard, *Zivilprozessrecht*, 30. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2011.

KAPLAN Mikail Bora, *Smâi Mülkiyet Kanunu'nda İhtiyati Tedbirler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

KARAFAKİH İsmail Hakkı, *Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1952.

KARSLI Abdurrahim, *Medeni Muhakeme Hukuku*, 5. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.

KONURALP Cengiz Serhat, *İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Tedbirler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

KÖROĞLU Anıl/TAHİROĞLU Fatih, “Medenî Usûl Hukukunda Tanık Delilinden Vazgeçme”, *TAÜHFD*, C. 2, S. 1, 2020, S. 221-247.

KRÜGER Wolfgang/RAUSCHER Thomas (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 1 §§ 1-354, 6. Aufl., C. H. Beck, München, 2020 (MüKoZPO).

KRÜGER Wolfgang/RAUSCHER Thomas (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 2 §§ 355-945b, 6. Aufl., C.H. Beck, München, 2020 (MükoZPO).

KURT Ekrem, “Boşanma Davasında Hakimin Alacağı Geçici Önlemler (MK m.169)”, *Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Haziran 2013, S. 1, S. 97-109.

KURU Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. II, 6. bs., İstanbul, 2001 (Usul, C. II).

KURU Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. III, 6. bs., İstanbul, 2001.

- KURU Baki, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı*, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020 (El Kitabı, C. I).
- KÜÇÜK Alper Tunga, *Vakıaların Toplanması Açısından Teksif İlkesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021 (Teksif İlkesi).
- KÜÇÜK Alper Tunga, "Medenî Usûl Hukukunda Davacının Talep Sonucunu Genişletmesi veya Değiştirmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 18, 2021, S. 213-252.
- LÜKE Wolfgang, *Zivilprozessrecht*, 10., neu bearbeitete Aufl., München, Verlag C. H. Beck, 2011.
- MERİÇ Nedim, *Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- MORDASINI-ROHNER Claudia M., *Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2013 (Untersuchungsmaxime).
- MORDASINI-ROHNER Claudia M., "Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime in familienrechtlichen Verfahren", *recht*, 2014, S. 16-26 (Fragepflicht).
- MUSIELAK Hans-Joachim/BORTH Helmut/GRANDEL Mathias, *Familiengerichtliches Verfahren 1. und 2. Buch*, 6. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München, 2018.
- MUSIELAK Hans-Joachim/VOIT Wolfgang, *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar*, 18. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München, 2021.
- OBERHAMMER Paul/DOMEJ Tanja/HAAS Ulrich (Hrsg.), *Kurzkommentar ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014 (KUKO ZPO).
- ORHAN şafak, "Boşanma Davasında Geçici Hukukî Koruma Tebirleri", *Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2016.
- ÖZÇELİK Volkan, *Türk Medenî Usûl Hukukunda Taraflarca Getirilme İlkesi*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020.

- ÖZEKES Muhammet, *İcra ve İflâs Hukukunda İhtiyati Haciz*, Seçkin, Ankara, 1999.
- ÖZEKES Muhammet, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003.
- ÖZEKES Muhammet, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, C. II, 15. bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- ÖZEKES Muhammet, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, C. III, 15. bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- ÖZMUMCU Seda, "Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re'sen Araştırma İlkesi", *SDÜHFD*, Mihbir Özel Sayısı, C. 4, S. 2, 2014, s. 145-171.
- ÖZTAN Bilge, *Aile Hukuku*, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.
- PEKCANITEZ Hakan, "Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukuki Koruma Önlemleri", *Makaleler*, C. I, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2016, S. 781-822.
- PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, *Medenî Usûl Hukuku*, 14. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- RENGGLI Andreas, *Das Untersuchungsverfahren in der zugerischen Zivilprozessordnung (§ 102 ff. ZPO)*, Juris Druck + Verlag, Zurich, 1970.
- POHLMANN Petra, *Zivilprozessrecht*, 2. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2011.
- ROSENBERG Leo/SCHWAB Karl Heinz/GOTTWALD Peter, *Zivilprozessrecht*, 18., neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2018.
- SAENGER Ingo, *Zivilprozessordnung Handkommentar*, 9. Aufl., Nomos, 2021 (Hk-ZPO).
- SCHILKEN Eberhard, *Zivilprozessrecht*, 6. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München, 2010.
- STAEHELIN Adrian/STAEHELIN Daniel/GROLIMUND Pascal, *Zivilprozessrecht*, 2. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2013.

- STEIN Friedrich/JONAS Martin, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 4 §§ 253-327, 22. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2008 (Stein/Jonas ZPO).
- SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral, “Medenî Kanun'un Aile Hukuku Alanında Getirdiği Değişikliklerin Medenî Usul Hukuku Bakımından Düşündürdükleri”, *Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-I*, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Eskişehir, 2003, S. 75-91.
- SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral, *Türk Medeni Yargılama Hukuku*, Fakülte-ler Kitabevi, İzmir, 2013 (Yargılama).
- SUTTER-SOMM Thomas, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 2. Aufl., Schulthess, Zürich, 2012 (Zivilprozessrecht).
- SUTTER-SOMM Thomas/HASENBÖHLER Franz/LEUENBERGER Christoph, *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 3. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Basel - Genf, 2016 (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger ZPO).
- SUTTER-SOMM Thomas/ SEILER Benedikt, *Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 1-408 ZPO*, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf, 2021 (Handkommentar ZPO).
- ŞAHİN BAYRAM Ayşegül, “Aile Hukukunda Geçici Hukuki Korumalar”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2021.
- TAHİROĞLU Fatih, *Medenî Usûl Hukukunda Re'sen Araştırma İlkesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- TANRIVER Süha, *Türk Aile Mahkemeleri*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.
- TANRIVER Süha, *Medenî Usûl Hukuku*, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 (Usûl, C. I).
- TAŞPINAR Sema, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001
- THOMAS Heinz/ PUTZO Hans, *Zivilprozessordnung*, 36. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2015 (Thomas/Putzo ZPO).



- TUNÇ YÜCEL Müjgan, *HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyati Tedbir ve Delil Tespiti*, Seçkin, Ankara, 2013.
- ULUKAPI Ömer, *Medenî Usûl Hukuku*, 3. bs., Mimoza Yayınları, Konya, 2015.
- YILMAZ Ejder, *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C. I*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001.
- YILMAZ Ejder, *(Medenî Yargılama Hukukunda) Islah*, 4. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2013 (Islah).
- WAGNER Gerhard, *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998.
- WIECZOREK Bernhard/SCHÜTZE Rolf A., *Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar*, Band 4 §§ 253-299a, 4. Aufl., De Gruyter, 2013 (Wieczorek/Schütze ZPO).

## Mal Rejimi Sözleşmelerinde Sözleşme Serbestisi ve Sınırları

### Vertragsfreiheit und Ihre Grenzen in Eheverträgen

Araş. Gör. Gökçen Doğan\*

#### ÖZ

*Mal rejimi, sona eren evlilik birliklerinin eşler bakımından en önemli mali sonuçlarından biridir. Eşler arasında mal rejiminin herhangi bir sebeple sona erdiği durumlarda eşlerin malvarlığı değerleri açısından bir paylaşımın olup olmayacağı, paylaşımın olacağı durumlarda ise bunun ne şekilde gerçekleştirileceği eşlerin tabi olduğu mal rejimine göre belirlenir. Aile hukukuna ilişkin hükümler kural olarak emredici nitelikte olsa da aralarında uygulanacak mal rejiminin belirlenmesine ilişkin olarak eşlere sınırlı da olsa sözleşme özgürlüğü tanınmıştır. Eşler TMK m. 202 uyarınca yapacakları mal rejimi sözleşmesi ile aralarında uygulanacak mal rejimini kanunda belirtilen seçimlik mal rejimleri arasından seçebilecek; seçtikleri mal rejiminin veya hiçbir seçim yapmadıkları durumda kendilerine uygulanacak olan yasal mal rejimi niteliğindeki edinilmiş mallara katılma rejiminin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar kapsamında belirleyebileceklerdir. Bu kapsamda, eşlerin aralarındaki mal rejimini seçme ve içeriğini belirlemelerine ilişkin sözleşme serbestisinin kapsamının ne olduğunun belirlenmesi çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır.*

**Anahtar Kelimeler:** Sözleşme serbestisi, sınırlı sayı ilkesi (numerus clausus), tipe bağlılık ilkesi, mal rejimi sözleşmeleri, yasal mal rejimi, seçimlik mal rejimleri.

---

\* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, e posta: g.dogan@tau.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5173-0172.

## Freedom of Contract and Its Limits in Matrimonial Contracts

### ABSTRACT

*Property regime is one of the most important financial consequences of the dissolution of marriages for the spouses. In cases where the property regime between the spouses is terminated for any reason, whether there will be a division in terms of the property values of the spouses, and in cases where there will be a division, how this will be done is determined according to the property regime to which the spouses are subject. Although the provisions of family law are mandatory as a rule, limited freedom of contract is given to the spouses regarding the determination of the property regime to be applied between them. Spouses Art. 202 of Turkish Civil Code, they will be able to choose the goods regime to be applied between them, among the optional goods regimes specified in the law, with a property regime contract; they will be able to determine the content of the property regime they have chosen or of the regime of participation in acquired properties, which is the legal property regime that will be applied to them in case they have not made any choice, within the limits stipulated in the law. In this context, the subject of our study is to determine the scope of the freedom of contract for the spouses to choose the property regime between them and to determine its content.*

**Keywords:** Freedom of contract, limited number principle (numerus clausus), principle of adherence to type, property regime contracts, legal property regime, optional property regimes.

### Giriş

Aile hukukunda kural olarak ilişki tipleri sınırlı sayıda (*numerus clausus*) olup<sup>1</sup> sözleşme serbestisi yalnızca kanunda çizilen sınırlar çerçevesinde

---

<sup>1</sup> Mustafa Dural, Tufan Ögüz, Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, 15. Bası, Filiz Kitabevi, 2020, s. 4; Gerrit Langenfeld/Lutz Milzer, *Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen*, C. H. Beck, 2015, n. 12 vd.; Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, Turhan Kitabevi, 2015, s. 396. Doktrinde Zeytin mal rejimi sözleşmelerini dar ve geniş anlamda olmak üzere ikiye ayırmakta ve dar veya bir başka deyişle teknik anlamda mal rejimi sözleşmesiyle yapılması gerekenler dışında resmi şekil şartına tabi olmadan da yapılabilen ve taraflar arasındaki mal rejimi sözleşmelerini geniş anlamda mal rejimi sözleşmeleri olarak sınıflandırmaktadır. (Zafer Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 46) Çalışmamız kapsamında, ‘mal rejimi sözleşmesi’ ile kastedilen dar anlamda mal rejimi sözleşmeleridir.

vesinde kısıtlı olarak mevcuttur<sup>2</sup>. Aralarında uygulanacak mal rejimine ilişkin olarak yapacakları mal rejimi sözleşmelerinde eşler kanunun izin verdiği ölçüde sözleşme serbestisine sahiptir. Bu bağlamda eşler, aralarında uygulanacak mal rejimini özgürce seçebileceklerse de yapacakları bu seçim, TMK m. 202/f. 2 hükmünde öngörülen tipe bağlılık ilkesi gereği ancak kanunen öngörülen seçimlik mal rejimlerinden birine yönelik olabilecektir. Keza, eşler seçtikleri mal rejimi kapsamında söz konusu mal rejiminin içeriğini de ancak kanuni sınırlar içerisinde düzenleyebilirler. Yapacakları mal rejimi sözleşmesiyle eşler, yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminden ayrılacakları gibi edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanmasına devam ettikleri halde bu rejimin kurallarını da kanuni sınırlar içerisinde değiştirebilirler. Bu nedenle, mal rejimi sözleşmelerinin incelenmesi, bu sözleşmeler ile eşlerin aralarındaki mal rejiminin hangi unsurlarına ne şekilde müdahale edebileceklerinin anlaşılması bakımından önemlidir. Aşağıda öncelikle mal rejimi sözleşmesi ve sözleşmenin geçerlilik şartları genel olarak incelenecek; daha sonra ise mal rejimi sözleşmesi tarafların sözleşme yapma, içeriğini düzenleme ve sona erdirme özgürlükleri bağlamında ele alınacaktır.

### **I. Hukukumuzda Mal Rejimi Türleri**

Aralarında kurulan evlilik bağı ile birlikte hayatı paylaşan eşlerin birbirlerine karşı birtakım mali sorumlulukları gündeme gelir. Mal rejimi kavramı da söz konusu mali sorumluluklar kapsamında olup aslında evliliğin sürdüğü dönemde eşlerin mali ilişkilerine ilişkin olmakla birlikte, eşlerin evlilik sırasındaki malvarlığı edinimlerinin evlilik sona erdiğinde ne şekilde paylaşılacağını ifade etmek üzere kullanılmaktadır<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Aile hukukunun medeni hukukun diğer dalları ve borçlar hukukuna göre özerk bir karakter sergilemesi nedeniyle borçlar hukuku kurallarının aile hukuku ilişkilerine doğrudan uygulanmasının mümkün olmadığı hakkında bkz. Cengiz Koçhisarlıoğlu, "Aile Hukuku Kavramlarının Farklılığı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2004, C. 53, s. 23.

<sup>3</sup> Faruk Acar, *Aile Hukukumuzda Aile Konutu, Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 123.

1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu uyarınca; edinilmiş mallara katılma, mal ayrılığı, paylaşmalı mal ayrılığı ve mal ortaklığı olmak üzere eşler arasında dört farklı mal rejimi geçerli olabilmektedir. TMK m. 202 uyarınca eşler mal rejimi sözleşmesiyle edinilmiş mallara katılma rejimi dışındaki rejimlerden birini seçmişlerse aralarında edinilmiş mallara katılma rejimi geçerli olacaktır<sup>4</sup>.

Söz konusu düzenleme nedeniyle kanuni mal rejimi olarak da ifade edilen edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin evlilik süresince sahip oldukları mallar kadının ve erkeğin ayrı ayrı gruplanmak üzere edinilmiş mallar ve kişisel mallar şeklinde iki gruba ayrılır. Kanuni mal rejiminin devamı süresince eşlerin bir karşılık vererek (ivazlı) bir şekilde edindikleri mallar edinilmiş mal olup bir malın karşılık verilerek elde edilip edilmediği ispat edilememişse, TMK m. 222/f. 3 hükmü uyarınca o mal edinilmiş mal kabul edilecektir. Önemle belirtilmelidir ki, bir mal ya edinilmiş mal grubuna ya da kişisel mal grubuna bütün olarak özgülenir<sup>5</sup>. Bu özgülemenin amacı evlilik sona erdiğinde hangi malların taraflar arasında paylaşımına konu olacağını tespit edilmesidir. Edinilmiş mallara katılma rejimine tabi olan eşler mal rejimi sona erdiğinde, aralarındaki mal rejimi devam ettiği sürece kanun veya sözleşme ile belirlenen şekilde sahip oldukları edinilmiş malları üzerinde belli bir oranda diğer eşe katılma alacağı olarak ifade edilen alacak hakkı sağlamaya yükümlüdürler. Taraflarca kararlaştırılmaması durumunda bu oran TMK m. 236/f. 1 uyarınca bir bölü iki ( $\frac{1}{2}$ ) olarak belirlenmiştir. Eşlerin kişisel malları ise paylaşımına konu olmaz; her eşin kişisel malı kendisine ait olmaya devam eder.

743 sayılı Medeni Kanun döneminde kanuni mal rejimi olan mal ayrılığı rejiminde<sup>6</sup> ise evlilik ve evliliğin sona ermesinin eşlerin malvarlığı

---

<sup>4</sup> Ahmet M. Kılıçoğlu, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, 2002, s. 15.

<sup>5</sup> Ömer Uğur Gençcan, *Mal Rejimleri Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayıncılık, 2019, s. 297.

<sup>6</sup> Mülga 743 sayılı Kanun m. 170 şu şekildeydi: “*Karı koca, evlenme mukavelesini ile kanunda muayyen diğer usullerden birini kabul etmedikleri takdirde veya kabul edipte kanunda gösterilen sebeplerden birinin hüdüsu halinde, aralarında mal ayrılığı cereyan eder.*”

üzerinde hiçbir etkisi yoktur. Zira TMK m. 242 uyarınca mal ayrılığı rejiminde eşlerden her biri yasal sınırlar içerisinde kendi malvarlığı üzerinde yönetim, yararlanma ve tasarruf haklarını korur. Bir başka deyişle mal ayrılığı rejiminde ilke olarak eşlerin malvarlıklarının birbirinden tamamen ayrı olması benimsenmiştir. Eşler, evli olmayan kişilerin malvarlıklarına ilişkin olarak sahip oldukları hak ve yükümlülükler tabidirler. Mal ayrılığı rejiminde eşler arasında ortak bir malvarlığı değeri bulunmadığından aralarındaki rejim sona erdiğinde bir mal paylaşımı söz konusu olamaz. Bu bağlamda bir tasfiye sorunu da gündeme gelmez<sup>7</sup>.

Paylaşmalı mal ayrılığı rejimi özünde edinilmiş mallara katılma rejimini andırmakla birlikte eşler arasında paylaşılan malların kapsamı edinilmiş mallara katılma rejimine göre daha dardır<sup>8</sup>. Zira, paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde, rejimin kurulmasından sonra edinilmiş tüm mallar değil, yalnızca aileye özgülenen mallar, mal rejiminin sona ermesi halinde eşler arasında eşit olarak paylaşılır. TMK m. 250 uyarınca aileye özgülenen mallar, “eşlerden biri tarafından paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin kurulmasından sonra edinilmiş olup ailenin ortak kullanım ve yararlanmasına özgülenmiş mallar ile ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik yatırımlar veya bunların yerine geçen değerler” olarak iki ayrı mal grubundan oluşmaktadır.

Son olarak eşler arasındaki birlikteliğin en yoğun biçimde aralarındaki ekonomik ilişkilere de yansıdığı mal rejimi olan mal ortaklığında, ortaklığa giren mallar üzerinde özel olarak düzenlenmiş bir elbirliği mülkiyetinden bahsedilebilir<sup>9</sup>. Mal ortaklığı rejiminde eşlerin kişisel malları ile ortaklık malları olmak üzere iki ayrı mal grubu vardır. Bunlar mal or-

---

<sup>7</sup> Yaşar Şahin Anıl, Yonca Taner, *Eşler Arasındaki Mal Rejimleri*, Legal Kitabevi, 2011, s. 232.

<sup>8</sup> Bu özelliği nedeniyle *Gençcan paylaşmalı mal ayrılığı rejimini* “*topal edinilmiş mallara katılma rejimi*” olarak tanımlamakta ve topallığın paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde paylaşımın rejimin kurulmasından sonra edinilmiş tüm malları değil de yalnızca bazılarını kapsamamasından kaynaklandığını ifade etmektedir. (Gençcan, s. 1646-1647.)

<sup>9</sup> Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku*, 9. Bası, On İki Levha Yayınları, 2021, s. 106.

taklığı rejimini oluşturan eşlerin ortaklığa giren malları ve her birinin kişisel mallarıdır. Ortaklığa giren mallar üzerinde elbirliği mülkiyetine ilişkin hükümler uygulanır. Bu nedenle hiçbir eş, ortaklık payı üzerinde tek başına tasarrufta bulunamaz.

## II. Mal Rejimi Sözleşmesi

### A. Genel Olarak

Mal rejimi sözleşmesi en genel anlamda kanuni sınırlar çerçevesinde eşler arasındaki mal rejiminin seçilmesi, içeriğinin belirlenmesi ve seçilmiş olan mal rejiminin sona erdirilmesine ilişkin olarak yapılan özel geçerlilik, şekil ve ehliyet şartlarına tabi bir aile hukuku sözleşmesi olarak tanımlanabilir<sup>10</sup>. Eşler arasında evlilik birliğinin genel hükümleri çerçevesinde yapılan birlik giderlerine katılma payının tespitine yönelik anlaşmalar ya da aile konutunun devri veya bir aynı hak ile yüklenilmesi için izin verilmesi gibi hususlar mal rejimi sözleşmelerine dâhil edilebilecekse de bu gibi hususların mal rejimi sözleşmesiyle yapılmasına gerek bulunmamaktadır<sup>11</sup>. Ancak, kanunun açıkça mal rejimi sözleşmesine atıf yaptığı hallerde mal rejimi sözleşmesinin akdedilmesi zorunludur<sup>12</sup>.

Eşler arasında birinin diğerinden önce ölmesi durumunda diğer eşin tüm edinilmiş mallara sahip olmasını öngören anlaşmalar maddi hukuk bağlamında ölüme bağlı tasarruf olarak nitelendirilse dahi örneğin edinilmiş mallara katılma rejiminde artık değere katılmaya ilişkin farklı bir esasın belirlenmesine ilişkin TMK m. 237/f. 1 ve mal ortaklığı rejiminde yasal paylaşım oranından farklı bir paylaşım oranının kararlaştırılması

---

<sup>10</sup> Dural/Öğüz/Gümüş, s. 210; Suat Sarı, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, Beşir Kitabevi, 2007, s. 8; Mustafa Alper Gümüş, *Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281)*, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 219; İpek Betül Aldemir, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Taraf İradelerinin Etkisi*, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 1.

<sup>11</sup> Gümüş, s. 219.

<sup>12</sup> Bunlar TMK m. 202/f. 2; 208/f. 1; m. 211/f. 1; m. 221/f. 1, 2; m. 237/1, m. 238, m. 240/1, m. 258, m. 259/f. 1, m. 260, m. 276, m. 277/f. 3 hükümlerinde yer alan hallerdir.

labileceğine ilişkin m. 276/f. 2 hükümleri kapsamında tarafların aralarında miras sözleşmesi akdedilmeksizin mal rejimi sözleşmesi yaparak kanuni esaslardan ayrılması mümkündür<sup>13</sup>.

Mal rejimi sözleşmesi, TMK m. 716/f.3 hükmüne dayandırılarak bir tasarruf işlemi olarak nitelendirilmektedir<sup>14</sup>. Gerçekten, mal rejimi sözleşmeleri kurulduğu andan itibaren eşler ve üçüncü kişiler bakımından hüküm ve sonuçlarını doğurur. TMK m. 716/f. 3 hükmü “Bir taşınmazın mülkiyetinde eşler arasındaki mal rejimi dolayısıyla meydana gelen değişiklikler, eşlerden birinin istemiyle tapu kütüğüne doğrudan tescil olunur.” şeklinde olup bu sonucu teyit eder niteliktedir.

## B. Sözleşmenin Tarafları

TMK m. 203 hükmünde mal rejimi sözleşmesinin taraflarca evlenmeden önce veya sonra yapılabileceği belirtilmiştir. Buradan hareketle evlenmeden önce veya evlenme başvurusu esnasında nişanlılar<sup>15</sup>, evlendikten sonra eşler mal rejimi sözleşmesinin tarafı olabileceklerdir<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Gümüş, s. 219; Zeytin, s. 58; Heinz Hausheer, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, Hrsg. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser, 2. Auflage, Basel-Genf-München, 2012, Art. 216, N. 14.

<sup>14</sup> Dural/Öğüz/Gümüş, s. 303; Gümüş, s. 221; Acar, s. 130; Mal rejimi sözleşmelerinin malvarlığına yaptıkları etki bakımından borçlandırıcı işlem ya da tasarruf işlemi olarak nitelendirilebileceğine ilişkin farklı bir görüş için bkz. Şükran Şıpka, *Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar*, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 17.

<sup>15</sup> Evlilik öncesinde evlenme niyeti taşıyan kişilerin mal rejimi sözleşmesi yapması söz konusu olduğundan bu durum başta nişanlılar için gündeme gelir. Keza mehzaz kanun olan İsviçre Medeni Kanunu'nun ilgili hükmünde (ZGB Art. 182/2) eşler ve ‘nişanlılar’ın mal rejimi sözleşmesi yapabileceği belirtilmektedir. Bununla birlikte hukukumuzda evlenmeden önce mal rejimi sözleşmesi yapabilecek kişilerin “nişanlı” olması gerektiğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle mal rejimi sözleşmesi bakımından böyle bir zorunluluğun aranmadığına ilişkin olarak bkz. Acar, s. 132.

<sup>16</sup> Zeytin, s. 48; Gençcan, s. 95; Turgut Akıntürk, Derya Ateş, *Aile Hukuku*, 24. Bası, Beta Yayınları, 2022, s. 147.



Evlenirken herhangi bir seçim yapmamış bulunan eşler, yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimine tabi olup her zaman aralarında yapacakları bir mal rejimi sözleşmesi ile kanunda öngörülen seçimlik mal rejimlerinden birini seçebilirler. Ayrıca eşlerin söz konusu seçimlerinden sonra tekrar yapacakları bir mal rejimi sözleşmesiyle edinilmiş mallara katılma rejimine dönmelerinde de herhangi bir engel bulunmamaktadır<sup>17</sup>.

Eşlerden farklı olarak nişanlıların ise TMK m. 205/f. 1 uyarınca evlenme başvurusu sırasında verecekleri yazılı beyanla aralarında uygulanacak mal rejimini seçmeleri mümkündür. Ancak nişanlıların evlenme memuruna yapacakları yazılı bildirim yalnızca seçimlik mal rejimlerinden birine yönelik olabilir ve taraflar söz konusu bildirimle seçtikleri seçimlik mal rejimlerinde veya edinilmiş mallara katılma rejiminde kanundaki düzenlemelerden ayrılan bir düzenleme yapamazlar<sup>18</sup>. Evlenecek olan kişiler bu konularda bir düzenlemede bulunmak istiyorlarsa, bunu ancak noterde düzenlenme veya onaylama şeklinde yapacakları bir mal rejimi sözleşmesiyle yapabilirler<sup>19</sup>. Ayrıca, nişanlıların evlenme başvurusu sırasında seçtikleri mal rejiminin geçerli olması evlenme geciktirici şartına bağlı olup tarafların evlenmemesi durumunda söz konusu seçimleri hüküm ve sonuç doğurmaz.

---

<sup>17</sup> Eşlerin yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimini yerine mal rejimi sözleşmesi ile başka bir mal rejimini seçtikten sonra yine bir mal rejimi sözleşmesi ile edinilmiş mallara katılma rejimine dönüş yapmaları durumunda edinilmiş mallara katılma rejiminin artık yasal mal rejimi olarak değil seçimlik mal rejimi olarak adlandırılacağına ilişkin bkz. Öztan, s. 233.

<sup>18</sup> Bu husus açıkça Evlendirme Yönetmeliği (1.11.1985 tarihli ve 18921 sayılı Resmî Gazete) Ek Madde 1/f. 3'te şu şekilde ifade edilmektedir: “*Evlendirme memurları, evlenecek kişilerin yasal mal rejimi ile ilgili yasadaki düzenlemelerden ya da seçimlik rejimlerden birini seçmelerine rağmen, seçimlik rejimde yasadaki düzenlemelerden farklı anlaşmaları kabul edemez. Evlenecek olan kişiler bu konularda ancak notere gidebilirler*”.

<sup>19</sup> Zeytin, s. 48; Sarı, s. 32; Gümüş, s. 224. Ancak kanun bu duruma TMK m. 227/f. 3'te olduğu gibi istisna getirmiş olabilir.

### C. Sözleşme Taraflarının Ehliyeti

Aralarındaki mal rejimine karar verme, nişanlılar veya eşler için şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olup bu nedenle bizzat yapılmalıdır<sup>20</sup>. Dolayısıyla mal rejimi sözleşmesinin temsilci vasıtasıyla yapılması mümkün değildir<sup>21</sup>. TMK m. 204/f. 1 uyarınca mal rejimi sözleşmesinin tarafları ayırt etme gücüne sahip olmalıdır (TMK m. 204/f. 1). Bu bağlamda küçük ve kısıtlıların da sözleşmenin tarafı olması mümkündür. Ancak, TMK m. 204/f. 2'de de belirtildiği üzere mal rejimi sözleşmesi kurmak isteyen küçükler ve kısıtlılar yasal temsilcilerinin rızasını ve TMK m. 462/b.9 uyarınca vesayet makamının iznini almak zorundadır<sup>22</sup>. Küçükler için yasal temsilcinin rızasının alınması bakımından sözleşmenin yapıldığı zamana göre bir ayırım yapılmalıdır. Mal rejimini yapan küçüğün nişanlı olması durumunda mal rejimi sözleşmesinin geçerli şekilde kurulması için yasal temsilcisinin rızası aranmaktayken, TMK m. 11/f. 2 uyarınca evlenme kişiyi ergin kılacağından evli olması durumunda yasal temsilcinin rızası aranmayacaktır<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Sarı, s. 20; Gümüş, s. 221.

<sup>21</sup> Acar, s. 138; Akıntürk/Ateş, s. 148. Mal rejimi sözleşmelerinin temsilci vasıtasıyla yapılamamasını ilkesinin bir sonucu olarak yasal temsilcileri küçük veya kısıtlının yerine doğrudan yapamayacak olmasıdır. Yasal temsilci, taraflarca imzalanan sözleşmeye rıza gösterdiğini sözleşmeyi imzalayarak belirtecektir. (Ahmet M. Kılıçoğlu, *Katkı-Katılma Alacağı*, 6. Bası, Turhan Kitabevi, 2016, s. 82)

<sup>22</sup> Yasal temsilcinin mal rejimi sözleşmesine rıza göstermemesi halinde kısıtlı veya her ilgili vesayet makamına şikâyette bulunabilir. Vesayet makamının mal rejimi sözleşmesinin geçerliliği için gerekli olan izni vermemesi halinde ise vesayet makamının kararına karşı tebliğ gününden başlayarak on gün içinde denetim makamına itiraz edilebilir. Eşin diğer eşin kanuni temsilcisi olması durumunda aralarında çıkar çatışması söz konusu olacağından TMK m. 426/b. 2 uyarınca kısıtlı olan eş temsil etmek üzere bir temsil kayyımı atanır. Şıpka, s. 25.

<sup>23</sup> Zeytin, s. 51; Sarı, s. 21; Ayırt etme gücü olan küçüğün yasal temsilcisinin rızası ile mal rejimi sözleşmesi yapılması ancak evlenmeden önce söz konusu olabilecektir, zira evlenmeden sonra evlenme ile erginliği kazanacağından sözleşme bağlamında tam ehliyetli olacaktır. Hatemi, s. 105.

#### D. Sözleşmenin Şekli

Mal rejimi sözleşmesinin yapılması resmi şekle tabi tutulmuştur. Söz konusu resmi şekil şartı geçerlilik şekil şartı olup TMK m. 205 uyarınca noterde onaylama veya düzenleme şeklinde yerine getirilebilir. Kanun koyucu düzenleme yoluyla yapılması yanında onaylama şeklinde mal rejimi sözleşmesi yapılması imkanını da öngörerek evlenecek veya evli kişiler bakımından mal rejimi sözleşmesi yapma imkanını kolaylaştırmıştır. Mal rejimi sözleşmesinin noterde düzenleme veya onaylama şeklinde yapılmaması durumunda sözleşme kesin hükümsüzdür.

Kural olarak noterde yapılması gereken mal rejimi sözleşmeleri bakımından evlenecek kişiler için TMK m. 205'te bir istisna öngörülmüştür. Yukarıda bir üst bölümde de belirtildiği üzere TMK m. 205 uyarınca evlenen kimseler evlenme başvurusu sırasında yazılı olarak seçimlerini evlendirme memurluğuna bildirerek mal rejimi seçiminde bulunabilmektedirler. Bir başka ifadeyle evlenmeden önce mal rejimi sözleşmesi yapılmasında eşlere notere gitme olanağı yanında evlendirme memuruna yazılı olarak bildirimde bulunarak mal rejimini beyan etme olanağı sunulmuştur<sup>24</sup>. Mal rejimi sözleşmesinin şekli konusunda evlendirme memurunun görev ve yetkisi ile noterin görev ve yetkisi birbirine karıştırılmamalıdır. Evlendirme memurlarının görev ve yetkisi yalnızca evlendirme başvurusu sırasında eşlerin yasal mal rejimi yerine diğer mal rejimlerini seçtiğine ilişkin yazılı başvurusunu alıp söz konusu başvuruyu resmi kayda geçirmekle sınırlıdır. Bu kapsamda tarafların mal rejimi sözleşmesi hazırlayarak evlendirme memuruna vermesi söz konusu değildir. Taraflar benimsemek istedikleri seçimlik mal rejimlerine ilişkin olarak kanuni sınırlar içerisinde farklı kurallar getirmek istiyorlarsa bunu ancak notere başvurarak yapabilirler<sup>25</sup>.

Resmi şekil zorunluluğu eşlerin yaptıkları mal rejimi sözleşmesini değiştirmeleri ve ortadan kaldırmaları için de söz konusudur<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, 6. Bası, Turhan Kitabevi, 2022, s. 242-244.

<sup>25</sup> Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 242.

<sup>26</sup> Acar, s. 136; Dural/Oğuz/Gümüş, s. 305; Sarı, s. 27.

Mal rejiminin sona erdiği tarihten itibaren yapılacak sözleşmeler anlaşmalı boşanma halinde yapılan protokolde de yer alabilir. Söz konusu anlaşmalı boşanma protokolünün boşanmanın fer'i sonuçları olan maddi ve manevi tazminat ile yoksulluk nafakasına ilişkin hususları kapsamaması durumunda TMK m. 184/f.1 b. 5 uyarınca hâkim tarafından onaylanması gerekir. Hükümde yer alan boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmaların hâkim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmadığı belirtildiğinden onay bir geçerlilik şartıdır<sup>27</sup>. Bununla birlikte önemle belirtilmelidir ki, mal rejiminin tasfiyesine ilişkin istemler boşanmanın fer'i sonuçlarından olmadığından anlaşmalı boşanma protokolünün kapsamında yer almak zorunda değildir<sup>28</sup>. Boşanma davası ile birlikte tasfiye istenmiş olsa bile hâkim tarafından bu davanın ayrılması mümkün olduğu gibi boşanma davasıyla birlikte hiç tasfiye istenmemişse daha sonra ayrı bir dava ile tasfiye talep edilebilir<sup>29</sup>.

## II. Mal Rejimi Sözleşmelerinde Sözleşme Serbestisi

### A. Genel Olarak

TBK m. 26 uyarınca borçlar hukuku alanında bireyler için öngörülen geniş sözleşme serbestisi karşısında aile hukuku alanında bireyler daha sınırlı bir sözleşme serbestisine sahiptirler. Gerçekten, TMK m. 193'te öngörüldüğü üzere genel kural, eşlerden her birinin diğer eşle ya da üçüncü kişilerle yapacakları her türlü hukuki işlemi kendi iradesiyle yapabilmesidir<sup>30</sup>. Ancak bazı durumlarda evlilik birliğini ve aileyi koru-

---

<sup>27</sup> Yusuf Uluç, *Mal Rejimleri ve Tasfiyesi*, Yetkin Yayınları, 2014, s. 181.

<sup>28</sup> Mehmet Erdem, Aslı Makaracı Başak, *Aile Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 288.

<sup>29</sup> Erdem/Başak, s. 289. Boşanmanın birlik ilkesi gereği tasfiyenin boşanma ile birlikte yürütülmesi gerektiği hususunda karşı yönde bkz. Gümüş, s. 293 vd.

<sup>30</sup> Bu durumun altında yatan düşüncenin kişinin sırf evli olması dolayısıyla hukuki işlemlerinin genel bir sınırlamaya tabi olmaması olduğu hakkında bkz. Nami Barlas, "Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları", *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan*, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 119.

mak amacıyla eşlerin sözleşme özgürlüğüne sınırlamalar getirilmiştir<sup>31</sup>. TMK m. 190 kapsamında eşlerin temsil yetkisine getirilen sınırlama, TMK m. 194 uyarınca aile konutu üzerinde eşlerin birlikte karar almalarına ilişkin düzenleme<sup>32</sup> ve TBK m. 584 uyarınca bir eşin kefil olabilmesi için diğer eşin yazılı rızasının aranmasına ilişkin düzenleme ve aile hukuku kapsamında eşlerin işlem özgürlüğünün kısıtlandığı durumlara örnektir.

Aile hukukunda sınırlı şekilde var olan sözleşme serbestisi, eşlerin aralarında yapacakları mal rejimi sözleşmelerinde de kendisini gösterir. Zira borçlar hukukunda kural olan sözleşme serbestisi, eşlere bu konuda sınırlı olarak tanınmıştır. Eşlerin kendi aralarında uygulanacak mal rejimini seçmeleri ve hükümlerini belirlemeleri, TMK m. 202 vd. hükümlerinde öngörülen yasal sınırlamalar çerçevesinde söz konusudur<sup>33</sup>. Aşağıda eşler arasındaki mal rejimi sözleşmeleri bağlamında kanunda öngörülen sınırlamalar incelenecektir.

---

<sup>31</sup> Aldemir, s. 10; 743 sayılı Kanun döneminde de mevcut olan bu sınırlamalara ilişkin olarak bkz. M. Beşir Acabey, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1998, s. 25.

<sup>32</sup> Aile konutuna ilişkin TMK m. 194/1’de yer alan konutun maliki olmayan eş tarafından verilmesi gereken rızanın hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bu kapsamda hükümde yer alan sınırlamanın niteliğine ilişkin olarak doktrinde yasal sınırlama görüşü, tasarruf yetkisi sınırlaması görüşü, hukuki işlem ehliyeti sınırlaması görüşü, yasak işlem görüşü ve birlikte karar verme görüşü şeklinde birçok farklı görüş savunulmaktadır. Bu görüşlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Acar, s. 40-47. Kanaatimizce aile konutuna ilişkin olarak öngörülen düzenleme malik eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasından ibaret olup TMK m. 194/3 uyarınca tapu siciline konulması talep edilebilecek şerh de açıklayıcı nitelikte olup ikinci devirler bakımından TMK m. 1023’ün uygulanmasına engel olacaktır.

<sup>33</sup> Tarafların kanunda çizilen sınırlar içerisinde ve yalnızca öngörülen dört mal rejiminden birini seçebilmelerinin mümkün olmasının sözleşme özgürlüğü olarak değil sözleşme özgürlüğünün kısıtlanması olarak adlandırılabilceği yönündeki eleştiri için bkz. Akın Ünal, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine Eleştirel Bir Bakış”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXIII, Y. 2019, S. 4, s. 123.

## B. Mal Rejimi Sözleşmesi Yapıp Yapmama (Mal Rejimini Seçme) Özgürlüğü

Medeni kanunumuz eşler için bir mal rejimi yapma zorunluluğu öngörmemiştir. Bir başka deyişle mal rejimi sözleşmesine ilişkin sözleşme özgürlüğü kapsamında eşler dilerse aralarındaki mal rejimine ilişkin hiçbir seçim yapmayabilir. Bununla birlikte eşlerin hiçbir seçim yapmalarını durumunda eşlere TMK m. 202/f. 1 uyarınca yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi uygulanacaktır<sup>34</sup>. Fakat eşler, edinilmiş mallara katılma rejimine tabi olmak istemez ve seçim haklarını kullanmak isterlerse TMK m. 202/f. 2'de öngörüldüğü üzere mal rejimi sözleşmesi yaparak kanunda belirlenen mal ayrılığı, paylaşmalı mal ayrılığı veya mal ortaklığı seçimlik mal rejimlerinden birini seçebileceklerdir. Bu üç mal rejiminin dışında edinilmiş mallara katılma rejiminin de eşler arasında diğer mal rejimlerinden birinin uygulandığı durumlarda mal rejimi sözleşmesi ile kararlaştırılması mümkündür<sup>35</sup>.

Bu bağlamda TMK m. 202 hükmü değerlendirildiğinde mal rejimini seçme özgürlüğünün iki hususta sınırlandığı görülmektedir: Bunlardan ilki, eşlerin veya müstakbel eşlerin evliliklerinin hiçbir mal rejimine tabi olmaksızın devam etmesinin mümkün olmamasıdır. Taraflar bu yönde bir anlaşma yapsa bile söz konusu anlaşma TBK m. 202/1'de yer alan emredici hükme aykırı olduğu için TBK m. 27 gereği kesin hükümsüzdür. Söz konusu kesin hükümsüz anlaşmanın tarafları arasında yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi uygulanır<sup>36</sup>. Eşlerin aralarında uygulanacak mal rejimine ilişkin seçim haklarına yönelik ikinci sınırlama ise TMK m. 202/f. 2 uyarınca eşlerin, irade özgürlüklerini yalnızca alternatif olarak yasa da öngörülen üç seçimlik mal rejiminden bi-

---

<sup>34</sup> Edinilmiş mallara katılma rejiminin yasal mal rejimi olarak seçilme nedeninin bu rejimin çoğunlukla eşlerin menfaatlerine uygun olması olduğu yönünde bkz. Öztan, s. 397. TMK'de edinilmiş mallara katılma rejiminin yasal mal rejimi olarak benimsenmiş olmasının eşlerin iradeleri karşısında bir sınırlama olarak görülebileceğine ilişkin bkz. Acar, s. 127.

<sup>35</sup> Hausheer, *BSK ZGB I – Art. 181*, n. 12.

<sup>36</sup> Aynı yönde bkz. Acar, s. 128, dn. 347; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 235.

rine ilişkin olarak kullanabilmesidir. Bir başka deyişle eşlerin seçebilecekleri mal rejimlerine ilişkin “sınırlı sayı” ilkesi geçerli olup eşler kanunda belirtilen rejimler dışında bir rejimi belirleyemeyecekleri gibi bu rejimlerin kurallarını karıştırıp karma bir mal rejimi de yaratamazlar<sup>37</sup>. Keza mallarlıklarını kısım kısım ayırarak her bir kısmın farklı bir seçimlik mal rejimine tabi olacağını da kararlaştıramazlar<sup>38</sup>. Mal rejimi sözleşmesinde kanunda belirtilen sınırı aşan bir hüküm bulunması durumunda, noter bu sözleşmenin onaylanmasını reddetmelidir<sup>39</sup>.

Mal rejimi sözleşmesini eşler aralarında anlaşarak şarta bağlayabilecekleri gibi belirli bir süreyle sınırlı olarak da yapabilirler<sup>40</sup>. Süre kararlaştırılmış olması durumunda kararlaştırılan süre boyunca eşler belirledikleri mal rejimine tabi olacaklardır. Sürenin sonunda seçilecek mal rejimi belirlenmemişse eşler arasında yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi uygulanacaktır. Zira eşler arasında hiçbir mal rejimi kararlaştırılmamış olması durumunda yasal mal rejiminin uygulanması esastır<sup>41</sup>. Kanun koyucu eşleri tabi olacakları mal rejimine dair bir seçim yapma zorunluluğuna tabi tutmamıştır. Ancak eşlerin hiçbir seçim yapmamaları halinde aralarında yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanacağını öngörmüştür. Mal rejimi sözleşmelerinin şarta bağlanabileceğini kabul eden görüş uyarınca eşler belirli bir süreden sonra ya da aralarındaki kazanç farkı kapandığında aralarındaki mal rejiminin değişeceğini öngören sözleşmeler yapabileceklerdir<sup>42</sup>.

---

<sup>37</sup> Gençcan, s. 93; Acar, s. 128.

<sup>38</sup> Sarı, s. 10.

<sup>39</sup> Ahmet M. Kılıçoğlu, *Medeni Kanun'unumuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler*, 3. Bası, Turhan Kitabevi, 2014, s. 201.

<sup>40</sup> Zeytin, s. 54; Gümüş, s. 225; Sarı, s. 37.

<sup>41</sup> Öztan, s. 297; Acar, s. 127; Uluç, s. 178; Yasal mal rejimi olması dolayısıyla eşlerin diğer mal rejimlerinden birini kabul ettiklerine dair sözleşme yapmadan aralarında yasal mal rejimini kaldırmalarına ilişkin sözleşme yapamayacağı hakkında bkz. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 238.

<sup>42</sup> Dural/Öğüz/Gümüş, s. 209; Sarı, s. 37; Zeytin, s. 54 vd. Gençcan, s. 98; Mal rejimi sözleşmesinin şarta bağlanamayacağına ilişkin karşı yönde bkz. Kılıçoğlu,

Mal rejimi sözleşmelerine ilişkin olarak tartışmalı bir başka husus ise bu sözleşmelerin geçmişe etkili olarak yapılıp yapılamayacağıdır. Bizim de katıldığımız görüş uyarınca 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 10/f. 3'ün lafzı açık olup bu hüküm uyarınca 4721 sayılı Medeni Kanun'un yürürlük tarihi olan 1.1.2002 tarihinden önce evlenmiş olan çiftler, bu tarihten itibaren 1 yıl içinde yapacakları mal rejimi sözleşmesiyle yasal mal rejimi olan edinilmiş mal rejiminin evlenme tarihinden itibaren geçerli olabileceğini düzenleyebilirler. Bu hükümden iki sonuç çıkmakta olup bunlardan ilki eşlere tanınan geçmişe etkili sözleşme yapma olanağının 1.1.2003 tarihine kadar bir yıllık hak düşürücü süreyle sınırlı olarak tanınmış olduğu; ikincisi ise bu olanağın yalnızca yasal mal rejimine özgü olması ve seçimlik mal rejimlerine ilişkin olarak bu bağ-lamda geçmişe etkili olarak bir düzenleme yapılamayacağıdır<sup>43</sup>. Doktrinde savunulan karşıt görüş ise, 4722 sayılı Kanun m. 10/f.3'ün amaçsal yorumlanması gerektiğinden hareketle TMK yürürlüğe girmeden önce yapılan evliliklerde eşlerin ister bir yıllık geçiş döneminde isterse bu dönemin dışında mal rejimi sözleşmesiyle yasal veya seçimlik mal rejimlerinden birinin geçmişe etkili olarak uygulanmasını kararlaştırabilecekleri yönündedir<sup>44</sup>. Önemle belirtmelidir ki,

---

*Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, s. 20; Doktrinde *Acar* mal rejimi sözleşmesinin geciktirici şarta bağlı olarak yapılabileceği ancak bozucu şarta bağlı olarak yapılamayacağını öne sürmektedir (*Acar*, s. 130, dn. 357).

<sup>43</sup> Sarı, s. 39; Zeytin, s. 63; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 239-240. Yargıtay'da vermiş olduğu kararda seçimlik mal rejimlerinin geçmişe yönelik seçilemeyeceği görüşündedir. Yargıtay 8 HD., 16.6.2011, 2010/6262 E., 2011/3497 K. sayılı karar için bkz. Gençcan, s. 87. Fıkra metninde sadece yasal mal rejiminden söz edildiğine göre kanunda sayılan diğer mal rejimi türlerinin evlenme tarihinden itibaren geçerli olacağına ilişkin bir anlaşma yapılamayacağı hk. Uluç, s. 184.

<sup>44</sup> Doktrinde *Dural/Öğüz/Gümüş* ve *Aydos*, yukarıda açıklanan baskın görüşün ve Yargıtay uygulamasının aksine 4722 sayılı Kanun m. 10/f.3'ün lafzının öngördüğü menfi çözüme rağmen hükmün amaçsal yorumlanması gerektiğinden ve hükmün amacının eşlere aralarındaki mal rejimi hususunda esneklik sağlanması olduğundan hareketle hükümde öngörülen süre geçtikten sonra dahi eşlerin aralarında mal rejimi sözleşmesi yaparak yürürlükteki yeni yasal mal rejiminin veya diğer seçimlik mal rejimlerinden birinin evliliğin kurulduğu veya yeni yasal mal rejiminin yürürlüğe girdiği tarihten daha önceki bir tarihe kadar



TMK yürürlüğe girdikten sonra yapılan evlilikler bakımından tüm mal rejimi tipleri için geçmişe yönelik seçim yapılması mümkündür<sup>45</sup>.

### **C. Kanuni Sınırlar Kapsamında Mal Rejimi Sözleşmeleri ile Mal Rejiminin İçeriğinin Düzenlenmesi**

#### **1. Genel Olarak**

Eşlerin seçecekleri mal rejiminin içeriğini düzenleyebilme özgürlüğünün sınırı kanunun emredici hükümleridir. TMK m. 203'te açıkça eşlerin kanunda öngörülen düzenlemeler çerçevesinde sözleşmenin içeriğini belirleyebilecekleri belirtilmiştir. Bu bağlamda eşlerin yapacakları mal rejimi sözleşmeleri bakımından kanunda 'tipe bağlılık' kuralı<sup>46</sup> öngörülmüş olup eşler aralarındaki sözleşmeye, seçtikleri mal rejiminin esas ve amacına aykırı olan veya onunla çelişen kurallar koyamazlar<sup>47</sup>.

#### **2. Seçimlik Mal Rejimlerinde Rejimin İçeriğini Düzenleme Özgürlüğü**

Seçimlik rejimlerden mal ayrılığı ve paylaştırmalı mal ayrılığının eşler tarafından mal rejimi sözleşmesi ile seçilmesi durumunda bu rejimin şartlarının değiştirilmesine ilişkin olarak kanunda açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bu durum, söz konusu rejimlerin amacıyla bağdaşmayacağından mümkün görülmemektedir<sup>48</sup>. Zira mal ayrılığı ve paylaştırmalı mal ayrılığı rejimlerinde eşlerin malvarlığı değerlerinin tam veya kısmi

---

geçmişe etkili olarak uygulanabileceğini kararlaştırmalarının mümkün olduğunu savunmaktadırlar. (Bkz. Oğuz Sadık Aydos, "Eşlerin Geçmişe Etkili Mal Rejimi Sözleşmesi Yapabilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Y: 2006, C:22, s: 3, s. 389; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 208.)

<sup>45</sup> Gümüş, s. 225-226; Zeytin, s. 62; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, 2017, s. 242;

<sup>46</sup> Gümüş, s. 219; Akıntürk/Ateş, s. 146; Gençcan, s. 92; H. Tolunay Ozanemre Yayla, Gamze Turan, "Türk Medeni Kanunu'nda Mal Rejimi Sözleşmesi", *Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008, s. 1080; Şıpka, s. 20.

<sup>47</sup> Aldemir, s. 19

<sup>48</sup> Zeytin, s. 59; Sarı, s. 13, 14.

olarak birbirlerinden bağımsız olarak varlığını sürdürmesi esas olup eşlerin kişisel ekonomik çıkarları ön planda tutulmuştur<sup>49</sup>. Bununla birlikte, söz konusu mal rejimlerinde de evlilik birliği içerisinde yaşayan eşler, çeşitli hukuki işlemler yoluyla malvarlıkları üzerinde işlemler yapabilirler; ancak bu işlemler mal rejimi sözleşmesi olarak nitelendirilemez<sup>50</sup>. Örneğin paylaşımlı mal ayrılığı rejiminde eşler, TMK m. 253/f. 3 uyarınca denkleştirme bedeline tasfiyeden sonra faiz işletilmemesine karar verebilir veya TMK m. 254/f. 1 uyarınca aile konutu üzerindeki kullanım haklarına ilişkin düzenleme yapabilirler. Ancak sayılan her iki değişiklik de esasen mal rejimine ilişkin olmayıp mal rejimi tasfiye edildikten sonra gerçekleştirildiğinden söz konusu değişiklikler adi yazılı sözleşme ile yapılabilir.

Mal ortaklığı rejimi, eşlerin kişisel mallarının kapsamının belirlenmesine göre genel mal ortaklığı ve sınırlı mal ortaklığı olarak iki şekilde söz konusu olabilir. Sınırlı mal ortaklığı rejiminin kendi içinde edinilmiş mallarda ortaklık ve diğer mal ortaklıkları olmak üzere iki türü mevcuttur<sup>51</sup>. TMK m. 257' de öngörülen genel mal ortaklığı rejiminde eşlerin kişisel malları, sadece kanunda belirlenen mallar ile sınırlı tutulmuş ve eşlerin sahip olduğu diğer malvarlığı değerleri ortaklık malı kabul edilmiştir. Bu bağlamda genel mal ortaklığı, mal ortaklığı rejimi türleri arasında tarafların irade serbestisinin en az olduğu, kanuni sınırlamanın en keskin olduğu rejimdir<sup>52</sup>. Tarafların mal rejimi sözleşmesiyle mal ortaklığı rejimini benimseyip söz konusu rejimin hangi türünü seçtiklerini belirtmedikleri durumlarda ne şekilde hareket edilmesi gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Bu hususta bir görüşe göre tarafların gerçek iradeleri tespit edi-

---

<sup>49</sup> Zeytin, s. 41.

<sup>50</sup> Aldemir, s. 24.

<sup>51</sup> Sınırlı mal ortaklığı ve türlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ayşegül Kaya, *Mal Ortaklığı Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, s. 69 vd.

<sup>52</sup> Kaya, s. 62.

lererek buna göre bir belirleme yapılmalıdır<sup>53</sup>. Bunun karşısında bizim de katıldığımız görüşe göre taraf iradelerinden mal rejimi ortaklığının hangi türünün seçildiğinin açıkça anlaşılmadığı durumunda kanunda sınırları kesin bir şekilde belirlenmiş olan genel mal ortaklığı rejiminin seçildiğinin kabul edilmesi gerekir<sup>54</sup>.

Mal ortaklığı rejiminde ise eşler kanunda TMK m. 258-260 ve m. 274, 276, 277, 279 hükümlerinde öngörülen hususlarda aralarında yapacakları mal rejimi sözleşmesi ile değişiklik yapabilirler. Bu kapsamda eşler, TMK m. 258 hükmü uyarınca mal rejimi sözleşmesi yaparak sadece edinilmiş mallardan oluşan bir ortaklık kabul edebilecekleri gibi, TMK m. 259/f. 1 kapsamında belirli mal varlığı değerlerini de ortaklık dışında tutabilirler. Eşlerin TMK m. 259/f. 1 kapsamında ortaklık dışında tutabilecekleri mal varlığı değerleri “*özellikle taşınmaz malları, bir eşin kazancını, bir meslek veya sanatın icrası için kullandığı malları*” şeklinde örnek kabilinden sayılmıştır. Buna ek olarak TMK m. 259/f. 2 uyarınca eşler, mal rejimi sözleşmesinde ayrıca ortaklık dışında tutulan mallarının gelirlerinin ortaklığa dahil olacağını da kararlaştırabilecekleri gibi TMK m. 260 uyarınca da hangi malvarlığı değerlerinin kişisel mal sayılacağını belirleyebilirler. Mal ortaklığı rejiminde, eşlerin mal rejimi sözleşmesi kapsamında belirleyebileceği bir diğer husus TMK m. 274’ün edinilmiş mallara katılma rejimi kapsamında yaptığı yollama uyarınca değer artış payı oranıdır. Bu bağlamda eşler, yapacakları mal rejimi sözleşmesiyle değer artış payından vazgeçebilir ya da değer artış payı oranını değiştirebilirler. Eşlerin tasarrufta bulunabileceği bir diğer alan, mal ortaklığı rejiminin eşlerden birinin ölümü veya diğer bir mal rejiminin kabulü sebebiyle sona ermesi halinde eşler veya bunların mirasçılarının ortaklık mallarına ilişkin sahip oldukları paylaşma oranının değiştirilmesidir. TMK m. 276/f.2 hükmü uyarınca eşler yapacakları mal rejimi sözleşmesi ile yasal paylaşma oranı olan ½’den farklı bir oran belirleyebileceklerdir. TMK m. 276/f. 2 hükmü kapsamında yasal paylaşım oranından farklı bir oran belirleyebilen eşle-

---

<sup>53</sup> Senar Çağırğan Tuncer, *Türk Medeni Kanunu’nda Mal Ortaklığı Rejimi*, Ankara, Gazi Kitabevi, 2015, s. 67.

<sup>54</sup> Acar, s. 428.; Kaya, s. 61-62.

rin, aile konutu ve ev eşyalarına ilişkin düzenleme yapmaları da mümkündür<sup>55</sup>. Ancak, taraflar yasal paylaşma oranından farklı bir paylaşma oranı belirlerken tamamen özgür değildiler; zira TMK m. 276/f. 3 uyarınca bu tür anlaşmalar altsoyun saklı payını zedeleyemez. Bunun yanı sıra boşanma veya evliliğin iptali hallerinde ya da kanun veya mahkeme kararına dayanarak mal ayrılığına geçilen hallerde paylaşım oranının değiştirilmesini öngören anlaşmalar, TMK m. 277/f.3 uyarınca ancak mal rejimi sözleşmelerinde söz konusu hallerin varlığında da ilgili paylaşım oranının uygulanacağına açıkça belirtilmiş olması halinde geçerlidir.

### **3. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Rejimin İçeriğinin Düzenlenmesi**

Eşler, aralarında herhangi bir mal rejimi yapmamaları durumunda yasal mal rejimi olarak uygulanacak edinilmiş mallara katılma rejiminin içeriğini, kanuni sınırlar çerçevesinde belirleyebilirler. Söz konusu kanuni sınırlar kapsamında mal rejimi sözleşmesi ile yapılabilecek düzenlemelerden bir kısmının mal rejimi sözleşmesiyle yapılması zorunlu iken, geri kalanların mal rejimi sözleşmesi ile yapılması gerekmemektedir. Bu bağlamda ikinci grupta yer alan değişiklikler, mal rejimi sözleşmesine dâhil edilebileceği gibi bağımsız bir sözleşmeyle, ilgili değişiklik bağlamında varsa kendi şekil şartına uygun olarak yapıldığında da geçerli olacaktır. Belirtilmelidir ki, eşlerin mal rejimi sözleşmesi dışında yapabilecekleri değişiklikleri nişanlıların kendi aralarında yapacakları sözleşmeyle yapması mümkün olmalıdır<sup>56</sup>.

Bu kapsamda eşler, TMK m. 223/f. 2 uyarınca eşlerin paylı mülkiyetlerine tabi mallar üzerinde birbirlerinin rızasını alarak tasarrufta bulunabilecekleri kuralını şekle tabi olmayan bir sözleşmeyle değiştirebilirler. Keza karşılıklı borçlarıyla ilgili olarak da şekle tabi olmayan bir sözleşme ile düzenleme yapabilirler. Bunların yanı sıra TMK m. 227/f. 3 uyarınca eşler aralarında yapacakları adi yazılı şekil şartına uygun bir sözleşmeyle değer artış pay oranını değiştirebilecekleri gibi hiç pay almamayı da kararlaştırabilirler.

---

<sup>55</sup> Zeytin, s. 60.

<sup>56</sup> Gümüş, s. 224; Aldemir, s. 27.

Son olarak TMK m. 239/f. 3 kapsamında eşlerin katılma ve değer artış payı alacaklarına rejimin tasfiyesi ile birlikte işleyecek faiz oranını ve tarihini şekle tabi olmayan bir sözleşmeyle belirlemeleri de mümkündür.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde, rejimin içeriğine ilişkin olarak mal rejimi sözleşmesi ile yapılması zorunlu değişiklikler ise edinilmiş malların kapsamının daraltılması, artık değere katılmada bir başka deyişle katılma alacağına farklı bir esasın belirlenmesi ve aile konutu ve ev eşyası hakkında düzenleme yapılmasıdır.

#### **a. Mal Rejimi Sözleşmesiyle Edinilmiş Malların Kapsamının Daraltılması**

Edinilmiş mallara katılma rejiminde, kişisel ve edinilmiş mallar olarak ifade edilen mal grupları arasındaki ayırım kapsamında hangi malvarlığı değerinin hangi grupta yer aldığı konusunda belirtilmiş olup kural olarak bu mal grupları değişmezdir<sup>57</sup>. Eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle edinilmiş mal sayılması gereken bazı malvarlığı değerleri kişisel mal sayabilmesini öngören TMK m. 221 hükmü ise mal gruplarının değişmezliği ilkesi olarak adlandırılan söz konusu ilkenin istisnası niteliğindedir. Gerçekten de eşler, edinilmiş mal olarak nitelendirilmesi gereken bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyetinden doğan malvarlığı değerlerinin veya kişisel malların gelirlerinin mal rejimi sözleşmesiyle kişisel mal sayılacağını kararlaştırabilirler. Ancak bunun tam tersi olarak bir kişisel mal grubunun edinilmiş mal olarak sayılması kararlaştırılamaz; bu hususta mal rejimi sözleşmesine konan hükümler kesin hükümsüzdür.

TMK m. 221/f. 1 kapsamında mal rejimi sözleşmesi ile kişisel mal olarak sayılabilecek malvarlığı değerlerinin her ne kadar “*bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallara dahil olması gereken malvarlığı değerleri*” olduğu belirtilmişse de bu hüküm eşin mesleki faaliyeti sonucu elde ettiği gelirlerin kişisel mal sayılmasının mal rejimi sözleşmesi kapsamında kararlaştırılmasının mümkün olabileceği şeklinde anlaşılmalıdır. Hükmün lafzı mesleki ve işletme faaliyeti sonucu elde edilen gelirlerin eşler tarafından mal rejimi sözleşmesiyle kişisel mal

---

<sup>57</sup> Gençcan, s. 198.

olarak kabul edilebileceği sonucuna yönlendirmekteyse de<sup>58</sup>, hükümde ifade edilmek istenen husus mehzaz kanun hükmüne uygun olarak yorumlanmalıdır. Mehzaz kanun hükmü teşkil eden İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) m. 199'da mal rejimi sözleşmesi kapsamında kişisel mal olarak kabul edilebilecek malların bir mesleğin icrasına ve işletmenin faaliyetine yönelik malvarlığı değerleri olduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda bir müzisyenin müzik aleti, bir hekimin muayenehanesinde bulunan tıbbi malzemeler gibi malvarlığı değerlerinin mal rejimi sözleşmesi ile kişisel mal sayılmasının mümkün olduğu kabul edilmelidir. Aksi yönde bir kabul, aynı örnek bağlamında değerlendirildiğinde müzisyenin müzisyenlik mesleğini icra ederek elde ettiği gelir veya hekimin muayenehane gelirlerinin mal rejimi sözleşmesi kapsamında kişisel mal sayılması anlamına gelir ki, bu durum edinilmiş mallara katılma rejiminin amacına aykırı olacaktır<sup>59</sup>.

TMK m. 221/f. 2 hükmü kapsamında kural olarak edinilmiş mal kabul edilen kişisel malların gelirlerinin de eşler tarafından yapılacak bir mal rejimi sözleşmesi ile kişisel mal sayılmasının kararlaştırılabileceği belirtilmiştir. Bu kapsamda eşler TMK m. 220'de belirtilen tüm kişisel malların gelirlerinin kişisel mal olarak kabul edileceğini kararlaştırabilirler. Bu noktada vurgulanması önem arz eden husus, TMK m. 221/f. 1 kapsamında taraflarca yapılan mal rejimi sözleşmesi kapsamında kişisel mal olduğu kararlaştırılan malvarlığı değerlerinden elde edilecek gelirlerdir. Sözleşme ile kişisel mal haline gelen bir mesleğin icrasında ya da işletmenin faaliyetinde kullanılan malvarlığı değerlerinin gelirleri doğrudan kişisel mal sayılmamalıdır. Zira TMK m. 219/b. 4 uyarınca kişisel malların gelirleri kural olarak edinilmiş maldır. Bu nedenle eşlerin söz konusu mal varlığı değerlerinin gelirlerinin de kişisel mallara dahil olmalarını istemeleri durumunda bu durumun mal rejimi sözleşmesinde açıkça belirtilmesi gerekir<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Aynı yönde bkz. Zeytin, s. 177.

<sup>59</sup> Pınar Özlem Demir, "4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 221. Maddesinin Yorumu", *Prof. Dr. Necla Arat'a Armağan*, Beta Yayınları, 2004, s. 134.

<sup>60</sup> Zeytin, s. 182; Aldemir, s. 59.

## b. Artık Değere Katılmada Farklı Esasın Benimsenmesi

Kanun koyucu, TMK m. 237 kapsamında eşlerin yapacakları mal rejimi sözleşmesi ile artık değere katılmada öngörülen ( $\frac{1}{2}$ ) oranından başka bir oranı kararlaştırmalarına izin vermiştir. Önemle vurgulanmalıdır ki, katılma alacağının belirlenmesine ilişkin anlaşmaların, mal rejimi sözleşmesi ile yapılması kuralı, yasal mal rejiminin yürürlüğü sırasında ya da yürürlüğünden önce yapılması durumunda geçerlidir. Aralarındaki edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesinden sonra eşler, tasfiyeye ilişkin bir anlaşma yaparak artık değere katılmada farklı bir esas benimsemek isterse bu durumda yapacakları anlaşmanın yazılı olarak yapılması yeterlidir<sup>61</sup>.

Kanun koyucu eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle benimsedikleri katılma alacağına ilişkin farklı esasın uygulanmasını ölüm hali ve yasal mal rejimini sona erdiren diğer halleri ayırarak iki farklı şekilde ele almaktadır. Nitekim, TMK m. 237 uyarınca eşler artık değer belirlenmesinde kanundan farklı bir düzenleme benimsemişlerse, bu düzenlemenin kabul edilmesi, kural olarak mal rejiminin ölümle sona erdiği hallerde geçerlidir. Mal rejiminin, evliliğin iptali, boşanma kararıyla sona ermesi veya mahkeme kararıyla mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi sonucu, ölümden başka bir nedenle sona ermesi halinde ise katılma alacağına ilişkin sözleşmede kararlaştırılan farklı esasın taraflar arasındaki mal rejimine uygulanması, TMK m. 238 uyarınca ancak, bunun sözleşmede açıkça öngörülmüş olması şartına bağlıdır<sup>62</sup>. Bu bağlamda TMK m. 237 eşlerin hiçbir sebep göstermeksizin mal rejimi sözleşmesiyle artık değere katılma hususunda yapabileceği anlaşmayı düzenlerken TMK m. 238 ise söz konusu anlaşmanın belirli sebeplere dayalı olarak yapıldığı halleri düzenlemiştir<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> Sarı, s. 231.

<sup>62</sup> 'Açıkça öngörme' halinin sözleşme hükümlerinin yorumuyla anlaşılacağı, sözleşmede yer alan "sözleşmenin her halde" uygulanacağına ilişkin bir hükmün TMK m. 238'de yer alan ölüm dışında mal rejiminin sona erdiği halleri de kapsayan açıkça öngörme hali teşkil edeceği hakkında bkz. Zeytin, s. 344.

<sup>63</sup> Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 350.

Her ne kadar kanunda eşlerin katılma alacağına ilişkin belirleyebilecekleri farklı esasların neler olduğu belirtilmemişse de, kanun koyucu söz konusu bu düzenlemelerde eşlere tam bir irade serbestisi tanımamıştır. Zira, eşler yine bir mal rejimi sözleşmesiyle artık değere katılmada TMK m. 237’de öngörülenden başka bir oranı eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarını zedelememek şartıyla kararlaştırabilirler<sup>64</sup>. Saklı payın ihlal edilmesi halinde sözleşmeye uygulanacak yaptırımın ne olduğu kanunda belirtilmemiştir. Doktrinde kabul edilen görüş, mal rejimi sözleşmesinin bu halde geçersiz olmadığıdır<sup>65</sup>. Bu durumda kazandırmanın hukuki niteliğine göre saklı paylı altsoy, söz konusu mal rejimi sözleşmesinde yapılan tasarrufun tenkisini talep etmelidir.

Ancak talep edilecek tenkisin nasıl uygulanacağı artık değere katılmaya ilişkin farklı esasları öngören mal rejimi sözleşmesinin hukuki niteliğine göre farklılık arz eder. Artık değere katılmaya ilişkin farklı esas getiren anlaşmalar, eşlerden birinin ölümü halinde ölüme bağlı tasarruf niteliğinde iken yasal mal rejimini düzenleyen diğer sebepler bakımından ise sağlararası kazandırma niteliğindedir. Buradan hareketle, yasal mal rejiminin ölümle sona ermesi halinde mal rejimi sözleşmesi bir ölüme bağlı tasarrufmuşçasına; ölüm dışındaki herhangi bir nedenle sona ermesi halinde ise sağlararası tasarruf olarak tenkise tabi olacaktır<sup>66</sup>.

### c. Aile Konutu ve Ev Eşyası Hakkında Yapılabilecek Düzenlemeler

Kanun koyucu TMK m. 240 kapsamında sağ kalan eşe mal rejimi

---

<sup>64</sup> TMK m. 237 kapsamında korunmayan saklı paylı mirasçı olan altsoy ise bu durumda yalnızca miras hukuku bağlamında korunmakta olup saklı payın tenkisi dava açabilecektir.

<sup>65</sup> Zeytin, s. 327; Sarı, s. 243; Aldemir, s. 81; Karşı yönde mal rejimi sözleşmesinin eşlerin ortak olmayan çocukları ve onların altsoyunun saklı payını zedeleyen hükümlerinin nispi butlanla sakat olacağına ilişkin bkz. Fatih Karamercan, *Katkı – Değer Artış Payı & Katılma Alacağı Davaları*, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 48.

<sup>66</sup> Sarı, s. 240; Zeytin, s. 338-339.



minin tasfiyesi sonucunda ortaya çıkan nispi alacak hakkından daha fazlasını sunmuştur. Söz konusu düzenleme, edinilmiş mallara katılma rejimindeki eşlerin mülkiyet haklarının birbirinden bağımsız olması ve eşlerin tasfiyede alacak hakkına sahip olması ilkesine, belirli şartların varlığı altında bir istisna teşkil etmektedir<sup>67</sup>. Bu kapsamda aralarında edinilmiş mallara katılma rejimi olan eşlerden birinin ölümü üzerine diğer eş, ölen eşe ait aile konutu<sup>68</sup> ve ev eşyası üzerinde karşılığı katılma alacağından mahsup edilmek üzere veya yetmezse bedel ödemek suretiyle intifa veya oturma hakkı talep edebilecektir. Edinilmiş mallara katılma rejiminde hayatta kalan eş için öngörülen yasal alım hakkının kullanılması bazı koşulların gerçekleşmesine bağlıdır. Bu koşullar; hakkın kullanılacağı eşyanın diğer eşe ait aile konutu ve ev eşyası niteliğini taşıması, eşler arasındaki edinilmiş mallara katılma rejiminin ölüm nedeniyle sona ermiş olması, sağ kalan eşin katılma alacağının mevcut bulunması, sağ kalan eşin bu hususta talepte bulunması ve söz konusu talebinin sağ kalan eşin eski yaşantısını devam ettirme amacı taşımasıdır<sup>69</sup>.

#### 4. Mal Rejimi Sözleşmesini Sona Erdirme Özgürlüğü

Eşler anlaşarak diledikleri zaman aralarındaki mal rejimi sözleşmesini sona erdirebilir. Doktrindeki baskın görüş bu anlamda resmi şeklin gerekli olduğu yönündedir<sup>70</sup>.

Mal rejimi sözleşmesini sona erdiren taraflar aralarında başka bir mal rejiminin geçerli olacağını kararlaştırmamışlarsa bu durumda

---

<sup>67</sup> Aynı yönde Zeytin, s. 367.

<sup>68</sup> TMK'da tanımı bulunmayan aile konutu, eşler arasındaki ortak yaşamın eşlerin her ikisinin de iradesine göre gelip geçici veya sürekli bulunmak suretiyle ve fakat ortak yararlanmaya dayalı olarak sürdürüldüğü yer veya yerler olarak tanımlanabilir. (Gümüş, s. 25)

<sup>69</sup> Söz konusu koşullara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Haydar Yağcıoğlu, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Yasal Alım Hakkı*, Güncel Yayınevi, 2007, s. 96 vd.

<sup>70</sup> Acar, s. 118; ikale sözleşmesinden hareketle resmi şekli eleştiren aksi yönde görüş için bkz. Gümüş, s. 227.

sözleşmenin sona ermesiyle aralarında yasal mal rejimi olan edinilmiş mal rejimi geçerli olacaktır.

Mal rejimi sözleşmesinin sona ermesi ile mal rejiminin sona ermesi birbiriyle karıştırılmamalıdır. Mal rejimi sözleşmesi anlaşma ile sona ermesine rağmen evlilik birliği ve mal rejimi varlığını korurken, mal rejimi sona erdiğinde tasfiye aşamasına geçilmektedir. Aralarındaki mal rejimi sona erdikten sonra taraflar, malların ne şekilde tasfiye edileceğine yönelik tasfiye anlaşmasını kural olarak bir şekle bağlı olmadan yapabilecektir. Ancak, eşler arasında mal rejiminin tasfiyesi hakkında mal rejiminin sona ermesinden önce kanunda belirtilen sınırlar dahilinde yapılabilecek düzenlemelerin ve bunlara ilişkin değişikliklerin mal rejimi sözleşmesi kapsamında ilgili şekil şartlarına uyularak gerçekleştirilmesi gereklidir<sup>71</sup>.

### **Sonuç**

Medeni Kanunumuz eşler veya evlenecek kişiler için bir mal rejimi sözleşmesi yapma zorunluluğu öngörmemiştir. Bir başka deyişle mal rejimi sözleşmesine ilişkin sözleşme özgürlüğü kapsamında eşler dilerse aralarındaki mal rejimine ilişkin hiçbir seçim yapmayabilir. Bununla birlikte eşlerin hiçbir seçim yapmamaları durumunda eşlere TMK m. 202/f. 1 uyarınca yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi uygulanacaktır. Ancak eşler veya evlenecek kişiler, mal rejimi sözleşmeleri yaparak aralarında uygulanacak olan mal rejimi ilişkisini yasal sınırların izin verdiği ölçüde serbestçe belirleyebilmektedir. Mal rejimi kapsamında eşler, seçtikleri mal rejimlerini kanunun emredici hükümlerine uygun bir şekilde ve bu rejimin amacı ve mantığıyla ters düşmeyecek şekilde düzenleyebileceklerdir.

Seçimlik rejimlerden mal ayrılığı ve paylaştırmalı mal ayrılığının eşler tarafından mal rejimi sözleşmesi ile seçilmesi durumunda bu rejimin şartlarının değiştirilmesine ilişkin olarak kanunda açık bir düzenleme yer

---

<sup>71</sup> Heinz Hausheer/Ruth Reusser/ Thomas Geisser, *Berner Kommentar Band II: Das Eherecht: Das Güterrecht der Ehegatten: Allgemeine Vorschriften und der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung*, Art. 181-220 ZGB, Stämpfli Verlag AG, 1992, Art. 182 ZGB, n. 15.

almamaktadır. Bu durum, söz konusu rejimlerin amacıyla bağdaşmaya-  
cağından mümkün görülmemektedir.

Mal ortaklığı rejiminde ise eşler, kanunda öngörülen hususlarda aralarında yapacakları mal rejimi sözleşmesi ile değişiklik yapabilirler. Bu kapsamda eşlerin yapacakları değişikliklerin başında TMK m. 258 hükmü uyarınca mal rejimi sözleşmesi yaparak sadece edinilmiş mallardan oluşan bir ortaklık kabul edebilmeleri ve belirli mal varlığı değerlerini ortaklık dışında tutabilmeleri gelir.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde rejimin içeriğinin düzenlenmesi kapsamında mal rejimi sözleşmesi ile yapılması zorunlu değişiklikler ise edinilmiş malların kapsamının daraltılması, artık değere katılmada bir başka deyişle katılma alacağına farklı bir esasın belirlenmesi ve aile konutu ve ev eşyası hakkında düzenleme yapılmasıdır. Eşler, edinilmiş mal olarak nitelendirilmesi gereken bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyetinden doğan malvarlığı değerlerinin veya kişisel malların gelirlerinin mal rejimi sözleşmesiyle kişisel mal sayılacağını kararlaştırabilirler. Aralarında edinilmiş mallara katılma rejimi olan eşlerden birinin ölümü üzerine diğer eş, ölen eşe ait aile konutu veya mal rejimi sözleşmesi ile edinilmiş mallara katılma rejimi uyarınca aile konutu ve ev eşyası üzerinde karşılığı katılma alacağından mahsup edilmek üzere veya yetmezse bedel ödemek suretiyle intifa veya oturma hakkı talep edebilecektir.

Son olarak belirtmelidir ki, eşlerin aralarındaki mal rejimini seçme özgürlükleri, diledikleri zaman aralarındaki mal rejimi ilişkisini sona erdirme yetkisini de içerir. Eşler sona erdirdikleri mal rejiminin yerine aralarında başka bir mal rejiminin uygulanmasına karar verebilirler.

## ZUSAMMENFASSUNG

*Im Familienrecht sind die Typen des Güterrechts in der Regel begrenzt (numerus clausus), und die Vertragsfreiheit ist nur innerhalb der im Gesetz gezogenen Grenzen möglich. In diesem Zusammenhang gewährt das Gesetz den Ehegatten in den Verträgen, die sie über den zwischen ihnen anzuwendenden Güterstand schließen, nur in dem vom Gesetz zugelassenen Umfang Vertragsfreiheit. Zwar können die Ehegatten den zwischen ihnen anzuwendenden Güterstand frei wählen, aber diese Wahl beschränkt sich aufgrund des Grundsatzes der Typentreue, der in Art. 202/2 des türkischen ZGB festgelegt ist, nur auf die fakultativen Güterstände, die das Gesetz vorsieht. Ebenso können die Ehegatten den Inhalt des genannten Güterstandes nur innerhalb der gesetzlichen Grenzen im Rahmen des von ihnen gewählten Güterstandes regeln. In diesem Zusammenhang können die Ehegatten mit der von ihnen getroffenen Güterstandsvereinbarung den gesetzlichen Güterstand verlassen und auch die Regeln dieses Güterstandes innerhalb der gesetzlichen Grenzen ändern, auch wenn sie den erworbenen Güterstand weiterhin anwenden.*

*Ehegatten oder Verlobte können das zwischen ihnen anzuwendende Güterrechtsverhältnis durch Güterrechtsverträge frei bestimmen, soweit es die gesetzlichen Grenzen zulassen. Im Rahmen des Güterstandes können die Ehegatten die Güterstände ihrer Wahl, mit Ausnahme des Güterstandes der Gütertrennung, im Einklang mit den zwingenden Bestimmungen des Gesetzes und in einer Weise regeln, die dem Zweck des Güterstandes nicht widerspricht. Dabei müssen die Ehegatten nicht alle Fragen in einem Güterrechtsvertrag regeln, sondern können auch Angelegenheiten wie die zwischen ihnen bestehenden Schuldverhältnisse, den Familienwohnsitz oder die Verwaltung der Güter, die ihrem gemeinsamen Eigentum unterliegen, in einem eigenständigen Vertrag regeln. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die Freiheit der Ehegatten, den Güterstand zu wählen, auch die Befugnis einschließt, das Güterrechtsverhältnis jederzeit zu beenden. Die Ehegatten können beschließen, anstelle des von ihnen beendeten Güterstandes einen anderen Güterstand zwischen ihnen anzuwenden.*

**KAYNAKÇA**

- Acabey, M. Beşir: **Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1998.
- Acar, Faruk: **Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı**, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Akıntürk, Turgut; Ateş, Derya: **Aile Hukuku**, 24. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2022.
- Aldemir, İpek Betül : **Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Taraf İradelerinin Etkisi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Anıl, Yaşar Şahin; Taner, Yonca: **Eşler Arasındaki Mal Rejimleri**, Legal Kitapevi, 2011.
- Aydos, Oğuz Sadık: “Eşlerin Geçmişe Etkili Mal Rejimi Sözleşmesi Yapabilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y: 2006, C:22, s: 3, s. 383-393.
- Barlas, Nami: “Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 115-143.
- Demir, Pınar Özlem: “4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 221. Maddesinin Yorumu”, **Prof. Dr. Necla Arat’a Armağan**, Beta Yayınları, 2004, s. 133-138.
- Dural, Mustafa; Öğüz, Tufan;
- Gümüş, Mustafa Alper: **Türk Özel Hukuku Cilt III: Aile Hukuku**, Filiz Kitabevi, 2020.
- Erdem, Mehmet; Makaracı Başak, Aslı: **Aile Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Gençcan, Ömer Uğur : **Mal Rejimleri Hukuku**, 5. Baskı, Yetkin Yayıncılık, 2018.

Gümüş, Mustafa Alper: **Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281)**, Vedat Kitapçılık, 2008.

Hatemi, Hüseyin: **Aile Hukuku**, 9. Bası, On İki Levha Yayınları, 2021.

Hausheer, Heinz: **Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB**, Hrsg. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser, 2. Auflage, Basel-Genf-München, 2012.

Hausheer, Heinz; Ruth Reusser; Geisser, Thomas: **Berner Kommentar Band II: Das Eherecht: Das Güterrecht der Ehegatten: Allgemeine Vorschriften und der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Art. 181-220 ZGB**, Stämpfli Verlag AG, 1992.

Karamercan, Fatih: **Katkı – Değer Artış Payı & Katılma Alacağı Davaları**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018.

Kaya, Ayşegül: **Mal Ortaklığı Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021.

Kılıçoğlu, Ahmet M.: **Aile Hukuku**, 6. Bası, Turhan Kitabevi, 2022. (Aile Hukuku).

Kılıçoğlu, Ahmet M.: **Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi**, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, 2002. (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi)

Kılıçoğlu, Ahmet M.: **Katkı- Katılma Alacağı**, 6. Bası, Turhan Kitabevi, 2016.

Kılıçoğlu, Ahmet M.: **Medeni Kanun'umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler**, 3. Bası, Turhan Kitabevi, 2014.

Koçhisarlıoğlu, Cengiz: "Aile Hukuku Kavramlarının Farklılığı", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2004, C. 53, s. 19-28.

Langenfeld Gerrit, Milzer Lutz: **Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen**, C. H. Beck, 2015.

Ozanemre Yayla, H. Tolunay; Turan, Gamze: "Türk Medeni Kanunu'nda Mal Rejimi Sözleşmesi", **Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008, s. 1079-1092.

- Öztan, Bilge: **Aile Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015.
- Sarı, Suat: **Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi**, İstanbul, Beşir Kitabevi, 2007.
- Şıpka, Şükran : **Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Tuncer, Senar Çağırğan: **Türk Medeni Kanunu'nda Mal Ortaklığı Rejimi**, Ankara, Gazi Kitabevi, 2015.
- Uluç, Yusuf: **Mal Rejimleri ve Tasfiyesi**, Yetkin Yayınları, 2014.
- Ünal, Akın: "Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine Eleştirel Bir Bakış", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXIII, Y. 2019, S. 4, s. 121-140.
- Yağcıoğlu, Ali Haydar: **Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Yasal Alım Hakkı**, Güncel Yayınevi, 2007.
- Zeytin, Zafer : **Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi**, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.

## **ÇEVİRİLER/ÜBERSETZUNGEN**





**Alman Federal İş Mahkemesi'nin  
2 AZR 596/20 No'lu ve 20 Mayıs 2021 Tarihli Kararı:**

**Kişinin Kimin Önünde ve Hangi Durumda Kıyafetini Çıkaracağına  
Karar Verme Hakkını Hiç Sayarak İşyerinde Cinsel Organının  
Ortaya Çıkarılmasının Genel Eşit Muamele Kanunu'nun (AGG) 3.  
Maddesi 4. Fıkrası Anlamında Bir Cinsel Davranışı İfade Edip  
Etmeyeceği Hakkında**

Çev. / Übersetzt von

Araş. Gör. Pelin KURŞAT\*

20 Mayıs 2021 tarihli duruşmaya dayanılarak, Federal İş Mahkemesi Başkanı Yargıç Prof. Dr. Koch, Federal İş Mahkemesi Yargıcı Rachor ile yine Federal İş Mahkemesi Yargıcı Dr. Niemann ve gönüllü hakimler Schierle ve Dr. Klein katılımıyla Federal İş Mahkemesi İkinci Dairesi tarafından gereği düşünüldü:

1. Davalının temyiz (*Revision*) talebi üzerine Saksonya Eyaleti İş Mahkemesi'nin 25 Kasım 2020 tarihli ve 5 Sa 128/20 sayılı kararının kaldırılmasına;
2. Davanın, yeniden duruşma yapılmak ve karar verilmek üzere - temyiz sürecinin masrafları da dahil olmak üzere- Eyalet İş Mahkemesi'ne geri gönderilmesine, kanunen karar verilmiştir.

**Vakıa**

- 1 Taraflar, somut olaydaki üç olağanüstü feshin hukuken geçerliliğini tartışmaktadırlar.

---

\* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, e-posta: kursat@tau.edu.tr. ORCID: 0000-0001-7628-9398.

- 2 Davalı bir otomobil üreticisidir. Davacı 2014 yılından beri davalının yanında (en son imalathanede) çalışmaktadır. 1-2 Mayıs 2019 tarihli gece vardiyasında, davacı Ritzbreiger olarak adlandırılan makinede çalışan geçici bir işçiye yaklaşıp iki eliyle beklenmedik bir şekilde söz konusu geçici işçinin iş kıyafeti ile külotunu indirmiştir. Geçici işçi konuyla ilgili işverenine şikâyetle bulunmuş ve bir sonraki gece vardiyasında çalışmamıştır.
- 3 3 Mayıs 2019'dan itibaren yapılan personel görüşmelerinden sonra, davacı 15 Mayıs 2019'da başka bir personel görüşmesi daha yapılmasını istemiştir ve bu görüşme esnasında daha önce yaşanan olaydan dolayı için özür dilemiştir.
- 4 Davalı, davacıya aynı gün ulaşacak şekilde 21 Mayıs 2019 tarihli bir dilekçeyle ve ayrıca ihtiyaten 5 Haziran 2019 ile 19 Ağustos 2019 tarihlerinde tekrar yazılı olacak şekilde, taraflardan her birinin iş sözleşmesini önceden haber vermeksizin olağanüstü bir şekilde feshetmiştir. Fesih bildirimini "personel başkanı" olarak davalının müdürü ve başka bir çalışan tarafından imzalanmıştır. Fesih bildirimine eklenen iki imza, davalının sunduğu mevcut bir imza listesine dayanmaktadır.
- 5 Davacı; gerek 23 Mayıs 2019 tarihli dilekçesi ile 21 Mayıs 2019 tarihli fesih bildirimine, gerekse 12 Haziran 2019 ve 20 Ağustos 2019 tarihli dilekçeleri ile 5 Haziran 2019 ve 19 Ağustos 2019 tarihli fesih bildirimlerine, imzacı kişilerin yetki belgelerinin olmaması nedeniyle, itiraz eder.
- 6 Mevcut dava ile davacı söz konusu işten çıkarmaların hukuken geçersiz olduğunu iddia etmiştir. Davacının dayandığı önemli bir neden bulunmamaktadır. Davalı, Alman Medeni Kanunu (BGB) Md. 626/2'de<sup>1</sup> yer alan fesih bildirim sürelerine uymamış ve işçi konseyini

---

<sup>1</sup> Md. 626- Önemli Sebeplerden Dolayı İhbarsız İşten Çıkarma

“Fesih sadece iki hafta içinde yapılabilir. Süre, fesih hakkı sahibinin fesih ile ilgili gerçekleri öğrendiği andan itibaren başlar. Cayan taraf, talep üzerine diğer tarafa fesih nedenini derhal yazılı olarak bildirmelidir.”

kanuna uygun bir şekilde dinlememiştir. Geçici işçi altı ay önce davacının pantolonunu aşağı indirmiştir.

7 Davacı,

1. Taraflar arasındaki iş sözleşmesinin davalının 21 Mayıs 2019 tarihli olağanüstü feshi ile feshedilmemiş olduğunun tespit edilmesini;

2. Davacının değiştirilmemiş çalışma koşullarında, davacının fesih anlaşmazlığının hukuki olarak neticelenmesine kadar imalatçı/üretici olarak çalışmaya devam etmesinin davalıdan istenmesini;

3. Taraflar arasındaki iş sözleşmesinin davalının 5 Haziran 2019 tarihli olağanüstü feshi ile feshedilmemiş olduğunun tespit edilmesini;

8 4. Taraflar arasındaki iş sözleşmesinin davalının 19 Ağustos 2019 tarihli olağanüstü feshi ile feshedilmemiş olduğunun tespit edilmesini usulüne uygun olarak talep etmiştir. İş Mahkemesi davayı kabul etmiştir. Eyalet İş Mahkemesi, davalının –İş Mahkemesinin kararına karşı istinaf başvurusunu reddetmiştir. Temyiz başvurusuyla birlikte davalı, davanın reddine ilişkin iddiasını sürdürmüştür.

### **Karar Gerekçeleri**

- 9 Temyiz haklı görülmüştür. Eyalet İş Mahkemesi, gösterilen gerekçeye dayanarak yerel mahkemenin kararına karşı yapılan istinaf başvurusunu reddetmemeliydi. Senato, İstinaf Mahkemesi tarafından İstinaf Mahkemesinin tespitine dayanarak, haksız işten çıkarılmaya karşı açılan davalarda karar veremez. Bu istinaf kararının iptal edilmesine ve davanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesine yol açmaktadır.
- 10 I. Eyalet İş Mahkemesi'nin davalının 21 Mayıs 2019 tarihli feshinin BGB § 174/ 1. cümle uyarınca<sup>2</sup> hukuken geçersiz olduğu şeklindeki kararı, temyiz incelemesi kapsamında değerlendirilemez.

<sup>2</sup> Md. 174- Vekilin Tek Taraflı Yasal İşlemleri

“Yetkili temsilcinin yaptığı tek taraflı bir yasal işlem, yetkili temsilci bir vekaletname

- 11 1. İstinaf kararından, davacının İşten Çıkarmanın Önlenmesi Kanunu Md. 4 Cümle 1 ve Md. 6 Cümle 1'e göre zamanında feshin geçersizliğini talep ettiği anlaşılmamaktadır.
- 12 2. Ayrıca, BGB Md. 174/ 1. cümle<sup>3</sup> anlamında davacının 21 Mayıs 2019 tarihli bildirimde derhal itiraz ettiğinin kabulünü gerektirecek bir ifadeye rastlanmaz.
- 13 a) BGB Md. 174/ cümle 1 uyarınca "ret (*Die Zurückweisung*)" karşı tarafa ulaşması gereken bir irade beyanıdır (Genel görüş için krş. MüKoBGB/Schubert 8. Aufl. § 174 Rn. 20). BGB Md. 174/ Cümle 1'de yer alan "derhal (*unverzüglich*)" kavramı ile kast edilen ve bu anlamın gerçekleşip gerçekleşmemesinde önemli olan, beyanın alıcısına ulaşmasıdır (krş. ilgili karardaki gerekçeler: BAG 8. Dezember 2011- 6 AZR 354/10 - para. 33, BAGE 140, 64; 5. April 2001 - 2 AZR 159/00 - zu B II 2 b). BGB Md. 119 ve Md. 120'e göre fesih beyanına itiraz için BGB Md. 121/ 1/ Cümle 2'deki düzenleme ne özel bir hüküm olarak ne de kıyasen uygulanamaz (bkz. § 18 Abs. 6 SchwbG vgl. BAG 3. Juli 1980 - 2 AZR 340/78 - zu II 3 a bb der Gründe, BAGE 34, 20). BGB Md. 174 / Cümle 1'e göre reddin ivediliğinin gerekliliği, BGB Md. 121/ 1 Cümle 2' deki gibi beyan bulunanın değil, beyanda bulunulana korunmasına hizmet eder.
- 14 b) Buna karşılık, BGB Md. 121/ 1 Cümle 1'deki "gecilmeksizin" yasal tanımı tüm medeni hukukta geçerlidir (Genel görüş için bkz. Jauernig/Mansel BGB 18. Aufl. § 121 Para. 1). Bu hüküm için belirlenen esaslara uygun olarak, BGB Md. 174 / Cümle 1'e göre red ivedilikle değil tereddütsüz gerçekleşmelidir. Böylece bildirim alan kişiye söz konusu tek taraflı hukuki işlemi –yetkisizlik sebebiyle- reddedip etmeyeceği ile ilgili , düşünmesi ve konuyla ilgili uzmandan yasal tavsiye alabilmesi için belirli bir zaman tanınır(BAG 5 Aralık 2019 - 2 AZR

---

sunmazsa ve karşı taraf bu nedenle yasal işleme gecilmeksizin itiraz ederse hukuken geçersizdir."

<sup>3</sup> § 174- Vekilin Tek Taraflı Yasal İşlemleri

"Bir yetkili temsilcinin diğerine karşı yaptığı tek taraflı bir yasal işlem, yetkili temsilci bir vekaletname sunmazsa ve diğeri bu nedenle yasal işleme gecilmeksizin itiraz ederse hukuken geçersizdir."

147/19 - para. 48, BAGE 169, 38). Bildirim yapılan kişinin işlemi reddetmesi için gereken süre, somut olayın koşullarına bağlıdır (BAG 5. Dezember 2019 - 2 AZR 147/19 - aaO; 8. Dezember 2011 - 6 AZR 354/10 - Rn. 32, BAGE 140, 64). Red, gerçek temsil ve vekalet ilişkileri hakkında detaylı bir araştırma veya kapsamlı bir değerlendirme süreci gerektirmediğinden daha ziyade yalnızca yetki belgesinin yokluğuyla ilgili olduğundan, normal şartlar altında bir haftalık bir süre yeterlidir. (BAG 8. Dezember 2011 - 6 AZR 354/10 - Rn. 33, aaO). Bu nedenle fesih beyanına itiraz, özel koşullar olmaksızın, bir haftadan fazla bir süre sonra yapılırsa bu artık BGB Md. 174/ Cümle 1 anlamında ivedi değildir. (BAG 13. Dezember 2012 - 6 AZR 608/11 - Rn. 67). Süre, fesih beyanı alıcısının fesihten ve (yetkili) vekalet belgesinin yokluğundan fiilen haberdar olması ile başlar (BAG 8. Dezember 2011 - 6 AZR 354/10 - Rn. 33, aaO).

- 15 c) Eyalet İş Mahkemesi, davacının 23 Mayıs 2019 tarihli itiraz dilekçe ile 21 Mayıs 2019 tarihli fesih beyanına itiraz ettiğini kabul etmiştir. Ancak bu itirazın davalıya ulaşip ulaşmadığı, ulaştıysa da ne zaman ulaştığı tespit edilmemiştir. Postanın çalıştığı normal süreler dikkate alındığında, Eyalet İş Mahkemesinin fesih bildirimiminin davacıya ulaştığı tarihten itibaren 1 hafta içinde davalı tarafından alındığına ilişkin değerlendirmesi somut gerçeklere dayanmaz. İtiraz dilekçesinin en azından bir haftalık sürenin bitiminden önce postalandığı henüz tespit edilmemiştir. Aynı zamanda, istinaf (*Berufungsurteil*) kararına konu itiraz dilekçesinin fotokopisi, teslimin zamanını göstermede yetersizdir.
- 16 3. Eyalet İş Mahkemesi'nin, davacının BGBMd. 174/ Cümle 2. uyarınca<sup>4</sup> itiraz etme hakkının bulunduğuna ilişkin kabulü hukuken hatalıdır.
- 17 a) Fesih beyanı, ayrıca davalının "personel başkanı" tarafından görevini belirterek elle imzalanmıştır. İstinaf mahkemesi davalının lehine

---

<sup>4</sup> Md. 174/ Cümle 2: "Eğer vekalet veren, muhatabı vekalet ilişkisi hakkında bilgilendirmişse, itiraz etme hakkından bahsetmek mümkün değildir."

olacak şekilde BGB Md. 174/ Cümle 2 uyarınca davacının vekaletten haberdar olduğunu varsaymıştır.

- 18 b) Davalı, davacıya imza atan kişiyi insan kaynakları müdürü olarak atadığını bildirmişse iş hayatında bu kişinin işveren adına iş sözleşmelerini feshetme yetkisi bulunduğu kabul edilir. (krş.. BAG 25. September 2014 - 2 AZR 567/13 - Rn. 20, 24). Personel yöneticisi hakkında yeterince bilgilendirilen çalışan, personel yöneticisinin, personel ile ilgili olarak işten çıkarmalar hususunda fesih bildiriminde bulunabilecek tek yetkili olduğunu bilmek zorundadır. (BAG 25. September 2014 - 2 AZR 567/13 - Rn. 24; ayrıca krş. BAG 29. Oktober 1992 - 2 AZR 460/92 - zu II 2 der Gründe).
- 19 c) Fesih beyanının başka bir çalışan tarafından imzalanmış olması, Eyalet İş Mahkemesinin görüşünün aksine farklı bir sonuç doğurmaz. Davalıdan personel yöneticisinin dış ilişkilerdeki gücünün genel temsil yetkisi ile sınırlı olduğuna dair hiçbir açıklama gelmemiştir. İstinaf Mahkemesi bu bağlamda –gerektiği gibi- vekaletnamenin iç ve dış ilişkisi arasında ayırım yapmaz. geçerli olup olmadığı incelenmemiştir (sözgelimi krş.. MüKoBGB/Schubert 8. Aufl. § 164 Rn. 209). Mevcut imza listesinin sunulduğu bir uygulama, fesih beyanının sadece personel yöneticisi tarafından değil, aynı zamanda ek bir kişi tarafından imzalanması, iki adam ilkesinin (Two-man rule/ Vier-Augen-Prinzip) korunması durumunda olduğu gibi yalnızca iç ilişkide sorumluluk yükler.
- 20 II. Mevcut bulgulara göre, Eyalet İş Mahkemesinin 21 Mayıs 2019 tarihli fesih ile ilgili verdiği karar başka nedenlerden dolayı da hukuken doğru değildir (Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu (ZPO) Md. 561). Dava, davalı lehine nihai sonuç doğurmaya da elverişli değildir. (ZPO § 563/ 3.).
- 21 1. Eyalet İş Mahkemesi 21 Mayıs 2019 tarihli feshin başka nedenlerle geçersiz olup olmadığını açık bir şekilde ifade etmemiştir. Davacı, diğer şeylerin yanı sıra, feshin esaslı/geçerli bir nedene dayanmadığını

iddia etmiştir. Bu durum mevcut olup olmadığı bu zamana kadar tespit edilmemiştir. Davalı, bu fesih bildiriminin ve yine 5 Haziran 2019 ve 19 Ağustos 2019 tarihli olan fesih beyanlarının meşruluğunu aynı olaya dayandırmıştır ve istinaf mahkemesi -sonucunda- sadece son fesihlerin hukuka uygunluklarını hükmünde incelemiştir ve bunların hukuka uygun olduğunu ifade etmiştir; bu durumda davalı 5 Haziran 2019 ve 19 Ağustos 2019’li fesihler ile 21 Mayıs 2019 tarihli fesihlerin benzer sebebe dayanmasından dolayı hukuka uygun/geçerli bulunması gerektiği savunmasını yapmıştır. Senato’dan beklenen 21 Mayıs 2019 tarihli feshin hukuka uygun olup olmadığının ayrıca incelenmesi iken böyle bir incelemede bulunulmamıştır.

- 22 a) Bir usul şikâyeti olmadıkça Senato, Eyalet İş Mahkemesi bulguları ile bağlıdır ki bu bulgu da şu şekildedir; davacı 1-2 Mayıs 2019 gece vardiyasında geçici bir işçinin sadece iş pantolonunu değil, aynı zamanda külotunu da indirmiştir, bu da genital bölgede belli bir süre boyunca çıplaklık demektir. Öyle ki geçici işçi bu süre boyunca, bazı iş arkadaşlarının bakışlarına ve kahkahalarına/dalga geçmesine maruz kalmıştır.
- 23 b) Eyalet İş Mahkemesi tarafından tespit edilen davacının davranışı “esas itibarıyla” BGB Md. 626/ 1 anlamında “önemli bir neden” (§ 626 *Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund*) oluşturmak için yeterlidir. Bu, BGB Md. 241/ 2 uyarınca<sup>5</sup> davalının çıkarlarını göz önünde bulundurma yükümlülüğünün önemli bir ihlalidir. Davalının çalışanlarının şirketlerinde istihdam edilen geçici işçilere saygılı davranma ve başarılı bir şekilde işbirliği yapmaktan kaynaklı, korunması gereken bir menfaati vardır. AGG Md. 12 / 1 ve 3’e göre, işveren geçici işçileri de cinsel tacize karşı korumakla yükümlüdür. Davacı, geçici işçiyi çalışma saatleri boyunca rahatsız etmekle birlikte hem geçici işçiyi hem de olayı izleyen diğer işçileri işten alıkoymuştur. Geçici işçinin cinsel organını açığa çıkarmak, onun özel hayatına ciddi, aşağılayıcı bir müdahaledir ve bu Alman Anayasası’nın (GG) 2. maddesinin birinci

---

<sup>5</sup> § 241/ madde 2:

Yükümlülük ilişkisi, içeriğine göre, her bir tarafın, diğer tarafın haklarını, yasal mallarını ve çıkarlarını göz önünde bulundurmaya mecbur edebilir.



cümlesi ile birinci maddesinin birinci cümlesindeki genel kişilik hakkının ihlalidir. Aynı zamanda AGG Md. 3/ 4 anlamında cinsel tacizden de söz edilebilir.

- 24 aa) AGG Md. 3/ 4 anlamında cinsel taciz de, AGG Md. 7/ 3'e göre esas itibariyle BGB Md. 626/ 1 anlamında önemli bir neden olan sözleşmeden doğan yükümlülüğün ihlalidir (BAG 29. Juni 2017 - 2 AZR 302/16 - Rn. 15, BAGE 159, 267; 20. November 2014 - 2 AZR 651/13 - Rn. 15, BAGE 150, 109). Cinsel olarak belli bazı fiziksel/bedensel dokunuşlar ve cinsel içerikli açıklamalar/işaretler de dahil olmak üzere istenmeyen, cinsel nitelikli spesifik davranışlar, kişinin saygınlığını (insan onurunu) etkilediği veya saygınlığının olumsuz etkilenmesi sonucunu doğurduğu zaman meydana gelirler. AGG Md. 3 / 3'ten farklı olarak, bir kerelik cinsel davranışlar dahi cinsel tacizin şartlarını oluşturabilir (BAG 29. Juni 2017 - 2 AZR 302/16 - Rn. 17, aaO). AGG Md. 7/ 3 ve Md. 3/ 4 uyarınca kişinin kendi kaderini tayin etme hakkının/kişinin kendi cinsel tercihlerine kendisinin karar verme hakkının korunması, GG Md. 1/ 1 ile birlikte Md. 2/ 1 uyarınca genel kişilik hakkının somutlaştırılmasıdır (BAG 29. Juni 2017 - 2 AZR 302/16 - Rn. 18, aaO). Kişinin kendi kaderini tayin etme, belirli koşullar altında bir veya daha fazla kişinin cinsel içerikli bir olaya/duruma katılıp katılmamasına karar verme hakkı olarak anlaşılmaktadır (Köhler/Koops BB 2015, 2807, 2808). Bu, fiziksel temas yoluyla vücut mahremiyetine müdahale etmeyi kapsar (BAG 29. Juni 2017 - 2 AZR 302/16 - Rn. 18, aaO). Bir başkasının birincil veya ikincil cinsel bölgelerine kasıtlı olarak dokunulması, vücut/beden mahremiyetine yönelik fiziksel bir müdahale/saldırı (Übergriff) olduğu için AGG Md. 3 / 4 anlamında cinsel tacizdir (BAG 29. Juni 2017 - 2 AZR 302/16 - Rn. 18, aaO; vgl. auch BAG 2. März 2017 - 2 AZR 698/15 - Rn. 36; 20. November 2014 - 2 AZR 651/13 - Rn. 18, aaO). Cinsel içerikli bir saldırı bir başkasının cinsel organına dokunulmadan ve fakat kişinin kendi kaderini tayin etme hakkının göz ardı edilmesi, kişinin kimin önünde ve hangi durumlarda kıyafetini çıkaracağına karar verme hakkının ihlal edilmesi durumunda da gündeme gelir. Aynı zamanda bu tür bir davranış insanın üzerinde gerçekleşen konusu doğrudan cinsel olan davranıştır. (bkz. MüKoBGB/Thüsing 8. baskı. AGG § 3 Rn. 72). Sarılmalar gibi, cinselliğin

doğrudan doğruya/kolayca gerçekleşmediği diğer eylemlerde, bu eylemlerin devamında gelen cinsel niyet neticesinde de cinsel ilişki ortaya çıkabilir (BAG 29. Juni 2017 - 2 AZR 302/16 - Rn. 18, aaO; 2. März 2017 - 2 AZR 698/15 - aaO). Cinsel saldırı mahiyetinde bir durum, aynı zamanda, kişinin kendi kaderini tayin etme hakkını ihlal ederek, cinsel manada kişiyi utandırmak şeklinde de olabilir. Ancak cinselliği doğrudan ilgilendiren bir davranışın söz konusu olması halinde AGG Md. 3/ 4 anlamında bir "etki (*Bewirken*)" için rahatsız edici (*Belästigung*) davranışın ortaya çıkması yeterlidir. Davranışlarından dolayı bu sonuçtan nesnel olarak sorumlu olan kişinin aksi yöndeki niyet veya fikirleri önemli değildir (BAG 29. Juni 2017 - 2 AZR 302/16 - Rn. 20, aaO; 9. Juni 2011 - 2 AZR 323/10 - Rn. 19). İstememenin maddi şartlarının gerçekleşmesi için -İşçi Koruma Yasası (BSchG) Md. 2/ 2/ Cümle 2/ Numara 2'nin aksine- ilgili kişinin söz konusu davranışlara karşı olumsuz tutumunu aktif olarak göstermesini gerektirmez. Önemli olan tek şey, davranışın ilgili tarafından istenmediğinin nesnel bir şekilde tespit edilip edilemediğidir (BAG 29. Juni 2017 - 2 AZR 302/16 - Rn. 21, aaO)

- 25 bb) Geçici işçinin 1-2 Mayıs 2019 gece vardiyasında genital bölgesinin açılması, bu nedenle AGG Md. 3/ 4 anlamında bir cinsel taciz oluşturmuş olabilir. Ancak davacı, geçici işçinin külotunu da indirmeyi planlamadığını iddia etmiştir. Şayet bu doğruysa, davacının AGG Md. 3/ 4 anlamında cinsel nitelikte bir davranışının olmadığından bahsedilebilir. Bu durumda da beden mahremiyetine yönelik önemli bir müdahale/saldırı (*Übergriff*) meydana gelmiştir ve bu geçici işçinin cinsel manada utandırılmasına yönelik bir davranış olmayabilir; ve fakat bu yine de göz ardı edilemez. Davacının iddiasının doğru olup olmadığı ve geçici işçinin çalışma pantolonunu aşağı indirirkenki niyeti, olayın koşulları ve adli bir değerlendirmeye daha ayrıntılı bir şekilde aydınlatılmalıdır.
- 26 c) Anlaşmazlığın ilgili tüm koşullarını dikkate alarak, çıkarların kapsamlı bir şekilde dengelenmesi için BGB Md. 626/ 1 anlamında orantılılık ilkesi ölçüğünde de yeterli bulgu yoktur.

- 27 aa) BGB Md. 626/ 1 çerçevesinde bir sözleşme yükümlülüğünün ihlali durumunda, tarafların çıkarlarının tespit edilmesi diğer hususlar yanında süresiz fesih yerine daha hafif bir yaptırımın, yani özellikle bir uyarı veya süreli fesih yaptırımının, öngörülebilir olup olmadığına ilişkin bir incelemeyi de içerir. Bir sözleşme yükümlülüğünün ihlali nedeniyle olağan ve/veya olağanüstü fesih, kanuna uygun bir uyarı/ihbarı gerektirir. Orantılılık ilkesine göre böyle bir gereklilik, ancak bir ihtardan sonra bile gelecekte bir davranış değişikliğinin beklenemeyeceği önceden anlaşılabilirse veya ciddi bir görev ihlali söz konusu olduğunda, bu ihlalin ilk defa yapılışında dahi işveren için katlanılması objektif standartlara göre kabul edilemez ise -kabul edilemezlik işçi için de açıkça anlaşılabilirse- söz konusu olmaz (BAG 27. Februar 2020 - 2 AZR 570/19 - Rn. 23, BAGE 170, 84; 13. Dezember 2018 - 2 AZR 370/18 - Rn. 30; 29. Juni 2017 - 2 AZR 302/16 - Rn. 28, BAGE 159, 267). Söz konusu ihtimallerden sadece birinin mevcut olması durumunda, çıkarların dengelenmesinde fesihle bulunanın daha hafif bir yaptırım olarak uyarıda bulunmuş olması aranmaz (bkz. BAG 27. Februar 2020 - 2 AZR 570/19 -Rn. 24, aaO). İkinci ihtimal (çev. notu: ihlalin ilk defa yapılışında dahi işveren için katlanılması objektif standartlara göre kabul edilemez olması), münhasıran söz konusu sözleşme yükümlülüğünün ihlalinin ağırlığı ile ilgilidir ve bu da iş birliğinin temelini onarılamaz bir şekilde ortadan kaldırır. Bu, tekrarlama tehlikesinden bağımsız bir şekilde değerlendirilir. Bir yükümlülük ihlalinin ağırlığı, her ne kadar yalnızca onu etkileyen somut davanın koşullarına göre değerlendirilebilse de bunlar bizzat yükümlülük ihlalinin veya eylemin gerçekleştiği koşulları ilgilendirmelidir. Bu koşullar arasında, örneğin, ihlalin türü ve büyüklüğü, sonuçları, işçinin suçluluğunun derecesi ve bunun gerçekleştiği durum veya "ortam/atmosfer" yer alır., sorunsuz bir sözleşme ilişkisinin bulunması gibi, karşılıklı çıkarların tespitinde dikkate alınabilecek bazı unsurlar, yükümlülüklerin ihlalinin ağırlığının tespitinde dikkate alınmaz. Bunun tersi,, gerçekleşen yükümlülük ihlalinin ne derecede ağır/ciddi olduğunu tek başına ortaya koymayan asılsız iddialar için de aynı şekilde geçerlidir.

- 28 bb) Eyalet İş Mahkemesi bir uyarının gerekip gerekmediğini tespit ederken sonraki fesih beyanlarını (Folgekündigungen) da dikkate alarak ve hukuken doğru bir karar vermiştir. Kişinin uyarılması sonucunda olayın tekrarlanma riski ortadan kaldırılabilir. Halbuki sözleşme yükümlülüğünün ihlali, çalışanın kontrol edilebilir bir davranışına dayanıyorsa, yapılan uyarıyla birlikte çalışanın gelecekteki davranışları iş sözleşmesinin sürekliliğini olumlu yönde bile etkileyebilir (BAG 27. Februar 2020 - 2 AZR 570/19 - Rn. 23, BAGE 170, 84; 13. Dezember 2018 - 2 AZR 370/18 - Rn. 30; 29. Juni 2017 - 2 AZR 302/16 - Rn. 28, BAGE 159, 267). Davacı tarafından gösterilen pişmanlık, işyeriyle/işle ilgili endişeden kaynaklansa bile, İstinaf Mahkemesinin de ihtimal verdiği gibi, söz konusu pişmanlık davacının davranışını tekrarlayarak birini tekrar tehlikeye atmayacağını gösterir. Bu şekilde bir değerlendirme yani cinsel tacize karşı işverenin gelecekte tacizin tekrarlanmayacağını garanti etmesi yönündeki tedbiri, AGG Md. 12 /3'ün koşullarını da sağlamaktadır Eğer tekrarlama tehlikesi söz konusu değilse, bu tedbir yeterli olacaktır.
- 29 cc) Öte yandan Eyalet İş Mahkemesi önceki bulgularına dayanarak, uyarının gerekliliğine yol açan ciddi bir yükümlülük ihlalinin varlığını yasaya aykırı bir şekilde kabul etmemiştir. Mahkeme, sözleşmenin ilk defa ihlal edildiğini yani daha önceden bir sözleşme ihlalinin olmadığını dikkate almamıştır. Esasında bu, ilk kez de olsa, görev ihlalinin ağırlığını etkileyen bir husus değildir. Mahkemenin takdiri, bu hukuki hataya dayanmaktadır. Bunun yanında, istinaf mahkemesi sadece yükümlülük ihlalinin ağırlığını vurgulayan koşulları belirlemiştir ve davacı ve geçici işçi arasında geçmişte yaşanan şakalaşmaya "en az değeri" vermiştir. Önceki bulgulara dayanarak, davacının ne derece kusurlu olduğunu değerlendirmek de mümkün değildir. İstinaf Mahkemesi buna rağmen, davacının "bilinçli olarak" meslektaşının onur ve haysiyetini ihlal ettiğini kabul etmiştir. Ancak, davacının iradesinin, çalışanın cinsel organlarını açmaya yönelik olduğu da tespit edilmemiştir. Aynı şekilde davalının iddia ettiği gibi, Gravür makinesi olarak adlandırılan makinede görülen faaliyetin zarara yol açabilir nitelikte (Schadensgeneigtheit) olup olmadığı, özellikle de çalışma

- esnasında geçici işçinin, davacının saldırısı (Angriff) sonucunda rahatsız edilmiş olabileceği belirtilmemiştir.
- 30 d) Senato da davalının 21 Mayıs 2019 tarihli fesih beyanı ile BGB Md. 626/ 2/ Cümle 1'e göre fesih bildirim süresini ileri sürüp süremeyeceğine karar veremez. BGB Md. 626 / 2/ Cümle 2 anlamında davalıyı feshetmeye yetkili kişilerden birinin feshe konu olay hakkında ne zaman bilgilendirdiği, şimdiye kadar tespit edilmemiştir.
- 31 2. Aynı şekilde Senato, davacının feshin BetrVG Md. 102/ 1/ Cümle 3 uyarınca hukuken geçersiz olduğu iddiasıyla ilgili de bizzat karar veremez. Eyalet İş Mahkemesi'ne, "işçi konseyinin dinlenmesi (*Betriebsratsanhörung*)<sup>6</sup> "ile ilgili olarak dinlemenin içeriğine ve işleyişine dair herhangi bir açıklama da yapılmamıştır.
- 32 3. Davacı, istinaf mahkeme kararında tespit edilmiş olan diğer geçersizlik nedenlerine dayanmamıştır.
- 33 III. Eyalet İş Mahkemesinin 21 Mayıs 2019 tarihli fesih hakkındaki kararı sayılan nedenlerle iptal edilip alt mahkemeye geri gönderilmelidir. İstinaf Mahkemesi, Senato'nun yasal görüşüne uygun olarak, BGB Md. 174/ Cümle 1 -davacı KSchG Md. 4/ Cümle 1, Md. 6/ Cümle 1'e uygun olarak zamanında iddiada bulunmuşsa- ve gerekirse BGB Md. 626 ile BetrVG Md. 102/ 1/ Cümle 3'e göre feshin hukuken geçersizliği hususunda tekrar karar vermek zorundadır.
- 34 1. BGB Md. 174/ Cümle 1 göz önünde bulundurularak, davalının davacının 23 Mayıs 2019 tarihli itiraz dilekçesini gecikmeden teslim alıp almadığı ve davalının davacıyı fesih beyanı ulaşmadan önce BGB Md. 174/ Cümle 2 anlamında "Personel Başkanı" pozisyonu hakkında bilgilendirip bilgilendirmediği hususları açıklığa kavuşturulmalıdır.

---

<sup>6</sup> Çevirmen notu: İşçi Konseyi, işçilerin kendilerini temsil etmeleri için işyerindeki işçiler arasından seçilen kişilerden oluşur. İşçilere bir yaptırım uygulanmasının gerektiği durumlarda söz konusu yaptırımın ne olacağıın belirlenmesinden önce bu konseyin dinlenmesi gerekmektedir.

- 35 2. BGB Md. 626/ 1 anlamında önemli nedenin değerlendirilmesi yapılırken, yükümlülük ihlalinin ağırlığına ve dolayısıyla bir uyarının gerekli olmadığına ilişkin ek tespitler yapılmalıdır; özellikle de davacının, AGG Md. 3/ 4 anlamında geçici işçiyi cinsel olarak taciz etme niyetinin, yani sadece çalışma pantolonunu değil, aynı zamanda külotunu da aşağı indirme niyetinin olup olmadığı hususu açıklığa kavuşturulmalıdır. Şayet böyle bir niyet yoksa, geçici işçi cinsel tacize uğramamış olabilir. Ancak, davacının davranışı yine de geçici işçinin genel kişilik hakkına önemli bir müdahale teşkil etmektedir. Yükümlülük ihlalinin ağırlığı için önemli olan özellikle geçici işçinin soyulmasında davacının suçluluğunun derecesidir. Ayrıca yükümlülük ihlalinin ağırlığı açısından, her şeyden önce saldırının mağdurun üzerindeki doğrudan veya gelecekte ortaya çıkabilecek öngörülebilir sonuçları ile geçici işçiler de dahil olmak üzere çalışanların iş akışları ve iş birliğinin saygı çerçevesinde sürdürülmesi üzerindeki sonuçları önemlidir. Geçici işçinin kendisi tarafından daha önce gerçekleştirmiş olabilecek bir saldırının bu zamana kadar tespit edilmemiş olması, davacının yükümlülük ihlalinin ağırlığını azaltabilir ve bunlar da davacının davranışlarının ağırlığıyla ilgili karar verilirken dikkate alınmalıdır.
- 36 3. Somut olay bu zamana kadar sınırlı bir kapsamda incelendiğinden Senato bazı bilgilere ulaşamamıştır.
- 37 IV. Kararın iptali ve davanın alt derece mahkemeye geri gönderilmesi, Eyalet İş Mahkemesi'nin işten çıkarılmaya karşı koruma talepleri ve geçici olarak çalışmaya devam etme talepleri hakkındaki kararları için de geçerlidir.
- 38 1. Daha önceden gerçekleştirilmiş olan fesih beyanlarına karşı yapılmış olan feshe karşı koruma talepleri hakkında karar verilmesi ancak iş sözleşmesinin daha önceden yapılmış ve karşı tarafa ulaşılmış olan süresiz fesih beyanları sonucunda sonlandırılmamış olmasına bağlıdır. Bundan, fesih koruma başvurusunun önceden bildirimde bulunulmadan fesih talebine karşı başarısız kalması durumunda fesih şartlarına tabi oldukları anlaşılmalıdır.

- 39 Davacının gerçeğe dayanmayan yardım talebi (*Hilfsantrag*) kapsamında olan işe iade talebi (*Weiterbeschäftigungsantrag*)<sup>7</sup> hakkında ancak davacının davayı kazanması ve bu kapsamda feshe karşı koruma talep etmesi durumunda karar verilir.

Koch

Niemann

Rachor

K. Schierle

Klein

---

<sup>7</sup> Çevirmen notu: İşe iade/devam talebi (*Weiterbeschäftigungsantrag*), işvereni ile iş ilişkisi konusunda anlaşmazlık içinde olan bir çalışanın, iş ilişkisinin varlığı veya yokluğu açıklığa kavuşturuluncaya kadar çalışmaya devam etme hakkını ifade eder.

**Alman Federal Sosyal Mahkemesi'nin  
B 2 U 28/17 R No'lu ve 27 Kasım 2018 Tarihli Kararı\*:**

**Sigorta Kapsamında Kalan Faaliyetin Gerçekleştirilmesi Amacıyla  
Evde Bulunan İşyerine ("Home Office") Ulaşmak İçin Katedilen  
Yollarda Gerçekleşen Kazanın "İş Kazası" Olup Olmadığı ve İşçinin  
Evin İçinde Bulunan İşyerlerinde Yasal Kaza Sigortası Korumasından  
Yararlanıp Yararlanamayacağı Hakkında**

Çev. / Übersetzt von

Araş. Gör. Şeyma ZEHIROĞLU\*\*

Federal Sosyal Mahkemesi'nin İkinci Senatosu, 27 Kasım 2018 tarihinde gerçekleşen sözlü yargılama sonucunda mahkeme başkanı Prof. Dr. Spellbrink, hâkimler Hüttmann-Stoll ve Karmanski ve fahri hâkimler Stein ve Voigt tarafından hüküm kurulmuştur:

Davacının temyiz başvurusu üzerine Bavyera Eyaleti Sosyal Mahkemesi'nin 5 Nisan 2017 tarihli kararının bozulmasına ve davalının, Augsburg Sosyal Mahkemesi'nin 31 Ocak 2014 tarihli kararına karşı yapmış olduğu istinaf başvurusunun reddine karar verilmiştir.

Sosyal Mahkemenin vermiş olduğu karar değiştirilerek; Ticaret ve Mal Lojistiği Meslek Birliğinin [*Berufsgenossenschaft Handel und Warenlogistik (BGHW)*] davalı taraf olmasına hükmedilmiştir.

Davalı, davacının mahkeme dışı yaptığı masraf ve giderlerden sorumlu tutulmuştur.

---

\* BSG B 2 U 28/17 R.

\*\* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku

Anabilim Dalı Araştırma

Görevlisi, e-posta: seyma.zehiroglu@tau.edu.tr. ORCID: 0000-0003-1558-7054.



**Vakıa**

- 1 Davanın tarafları; davacının, 18.1.2013 tarihinde bir iş kazasına (*Arbeitsunfall*) uğrayıp uğramadığını tartışmaktadırlar.
- 2 Davacı, satış ve kilit müşteri yöneticisi olarak bir limited şirkette çalışmaktadır. İş sözleşmesine (*Arbeitsvertrag*) göre çalışma süresi haftalık 40 saat ve 5 gün olarak belirlenmiştir.

Temel çalışma zamanı (*Kernarbeitszeit*); saat 09.00'dan 16.00'ya kadar olacak şekilde kararlaştırılmıştır. Asıl işyeri (*Arbeitsort*) olarak işçinin M. bölgesindeki ev adresi gösterilmiştir. İş sözleşmesinde, evdeki işyerinin kurulumu ve donatımına ilişkin başkaca bilgiler yer almamaktadır. Kaza anında davacı, evin zemin ve çatı katını özel olarak kullandığı bir "ev içinde ev" 'de oturmaktadır. Burada, zemin katta bulunan geçitten merdivenle kilere inilmektedir. Bodrum katta bulunan odaların birine bir çalışma masası konulmuştur. Bu oda, büro ya da "ev ofis" ("Home Office") olarak kullanılmaktadır.

- 3 Kaza günü; davacı, fuar alanı M. 'de bulunmaktadır. Burada işverenin çalışanlarından biri, saat 14.45 civarında davacıdan saat 16.30'da genel müdürü aramasını istemiştir. Bunun üzerine davacı evine gitmiş ve yanında getirdiği dizüstü bilgisayarı bodrum katında bulunan ofisine götürmek istemiştir. Bu bilgisayar üzerinden saat 16.30'da Übersee'de bulunan genel müdürü ile görüşecektir. Davacı, saat 16.10 civarında kiler merdiveninden ofisine inerken merdiven basamağından kayarak yere düşmüş ve omurgasından sakatlanmıştır. Yanında dizüstü bilgisayarının bulunduğu bir çanta ve başkaca çalışma materyalleri bulunmaktadır.
- 4 Yasal kaza sigortası sağlayıcısı [*Verwaltungs-Berufsgenossenschaft (VBG)*], kazayı "iş kazası" olarak kabul etmemiş ve işçiye yasal kaza sigortası kapsamında tanınan yardımların sağlanmasını reddetmiştir (28.1.2013 tarihli karar, 30.4.2013 tarihli itiraz bildirimi). Sosyal Mahkeme [*Sozialgericht (SG)*], bu kararları

kaldırmış ve davacının 18.1.2013 tarihinde bir iş kazası geçirdiğini tespit etmiştir. Sosyal Mahkeme'ye göre davacı, kaza anında iş motivasyonu ile bir iş yolu (*Betriebsweg*) katetmiş ve merdivenleri esasen iş nedeniyle kullanmıştır (31.1.2014 tarihli karar).

- 5 Yasal kaza sigortası sağlayıcısı (VBG), Ticaret ve Mal Lojistiği Meslek Birliği (BGHW) ile karşılıklı anlaşma sonucunda, BGHW'nin istinaf yargılamasında "yeni davalı" olarak davaya devam edeceğini bildirmiştir. Bunun üzerine, Eyalet Sosyal Mahkemesi (*Landessozialgericht*), ilk derece mahkemesinin kararını bozmuş, itirazı reddetmiş ve temyiz başvurusunu kabul etmiştir (5.4.2017 tarihli karar): Davalı tarafta taraf değişikliğine gidilmesi kabul edilebilir ve uygundur. Davacı, kazaya sebep olan faaliyet esnasında sigorta kapsamında (*Versicherungsschutz*) değildir. İşçinin, evin bodrum katına inen merdivenleri kullanması, onun doğrudan asli edim yükümlülükleri arasında yer almamaktadır. Merdivenlerin kullanılması, bağımlı çalışan işçinin, sigorta kapsamında bulunan sonraki çalışmasına yönelik bir hazırlık hareketi (*Vorbereitungshandlung*) teşkil etmektedir. Davacı bir iş yolu (*Betriebsweg*) üzerinde yaralanmamış, çünkü "iş yolu", -belirleyici kriter olarak- binanın dış kapısından içeri girilmesiyle sona ermekte ve bu surette, fuar alanından dönüş yoluyla bir birlik ve doğrudan bir bağlantı oluşturmamaktadır. Ev içinde katedilen yollar, sadece ulaşılabilirlik (*Rufbereitschaft*) kapsamında ve hemen harekete geçme mecburiyeti oluşmuşsa veya kazanın gerçekleştiği yer belirli zamanlarda değil de sürekli olarak iş amaçlı kullanılıyorsa sigorta kapsamına alınabilmektedir. Eyalet Sosyal Mahkemesi'ne göre, genel müdürün geri aranma talebi ne ulaşılabilir olmakla eşleştirilir ne de saat 16.10'da merdivenlerden inilmesi aciliyet gerektirmektedir. Ayrıca, kiler merdiveninin temelde "iş amaçlı" kullanımı söz konusu değildir. Çünkü, merdivenler yalnızca orada bulunan ofisten geri dönmek veya ofise gitmek için sigorta kapsamında olmayan gidiş gelişlere hizmet etmektedir ve iş amaçlı kullanılan odaları birbirine

bağlamamaktadır. Merdiven, çalışma odası veya çalışma alanı olarak tahsis edilmiş yere gitmek için kullanılabilen tek yol olsa dahi, binanın iş amaçlı kullanılan bir parçasını oluşturmayacaktır.

Ayrıca, çalışma alanının dışında bulunmak -somut olayda olduğu gibi- işin görüleceği çalışma odaları belirlenmişse kaza anında yapılmakta olan iş, sigorta teminatı dışında kalmaktadır. Kaldı ki işçiler, konutlarındaki riskli yolları en iyi bilen kişilerdir. Bu sebeple, işverenlerin özellikle işçilerin evinde önleyici koruma tedbirleri alamayacak olmaları karşısında gerçekleştirilecek bu tür tehlikelerden müştereken sorumlu tutulmaları uygun görülmemektedir.

- 6 Davacı, temyiz başvurusuyla Sosyal Kanun'un yedinci kitabının sekizinci maddesinin birinci fıkrasıyla bağlantılı olarak ikinci, üçüncü ve altıncı maddelerinin (§ 8 Abs 1 iVm §§ 2,3 und 6 SGB VII) ihlal edildiğini ileri sürmektedir. Eyalet Sosyal Mahkemesi (LSG), Federal Sosyal Mahkemesinin (BSG) 12.12.2006 tarihli kararını (*B 2 U 1/06 R – BSGE 98, 20 = SozR 4-2700 § 8 Nr 21*) dikkate almamıştır. Söz konusu karara göre, sigortalının işyeri ve oturduğu dairesinin aynı evde olması durumunda "binanın dış kapısı" kriteri, iş yolu için geçerli değildir. Önemli olan, kazanın yasal olarak işyerinin temel amaçlarına hizmet eden bina bölümünde gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Somut olayda bu unsur gerçekleşmiştir. Merdivenler, günlük olarak ofise gitmek ve oradan geri dönmek için kullanılmaktadır. Kazanın gerçekleştiği anda merdivenler, sadece işe hizmet amacıyla kullanılmaktadır (*konkreter Nutzungszweck*). Çünkü, davacı işle ilgili bir telefon görüşmesi yapmak üzere yoldayken düşmüştür. İşçinin genel müdürü geri aramak şeklinde bir yükümlülüğü olmasaydı işçi, kaza günü merdivenleri kullanmamış olacaktı. İş faaliyeti ile doğrudan bir bağlantı mevcut ise, sigortalının evi de kaza sigortası (*Unfallversicherungsschutz*) kapsamında korunmaktadır.

- 7 Davacı, Bavyera Eyaleti Sosyal Mahkemesinin 5 Nisan 2017 tarihli kararının bozulmasını ve davalının, Augsburg Sosyal Mahkemesinin 31 Ocak 2014 tarihli kararına karşı yapmış olduğu istinaf başvurusunun reddine karar verilmesini talep etmektedir.
- 8 Davalı, temyiz başvurusunun reddini talep etmektedir.
- 9 Temyiz için henüz kabul edilebilir bir gerekçe sunulmamıştır. Davacı, Federal Sosyal Mahkemesi'nin (BSG) temyiz aşamasındaki kararda belirtilen bulgularla bağlı olduğunu gözden kaçırmaktadır. Davacı, Eyalet Sosyal Mahkemesinin tespit ettiği maddi bulgulardan farklı sonuçlara varsa da bunların doğruluğunu ortaya koyamamakla beraber mahkemenin çıkarımlarının hatalı olduğunu da gösterememiştir. Ayrıca, Eyalet Sosyal Mahkemesi (LSG), haklı olarak, merdivenlerin temelde iş amacıyla kullanıldığını kabul etmemiştir. Mahkeme (LSG), davacının çalışma alanı dışında, yani çalışma odasına girmeden önce bir kaza geçirmiş olması nedeniyle, davacının sigorta korumasından yararlanmasını reddetmektedir. Kaldı ki, Federal Sosyal Mahkemesi'nin 31.8.2017 tarihli kararı (*B 2 U 9/16 R – BSGE 124, 93 = SozR 4-2700 § 8 Nr 63 - "usta kuaför"*) başka türlü bir değerlendirmeye izin vermemektedir.

Çünkü, dış kapıdan içeri girilmesiyle telefon görüşmesi arasında en az 20 dakikalık bir zaman aralığı mevcuttur. Bu sebeple, sigorta koruması kesintiye uğramıştır. Her halükârda, kaza olayı ile iş arasında gerekli olan zamansal bağlantı eksik kalmıştır. Sonuç olarak, Eyalet Sosyal Mahkemesi davacıyı sigorta korumasından yararlandırmamıştır.

#### **Karar gerekçeleri**

- 10 Davacının temyiz başvurusu kabul edilebilir olup (bkz. A.) yerindedir (bkz. B.).
- 11 **A.** Temyiz başvurusu kabul edilebilir olup yeterli surette ge-

rekçelendirilmiştir (madde 165 fıkra 2 SGG). Sosyal Mahkemeler Yasası'nın 164. maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü cümlesi uyarınca, temyiz gerekçesi, "belirli bir talebi, ihlal edilen hukuk normunu ve usuli eksikliklerden şikâyet ediliyorsa bunlara neden olan olguları içermelidir". Temyiz başvurusu bu şartları sağlamaktadır. Temyiz gerekçesi; belirli ve sözlü yargılamada yenilenen bir talebi içermektedir. Temyiz başvurusunun kapsamı ve amacı ortaya konulmuştur. Aynı zamanda, Sosyal Kanununun yedinci kitabının sekizinci maddesinin birinci fıkrası ile bağlantılı olarak ikinci, üçüncü ve altıncı maddelerinin (§ 8 Abs 1 iVm §§ 2,3 und 6 SGB VII) ihlal edildiği ileri sürülmektedir.

Bunun dışında, Federal Sosyal Mahkeme Büyük Senatosu'nun kararına (13.6.2018 tarihli – GS 1/17 – *Juris* <BSGE ve SozR için öngörülmüş>) göre, maddi şikâyetlerde temyiz gerekçelerinin ve itiraz edilen kararın, hukuki değerlendirme sonucunda hangi sebeplerle isabetli bulunmadığının açıklanması gerekmektedir. Temyiz eden, -kısaca- alt mahkemenin hukuki gerekçelerine değinmeli ve itiraz ettiği kararı incelediğini göstermelidir. Aynı şekilde, somut olaya uygulanan kanun maddelerinin ne ölçüde farklı yorumlanması gerektiğini de belirtmelidir (*yerleşmiş içtihat (stRspr)*, Zb 26.9.2017 BSG - B 1 KR 3/17 R - *Juris* RdNr 38; 23.7.2015 - B 5 R 32/14 R - *Juris* RdNr 8; 14.11.2013 - B 9 SB 5/12 R - BSGE 115, 18 = SozR 4-1300 § 13 Nr 1, RdNr 22; 23.4.2013 - B 9 V 4/12 R - *Juris* RdNr 16; 17.1.2011 - B 13 R 32/10 R - BeckRS 2011, 68777 RdNr 11; 6.3.2006 - B 13 RJ 46/05 R - *Juris* RdNr 11; 23.11.2005 - B 12 RA 10/04 R - *Juris* RdNr 10; 11.6.2003 - B 5 RJ 52/02 R - *Juris* RdNr 14; 19.3.1992 - 7 RAr 26/91 - BSGE 70, 186, 187 f = SozR 3-1200 § 53 Nr 4 S 17; 16.12.1981 - 11 RA 86/80 - SozR 1500 § 164 Nr 20 S 33 f; 2.1.1979 - 11 RA 54/78 - SozR 1500 § 164 Nr 12 S 17). Davacının, temel sebeplerden en az birinin sorgulanmasına yol açacak hukuki açıklamalarda bulunması gerekmektedir (BSG 2.7.2018 - B 10 ÜG 2/17 R - SozR 4-1500 § 164 Nr 7 RdNr 12; 11.4.2013 - B 2 U 21/11 R - *Juris* RdNr 14; 15.6.2012 - B 2 U 32/11 R - RdNr 9,

18.6.2002 - B 2 U 34/01 R - SozR 3-1500 § 164 Nr 12 S 22 mwN). Yani temyiz eden davacı, itiraz edilen kararın bir federal yasa hükmünü ihlal ettiğini ortaya koymalıdır (md. 162 SGG). Davacının temyiz dilekçesi bu şartları sağlamaktadır.

Eyalet Sosyal Mahkemesi, sigorta kapsamına giren ve ev içinde kalan yolu (*Betriebsweg*) belirlerken; kazanın gerçekleştiği yerin sadece belirli zamanlarda değil sürekli olarak iş amaçlı kullanılması gerektiğini vurgulamaktadır. Davacı, mahkeme tarafından oluşturulan bu konsepte; somut ve senatonun önceki içtihatlarında ileri sürülmüş bir kriterine dayanarak karşı çıkmaktadır (29.1.1960 tarihli BSG kararı - 2 RU 47/58 - SozR Nr 20 ila § 543 RVO - "Veteriner: Danışma odası olarak oturma odası"). Buna göre, kaza anındaki iş amaçlı kullanım (eylem eğilimi) belirleyicidir. Bu ölçüt ise, itiraz edilen kararın doğruluğunu sorgulatmaktadır.

- 12 **B.** Temyiz istemi gerekçelendirilmiştir (md. 170 f.2 c. 1 SGG) ve Ticaret ve Mal Lojistiği Meslek Birliğinin davalı olması koşuluyla ilk derece mahkeme kararının yeniden değerlendirilmesini sağlamaktadır. Eyalet Sosyal Mahkemesi (LSG), haksız yere, Sosyal Mahkemenin (SG) kararını bozmuş ve davacının iptal ile açılmış tespit davasını reddetmiştir (md. 54 f.1c.1/1, md. 55 f.1 nr.3, md. 56 SGG). İtiraz edilen Eyalet Sosyal Mahkeme (LSG) kararının, Sosyal Kanun'un yedinci kitabının ikinci ve sekizinci maddelerini ihlal ettiği ileri sürülmektedir.

Davacı itiraz etmektedir (md. 54 f. 2 c.1 SGG), çünkü yasal kaza sigortası sağlayıcısının (VBG) 28.1.2013 tarihli ret kararı ve 30.4.2013 (md. 95 SGG) tarihinde itiraz sonucu verilen kararı hem şekli (*dernek yetkisinin ihlali*; bkz. *Leopold in Schlegel/Volzke, jurisPK-SGB X, 2. Aufl 2017, § 42 RdNr 44; Sachs in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl 2018, § 44 RdNr 161 f, § 46 RdNr 42*) hem de maddi anlamda hukuka aykırıdır. Davacının, yeni davalıya (bkz. I.) karşı olayın iddia ettiği üzere bir "iş kazası" olduğunu tespit ettirme hakkı vardır (bkz. II.).

- 13 **I.** İstinaf yargılaması sırasında şu ana kadar uyuşmazlıkta yer almayan Ticaret ve Mal Lojistiği Meslek Birliği (BGHW), itiraz edilen idari işlemleri tesis eden ve davalı tarafta olan yasal kaza sigortası sağlayıcısının (VBG) yerine geçmiştir. Bu durum, davalı tarafta, taraf değişikliğine yol açmıştır. Bu ise, md. 99 SGG' de düzenlenmeyen sübjektif bir talep değişikliği içermektedir (*Guttenberger in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 2017, § 99 RdNr 38; 10.11.1980 BGH – II ZR 96/80 – Juris RdNr 15 mwN*). Sonuç olarak, itirazsız kabule ilişkin düzenlemeler (md. 99 f.2 SGG) ve uygun bir beyana dayanan talep değişikliğinin kabulüne itiraz edilemeyeceğine ilişkin düzenlemeler (md.99 f.4/2 bağlantılı olarak f.2/2 SGG) -istinaf mahkemesinin görüşünün aksine- burada uygulanmayacaktır. Çünkü yeni davalı, katılmadığı işlemlerin (delillerin toplanması, davadaki beyanlar, verilmiş kararlar) sonuçlarıyla (*Hüßtege in Thomas/Putzo, ZPO, 39. Aufl 2018, § 50 RdNr 15'ten önce*) bağlı olacaksa ve bir yargılamayı kaçırmışsa (*Guttenberger, aaO, RdNr 43*); açık rızası alınmadan devam eden bir hukuki uyuşmazlığın içine çekilemez (*BGH 26.2.1987 – VII ZR 58/86 - NJW 1987, 1946 = Juris RdNr 11 ve rızanın, hakkın kötüye kullanılması yoluyla verilmemesine ilişkin*).

Diğer taraftan, eski davalının nihai kararı talep etme hakkı olduğundan ötürü, rızası olmadan davanın dışına itilmesi mümkün değildir (*10.11.1980 BGH– II ZR 96/80 – Juris RdNr 14*). Burada, davalı tarafta yer alan yasal kaza sigortası sağlayıcısının (VBG) davadan çekilmek istemesi ve Ticaret ve Mal Lojistik Meslek Birliğinin (BGHW) yeni davalı olarak davaya dahil olmak istemesi üzerine istinaf davasında sübjektif taraf değişikliğine gidilmesi yerinde olmuştur. Böylece, yasal kaza sigortası sağlayıcısına (VBG) karşı ileri sürülen talep hakkında karar verme gereksinimi ortadan kalkmıştır. Yeni davalıya karşı değiştirilerek ileri sürülen talep uygun görülmüştür. Sosyal Mahkeme kararının buna uygun şekilde düzeltilmesi gerekmektedir.

- 14 **II.** Davacı, 18.1.2013 tarihinde gerçekleşen olayın, md. 8 f. 1 c.

1 SGB VII uyarınca iş kazası olup olmadığının tespitini talep etmektedir. Buna göre, iş kazaları; sigortalının, §§ 2, 3 veya 6 SGB VII 'e göre sigorta kapsamında olan bir faaliyeti (*versicherungstätigkeit*) gerçekleştirmesi esnasında meydana gelen kazalardır. Kazalar, md. 8 f.1 c.2 SGB VII' e göre zamansal olarak sınırlandırılmış, dışarıdan vücuda tesir eden ve bir sağlık sorununa veya sigortalının ölümüne sebep olan olaylardır. Dolayısıyla bir iş kazasından bahsedebilmek için; zarar görenin, söz konusu kaza olayından önce sigorta kapsamına giren bir faaliyetin yasal şartlarını sağlamış olup "sigortalı" olması gerekir.

Söz konu iş; zamansal olarak sınırlandırılmış, dışarıdan vücuda tesir eden ve bu sebeple sağlık sorununa veya sigortalının ölümüne objektif ve hukuki açıdan yol açmış olmalıdır (*kaza nedenselliği ve sorumluluğu doğuran nedensellik; yerleşmiş içtihat (stRspr)*, bkz. BSG 19.6.2018 - B 2 U 2/17 R – SozR <öngörülen> = *Juris RdNr 13*; 5.7.2016 - B 2 U 5/15 R - BSGE 122, 1 = SozR 4-2700 § 2 Nr 35, RdNr 13 - "Su almaya giderken düşmek"; BSG 17.12.2015 - B 2 U 8/14 R - SozR 4-2700 § 8 Nr 55 RdNr 9; BSG 26.6.2014 - B 2 U 7/13 R - SozR 4-2700 § 8 Nr 53 RdNr 11; BSG 4.7.2013 - B 2 U 3/13 R - SozR 4-2700 § 8 Nr 50 RdNr 10 ve - B 2 U 12/12 R - SozR 4-2700 § 8 Nr 49 RdNr 14; BSG 18.6.2013 - B 2 U 10/12 R - SozR 4-2700 § 8 Nr 47 RdNr 12; BSG 13.11.2012 - B 2 U 19/11 R - BSGE 112, 177 = SozR 4-2700 § 8 Nr 46, RdNr 20; BSG 24.7.2012 - B 2 U 9/11 R - SozR 4-2700 § 8 Nr 44 RdNr 26 f). Bu şartlar sağlanmıştır. Davacı, işverenin bir çalışanı olarak (bkz. 2.), özellikle md. 2 f. 1 nr. 1 SGB VII (bkz. 3.) uyarınca sigorta kapsamında bulunan bir faaliyet sonucunda kazaya uğramıştır (bkz. 1.).

- 15 1. Davacı, Eyalet Sosyal Mahkemesi (LSG) kararına karşı kabul edilebilir ve haklı temyiz sebepleri ileri sürememiştir. Bu sebeple; mahkemenin olaya ilişkin tespitleri bağlayıcıdır. Eyalet Sosyal Mahkemesi'nin kararında (md. 163 SGG) belirtildiği üzere; davacı, bir "kaza" geçirmiştir. Davacı, 18.1.2013 tari-



hinde saat 16.10 civarında ev ofisine gitmek üzere bodrum katına inen merdiven basamağından kayarak düşmüş ve omurgasını sakatlamıştır.

- 16 2. Kazanın gerçekleştiği esnada davacı, md. 2 f. 1 nr. 1 SGB VII uyarınca kanunen yasal kaza sigortası kapsamında “sigortalıdır”. Çünkü davacı, satış ve kilit müşteri yöneticisi olarak bir iş sözleşmesi kapsamında işveren lehine bağımlı bir çalışma gerçekleştirmektedir.

Bundan dolayı, “bağımlı çalışanlar” sınıfına dahil edilmektedir (md. 7 f. 1 SGB IV). Hiçbir şekilde sadece yasal bir varsayımına dayanarak ve md. 12 f.2/2 SGB IV kapsamında istihdam edilen değildir. Çünkü, davacı md. 12 f.2/1 SGB IV uyarınca evden çalışan biri değildir (*sınıflandırma için bkz. 14.6.2016 BAG - 9 AZR 305/15 - BAGE 155, 264*). Bu maddeye göre, evden çalışanlar (*Heimarbeiter*), kendi işyerlerinde ve tüccarlar namına ve hesabına çalışan diğer kişilerdir. Bağımlı çalışanların aksine evden çalışanlar, kişisel olarak bağımsızdırlar. Onlar, işverenin emir ve talimatlarına (işin içeriği, yapılacağı yer ve zamanı bakımından, md. 106 c. 1 Ticaret Düzenlemeleri, GewO) bağlı değildirler ve işverenin iş organizasyonuna dahil edilmemişlerdir. Evden çalışanlar, çalışma şekli bakımından oldukça özgürdürler. Buna karşılık, davacı, işverenin “namına ve hesabına” hareket etmemiş olup, iş sözleşmesine bağlı olarak çalışmaktadır. Davacı, “kişisel bağımlılık” esasına uygun olarak yöneticisinin emir ve talimatları doğrultusunda iş görmektedir. İş sözleşmesinde belirtilen iş saatleri, iş tanımı ve işyeri hususlarında da işverene bağımlı olarak çalışmaktadır. Her ne kadar, ev ortamında ve dolayısıyla “kendi işyerinde” çalışırken kazaya uğramış olsa da iş sözleşmesiyle bağlı olarak ve asıl işyeri olarak bildirilen ve M. civarlarında bulunan ev adresinde çalışmaktadır. Davacı, md. 2 f. 1 c. 1 HAG (*Evden Çalışma Yasası*) uyarınca; yasanın evden çalışma (*Heimarbeit*) için aradığı “kendi belirlediği bir işyerinde” çalışma şartını sağlamaktadır.

17 3. Davacının kaza anında gerçekleştirdiği faaliyet -kiler merdivenlerinden inmek- aynı zamanda bir satış ve kilit müşteri yöneticisi olarak sigorta kapsamında olan çalışması ile maddi bağlantı içerisindedir. Çünkü kaza anında, bodrum katında bulunan ofisine (“ev ofis”) gitmek için merdivenlerden inerken, md. 8 f.1 c.1 ile bağlantılı olarak md. 2 f. 1 nr. 1 SGB VII uyarınca sigorta kapsamında bulunan iş yolu (*Betriebsweg*) üzerindedir. Davacı, yanına aldığı dizüstü bilgisayarı internete bağlamak ve internet üzerinden saat 16.30’da Übersee’de bulunan yöneticisi ile bir telefon görüşmesi yapmak üzere hareket etmiştir. İş yolu (*Betriebsweg*); sigorta kapsamında bulunan faaliyetin icrasında katedilen ve sigortalı faaliyetin bir parçası olan ve bu nedenle görülen işe eşdeğer düzeyde olan güzergahlardır (BSG 31.8.2017 - B 2 U 9/16 R - BSGE 124, 93 = SozR 4 -2700 § 8 Nr 63 RdNr 10 – “usta kuaför” notu ile Schütz, NZS 2018, 372, 374 f; Hlava, jurisPR-SozR 14/2018 Anm 4; 12.1.2010 - B 2 U 35/08 R - SozR 4-2700 § 8 Nr 36 RdNr 16 mwN; 2.4.2009 BSG- B 2 U 25/07 R - SozR 4-1300 § 45 Nr. 8 RdNr 24; 12.12.2006 BSG - B 2 U 1/06 R - BSGE 98, 20 = SozR 4-2700 § 8 Nr. 21, RdNr 14 mwN; 6.5.2003 BSG – B 2 U 33/02 R – Juris RdNr 15 mwN; 7.11.2000 BSG - B 2 U 39/99 R - SozR 3-2700 § 8 Nr. 3 S 16 f). İş yolları, doğrudan şirket çıkarları doğrultusunda katedilir ve md. 8 f.2 nr. 1 SGB VII uyarınca sigorta kapsamındaki faaliyet yerinden (*Ort der Tätigkeit*) ve sonrasındaki rotalardan ayrılırlar, çünkü “sigortalı faaliyetin” sadece öncesinde veya sonrasında katedilen yollar değildirler (BSG 18.6.2013 - B 2 U 7/12 R – SozR 4-2700 § 8 Nr 48 RdNr 13 – “Pizzeria Calabria”). İş yolu; işyerinin bulunduğu alanla sınırlı değildir ve işyeri dışında da kalabilir (28.2.1990 BSG - 2 RU 34/89 - SozR 3-2200 § 539 Nr 1 S 2). Kazanın, davacının evinde gerçekleşmiş olması kazanın, sigorta kapsamına alınmasını engellemez (bkz. a).

Önemli olan, ev içindeki kaza mahallinin objektif değerlendirme sonucunda belirlenecek olan “kullanım sıklığından” (*Häufigkeit der Nutzung*) (bkz.b) ziyade, davacının hangi

amaçla hareket ettiği (*Handlungstendenz*) ve işyerine yarar sağlayan bir iş yapmak isteyip istemediğidir. Bu ölçüt, somut olayın objektif şartları dikkate alınarak tespit edilmelidir (bkz.c).

- 18 a) Davacı, kaza günü fuar ziyaretinden (sigorta kapsamındaki faaliyet yeri) evine döndüğünde, faaliyet yerinden başlayarak sigorta kapsamında bulunan yol; evin dış kapısından içeri girilmesiyle sona ermiştir. Almanya Federal Sosyal Mahkemesi (BSG) tarafından sigorta kapsamında katedilen iş yolu ile sigorta kapsamında bulunmayan ev alanı arasında çizilen ve her zaman korunan bu sınır; hukuki güvence ilkesi dikkate alınarak bilinçli olarak katı bir şekilde belirlenmiştir.

Çünkü bu sınır, çoğu zaman kolayca tespit edilebilen objektif koşullara dayanmaktadır (bkz. *en son 31.8.2017 BSG - B 2 U 2/16 R - SozR 4-2700 § 8 Nr 61 RdNr 16 - "araç görevlisinin camdan düşmesi" ve - B 2 U 9/16 R - BSGE 124, 93 = SozR 4-2700 § 8 Nr. 63 RdNr 10 - "usta kuaför" ). Eyalet Sosyal Mahkemesi (LSG), haklı olarak, binanın dış kapısından içeri girilmesini "belirleyici ölçüt" olarak esas almış ve fuar alanından (sigorta kapsamında bulunan) dönüş yolunu ve kiler merdivenlerinden inilmesini, hayatın olağan akışı içinde değerlendirmemiştir. Bu sebeple, olayın hukuki açıdan değerlendirilmesi gerekmez. Ancak, Senato'nun halihazırda evden çalışanlar (5.7.2016 BSG - B 2 U 5/15 R - BSGE 122, 1 = SozR 4-2700 § 2 Nr 35, RdNr 25 - "su almaya giderken düşmek") ve yakın geçmişte serbest meslek sahipleri (31.8.2017 BSG - B 2 U 9/16 R - BSGE 124, 93 = SozR 4-2700 § 8 Nr 63 - "usta kuaför" ve 12.12.2006 - B 2 U 1/06 R - BSGE 98,20 = SozR 4-2700 § 8 Nr 21, RdNr 15 ve - B 2 U 28/05 R - SozR 4-2700 § 8 Nr 20 RdNr 17) hakkında vermiş olduğu karara göre; belirlenen sınır (binanın dış kapısı) - md. 8 f. 2 SGB VII kapsamındaki trafik kaza sigortasının aksine- sigortalının yaşam alanı ve çalışma yeri aynı evin içinde ise; sigorta kapsamındaki işin yürütülmesi için katedilen "iş yolları" için geçerli değildir.*

- 19 Evin içinde bulunan “iş yerleri”; (bireysel) iş sözleşmeleri uyarınca binaların içinde bulunan ve çalışanların işlerini düzenli olarak (yalnızca tek bir işyerinde veya alternatif yerlerde) yürütmeleri için kalıcı olarak kurulan çalışma odalarıdır (“ev ofis”). Öte yandan, iş sözleşmesiyle kararlaştırılan ve işin yürütülmesi için belirlenen ifa yeri (md. 269 BGB) çalışanın evinin dışındaysa ve işçi, iş sözleşmesiyle kararlaştırılmış olmadığı halde veya işverenden (bireysel) bir talimat almadığı halde işi, kendi inisiyatifiyle çalışma saatlerinin dışında evinde görüyorsa, kural olarak, bir “home-office” çalışmasından bahsedilemeyecektir (bkz. 18.6.2013 BSG – B 2 U 7/12 R – SozR 4 -2700 § 8 Nr 48 RdNr 19 - “Pizzeria Calabria”). Mahkeme, davacının evinin bodrum katında kullanıma hazır ofis ve depolama odaları olduğunu tespit etmiştir. Bu odalar; iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin ifası amacıyla ve yine anlaşmaya uygun şekilde kullanılmaktadır. Bu sebeple, bir “ev ofisi”nin varlığından bahsedilebilir.
- 20 **b)** Eyalet Sosyal Mahkemesi’nin (LSG) görüşünün aksine, bu gibi uzaktan çalışma (“Home Office”) durumlarında, kiler merdivenin temelde özel amaçlar doğrultusunda mı yoksa şirkete ve şirketin hedeflerine hizmet etmek amacıyla mı kullanıldığıнын sigorta korumasından yararlanmak bakımından bir önemi yoktur. Her ne kadar senato, daha önceki içtihadında kaza mahallinin “objektif” kullanım sıklığı (*Nutzungshäufigkeit des Unfallorts*) kriterinden bahsetmiş olsa da, bu bağlamda iki sınıf bakımından hukuki zorluklara da dikkat çekmiştir: Mahkemenin haklı olarak reddettiği, “ulaşılabilir olma” (*Rufbereitschaft*) ve buna bağlı olarak derhal harekete geçme mecburiyeti esas alınarak belirlenen (12.12.2006 BSG – B 2 U 28/05 R – SozR 4-2700 § 8 Nr 20, RdNr 15 ff ve 18ff, her biri birçok kanıtı dayandır) kazaların, oluşum şekline ek olarak, açıkça ev veya işyeri olarak belirlenemeyen odalarda veya merdivenlerde gerçekleşen kazalar da bir sorun oluşturmaktadır. Zaten daha önce de senato, sigorta kapsamında bulunan ev içindeki yolların tespitinde; somut kaza mahallinin “kullanım sıklığını” esas

alan içtihadı bağli kalınması hususundaki endişelerini dile getirmiştir (bkz. 5.7.2016 BSG – B 2 U 5/15 R – BSGE 122, 1 = SozR 4-2700 § 2 Nr 35, RdNr 25 – “su almaya giderken düşmek”).

- 21 c) Senato, Eyalet Sosyal Mahkemesinin dikkate alamadığı, 31.8.2017 tarihli (B 2 U 9/16 R - BSGE 124, 93 = SozR 4-2700 § 8 Nr 63 - “usta kuafor”) kararında; içtihadını şu yönde detaylandırmıştır; evde gerçekleşen iş kazasının tespitinde bundan böyle sigortalının şirkete hizmet eden bir faaliyette bulunması ve bu kapsamdaki “objektif eylem eğilimi” (*objektivierte Handlungstendenz*) belirleyici olacaktır. Artık, belirli kaza mahallinin – nicel olarak belirlenecek – iş amaçlı veya kişisel amaçlı kullanım sıklığına öncelikli kriter olarak bakılmayacaktır. Yani, ilgili mekânların objektif olarak “adanması” (şartı) veya hut kaza yerinin “iş amaçlı” kullanımının hangi ölçüde ve sıklıkta olduğu dikkate alınmayacaktır (*mekânsal yaklaşımdan ayrılan görüş için ayrıca bkz. Ricke, WzS 2017, 9, 13; Spellbrink, NZS 2016, 527, 530 RdNr 34, ders, MedSach 2018, 164, 168*). Sonuç olarak, Eyalet Sosyal Mahkemesi, somut olayda “kiler merdiveninin önemli ölçüde/esaslı şekilde iş amaçlı kullanımı söz konusu değildir” tespitine dayanarak kaza sigortası korumasını (*Unfallversicherungsschutz*) reddetmemelidir (*ayrıca bkz. aynı doğrultuda verilen Senato kararı, 27.11.2018 – B 2 U 8/17 R – “yazılım güncellemesi”*). Bir yolun doğrudan şirketin menfaati doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığı ve dolayısıyla sigorta kapsamındaki faaliyetle maddi bağlantı içinde olup olmadığı, öncelikle sigortalının “objektif eylem eğilimi”ne göre (*objektive Handlungstendenz*), yani kazaya sebep olan faaliyetle şirkete hizmet eden bir iş gerçekleştirmek isteyip istemediği göre belirlenecektir. Söz konusu “eylem eğilimi” (*Handlungstendenz*) objektif ölçütler doğrultusunda ispat edilecektir (18.6.2013 BSG - B 2 U 7/12 R - SozR 4-2700 § 8 Nr 48 RdNr 13 mwN - “Pizzeria Calabria”). Önemli olan, kaza anında davacının hangi somut faaliyeti hangi amaçla gerçekleştirdiğidir.

Senatonun, binanın dışında katedilen yollar hususunda yer-

leşmiş içtihadı, ev alanı içinde de geçerli olacak, bu surette kişisel yaşam alanından aynı evin içinde bulunan ve işyeri olarak kullanılan yere geçiş sağlayan yollar için de uygulanacaktır (5.7.2016 BSG - B 2 U 5/ 15 R - BSGE 122, 1 = SozR 4-2700 § 2 Nr 35, RdNr 25 – “Su almaya giderken düşmek”).

- 22 Eyalet Sosyal Mahkemesinin bağlayıcı nitelikteki tespitlerine (md. 163 SGG) göre, davacı, kaza anında ev ofisine gitmek üzere kiler merdiveninde bulunmaktadır. Burada (ofiste), yanında taşıdığı dizüstü bilgisayarını kurmak ve onun üzerinden saat 16.30’da işverenin yöneticisi ile bir telefon görüşmesi yapmak üzere hareket etmiştir. Bu faaliyette, davacının objektif eylem eğilimi (objektive Handlungstendenz) md. 2 f.1 nr.1 SGB VII uyarınca işverenin bir çalışanı olarak işini yapmaya yöneliktir. İşveren yöneticisi ile telefon görüşmesi yapmak, şirketin yararına yönelik bir iş/görev niteliğindedir. Bu kapsamda, fuar alanından (sigorta kapsamında bulunan) geri dönüş yoluyla kiler merdiveninden inilmesi (dış kapıdan girmek) sonucunda yerlerin/mekânların değişmesi ve zamansal bütünlüğün bölünmüş olması (birkaç dakika için de olsa) önemli değildir.
- 23 Belirleyici unsur “objektif eylem eğilimi” (objektivierte Handlungstendenz) olarak belirlendiğinde davalının endişe ettiği gibi, ev veya dairede gerçekleşen kazalar sigorta korumasının dışında kalmayacaktır (ayrıca bkz. aynı yöndeki Senato kararı, 27.11.2018 BSG – B 2 U 8/17 R – “yazılım güncellemesi”). Nitekim nesnelleştirme amacıyla kazanın gerçekleştiği an, kazanın somut olarak gerçekleştiği yer ve bu yerin objektif kullanım amacı, ölçüt olarak dikkate alınmaktadır (31.8.2017 BSG – B 2 U 9/16 R – BSGE 124, 93 = SozR 4-2700 § 8 Nr 63 RdNr 17 – “usta kuaför”). Bu ise, sigortalının “eylem eğilimi”ne yönelik açıklamalarının sorgulanmasına neden olabilmektedir. Bu nedenle senato, somut olayın tüm özelliklerinin dikkate alınması gerektiğini belirterek (12.12.2006 BSG – B 2 U 28/05 R – SozR 4-2700 § 8 Nr 20, RdNr 18) şu hususa işaret etmektedir (BSGE

124, 93 = SozR 4-2700 § 8 Nr 63 RdNr 17 - "usta kuaför"); Senatının vurguladığı üzere, ev alanında "eylem eğilimine" (*Handlungstendenz*) ilişkin kanıtlar sunmak ve davacının beyanlarının doğruluğunu tespit etmek oldukça zordur. Çünkü, "ev ofiste" serbest olarak çalışanların veya bağımlı çalışanların "işle ilgili" faaliyetler alanı ile özel hayatlarının büyük bir bölümü iç içe geçmiştir (bkz. *sadece 31.5.1988 BSG – 2/9b RU 16/87 – SozR 2200 § 548 Nr 90 ve 4.6.2022 – B 2 U 24/01 R – Juris RdNr 15; bağımlı çalışanlara ve "ev ofiste" serbest çalışanlara yönelik değerlendirme için ayrıca bkz. Spellbrink, MedSach 2018, 164,168*). Maddi bağlantıya ilişkin değerlendirmede belirleyici kriter, sigortalının "eylem eğilimidir". Ancak bu, somut olayın objektif ölçütleri doğrultusunda tam ve kesin olarak ispat edilmek zorundadır (12.12.2006 BSG- B 2 U 28/05 R - SozR 4-2700 § 8 Nr 20, RdNr 22; ayrıca bkz. Senato'nun aynı yöndeki kararı, 27.11.2018 BSG - B 2 U 8/17 R - "yazılım güncellemesi"). Davalı, Eyalet Sosyal Mahkemesinin (LSG) davacının eylem eğilimine ilişkin tespitlerine karşı kabul edilebilir karşıt argümanlar (md.163/c.1 SGG) sunamamıştır.

Bu nedenle, senato md.163/c.1 SGG'ye göre mahkemenin olaylara ilişkin tespitleriyle bağlıdır.

- 24 Yargılama giderleri ve masrafları hakkında md. 183, 193 SGG'ye göre karar verilmiştir. (Yeni) Davalının, 29.4.2015 tarihli ve eski davalıya -yasal kaza sigortası sağlayıcısı (VBG)- verdiği yazısından da anlaşılacağı üzere (yeni) davalı, davayı kayıtsız şartsız devralmak istemiştir. Senato, davalının bu beyanını dikkate alarak (yeni) davalıyı, davacının mahkeme dışı masraflarından sorumlu tutmamıştır.

Uyuşmazlık hakkında alt derece mahkemelerde verilen kararlar:

Bavyera Eyaleti Sosyal Mahkemesi (Bayerisches LSG) 05.04.2017 – L 2 U 101/14

Sosyal Mahkeme Augsburg (SG Augsburg) 31.01.2014 – S 8 U 168/13

## **Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** **Yayın İlkeleri ve Yazım Kuralları**

### **A. Yayın İlkeleri**

1. Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (TA-ÜHFD)/Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien (ZtdR), "Hakemli Dergi" statüsünde, yılda iki sayı (Haziran, Aralık) basılı olarak yayımlanır. Ayrıca çalışmaların PDF biçimli tam metinleri <http://hfd.tau.edu.tr> adresinde yayımlanır.

2. Dergiye gönderilen çalışmalar, başka bir yerde yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

3. Derginin yayın dili Türkçe ve Almanca'dır, fakat niteliği dikkate alınarak İngilizce metinler de kabul edilecektir.

4. Dergide kamu hukuku ve özel hukuk alanlarında yazılmış makale ve çeviri çalışmalarına yer verilir. Ayrıca dergide, karar ve kitap incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri, sempozyum bildirimleri ve bilgilendirici notlara da yer verilebilecektir. Bu nitelikteki çalışmaların kabulü veya geri çevrilmesi, dergi yayın kurulu tarafından yapılacaktır.

5. Çalışmanın yazarı adını, soyadını, iş adresini, telefon numaralarını ve e-posta adresini dergi sorumlusuna bildirmelidir.

6. Dergi yayın kurulu tarafından ilk değerlendirmede dergi yayın ilkelerine uygun bulunan makale çalışmaları, yazar adları metinden çıkarılarak, iki hakeme gönderilir. Hakem değerlendirmesi sonucunda hakemlerden birinin olumlu, diğerinin olumsuz görüş bildirmesi durumunda çalışma, üçüncü bir hakeme gönderilir. Çalışmanın yayımlanabilmesi için en az iki hakemin olumlu görüş bildirmesi gerekir. Yayın Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olmadığı saptanan çalışmalar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir ve yazarları tarafından



en geç 15 gün içinde teslimi gereklidir. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda çalışmanın yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir.

7. Çeviri çalışmaları bakımından, çeviri metni ile birlikte asıl metin ve hak sahiplerinin muvafakati da iletilmelidir. Ayrıca asıl metnin tam bibliyografik künyesinin (asıl metnin yayımlandığı eserin adı, yazarı, baskı yeri, baskı yılı, cildi, sayısı ve sayfaları) bildirilmesi gerekir. Çeviri çalışmaları da makale çalışmaları için geçerli olan hakem değerlendirilmesine tabi tutulur.

8. Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; yayıma kabul edilen çalışmanın çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki malî hakları, basılı, görsel, işitsel, sayısal vb. ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne devredilmiştir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir. Dergi yayın kurulu, çalışmaların yayımlanması konusunda yetkili kılınır.

9. Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayımlanması istenen çalışmaların tauhfd@tau.edu.tr veya ztdr@tau.edu.tr e-posta adresine "Microsoft Word" yazılımı formatında (.doc, .docx) gönderilmesi gerekmektedir.

10. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen çalışmaların içeriği ile ilgili tüm sorumluluk yazarlarına aittir.

## **B. Yazım Kuralları**

1. İmlâ ve noktalama açısından (özel kullanımlar dışında) Türk Dil Kurumu'nun İmlâ Kılavuzu esas alınmalıdır. Gönderilen yazılar dil ve anlatım açısından bilimsel ölçülere uygun olarak açık ve anlaşılır olmalıdır.

2. **Başlık:** Çalışmanın Türkçe başlığı, 12 punto olmak üzere koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri ile büyük harflerle sayfanın ortasına yazılmalıdır. İngilizce başlık, Türkçe başlıktan sonra, 12 punto olmak üzere koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri ile büyük harflerle sayfanın ortasına yazılmalıdır.

**3. Yazar/Yazarlar:** Yazar/yazarların isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın/yazarların unvanı, çalıştığı kurum, alanı ve e-posta adresi bildirilmelidir. Ayrıca yazar/yazarların "ORCID" bilgilerinin de sisteme girilmesi gerekmektedir.

**4. Öz ve Özet:** Türkçe "Öz", 10 punto yatık (italik) olarak koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri ile 1 satır aralığıyla yazılmalı ve 500 kelimeyi geçmemelidir. Öz'ü takiben aynı şekilde "Abstract" başlığıyla İngilizce Öz de yer almalıdır. Ayrıca çalışmalarının sonunda, çalışma Türkçe dilinde kaleme alınmışsa, 'Zusammenfassung' başlığıyla Almanca bir özetin; Almanca dilinde kaleme alınmışsa, Türkçe bir "Özet" in yer alması gerekir. Bu özet, en az 500, en fazla 1000 kelime kullanılarak hazırlanmalı ve çalışmanın temel çerçevesini, sorunsalını ve sonucunu ortaya koyan bir içerikte olmalıdır.

**5. Anahtar Kelimeler:** Öz kısımlarının altında Türkçe "Anahtar Kelimeler" e ve İngilizce "Keywords" e yer verilmelidir. Anahtar kelime sayısı, makalenin erişimine olanak verecek alanları içerecek şekilde en az 4, en fazla 8 kelimedenden oluşmalıdır.

**6. Çalışma Metni:** Metin, 12 punto boyutunda, Times New Roman yazı karakteri kullanılarak, dik ve normal harflerle 1,5 satır aralığında yazılır. Dipnotlar ise, 10 punto boyutunda, Times New Roman yazı karakterinde, dik ve normal harflerle yazılır. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir. Aynen veya kısaltılarak yapılan alıntılar tırnak içinde ve yatık (italik) karakter kullanılarak belirtilir. Yabancı dildeki deyim ve özel isimlerde yatık (italik) yazı kullanılır. Metin içindeki yabancı kelimeler yatık (italik) olarak yazılmalıdır. Virgül, nokta ve öteki noktalama işaretlerinden sonra bir karakter boşluk bırakılır.

**7. Çalışma Metnindeki Başlıklar:** Konunun işlenişine göre rakam/harf sistemi esas alınarak yine 12 punto olmak üzere koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri kullanılarak, dik ve normal harflerle ana, ara ve alt başlıklar kullanılabilir. Başlıklardaki her bir kelimenin ilk harfi büyük yazılmalıdır.

**8. Kısaltmalar:** Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez

içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile makalenin sonunda kaynakçadan önce yer alan kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.

9. Metin içinde kullanılacak tablo ve şekillere sıra numarası ve başlık verilmelidir.

**10. Dipnot Gösterimi:** Dipnotlarda bir esere yapılan ilk atıfta yer alan bilgiler ile kaynakçada yer verilen eserin bilgileri aynı olacak şekilde yazılmalıdır. Dipnot gösterimleri aşağıdaki gibidir:

**a) Kitaplar İçin:**

Dipnotta kitaplara atıf yapmak için ilk olarak yazarın adı ve soyadı olmak üzere, kitabın başlığı, basıldığı yayınevi, basım yeri, basım yılı, sayfa numarası (s.) veya paragraf/kenar numarası (n.) gösterilir ve sonunda nokta kullanılır. Sadece kitap başlığı yatık (italik) verilmelidir.

**Örnek:** Mesut Serdar Çekin, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 23.

Birden fazla yazarlı kitaplara “yazarın adı soyadı/yazarın adı soyadı” şeklinde atıf yapılmalıdır. Hem tek yazarlı hem de birden fazla yazarlı kitaplar için sonraki dipnotlarda ise, “yazarın/yazarların soyadı, s. sayfa numarası” şeklinde atıf yapılmalıdır. (**Örnek:** Çekin, s. 71. – Akkanat/Çekin/Sarıkaya, s. 80.) Eğer aynı yazarın birden fazla kitabına atıf yapılacaksa, ilk atıftan sonraki atıflar için yazarın soyadı, kitabın başlığı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Kitap başlığı kısaltılabilir. (**Örnek:** Çekin, *Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, s. 73.)

**b) Makaleler İçin:**

Dipnotta makalelere atıf yapmak için yazarın adı ve soyadı, makale başlığı (tırnak içinde), makalenin yer aldığı eserin adı, cilt sayısı, basım sayısı, basıldığı yayınevi, basım tarihi (ay ve yıl olarak), makalenin tamamının hangi sayfalar arasında yer aldığı, sayfa numarası (s.) veya paragraf/kenar numarası (n.) gösterilir ve sonunda nokta kullanılır. Yalnızca makalenin yer aldığı eserin adı yatık (italik) verilir.

**Örnek:** Meltem Deniz Güner-Özbek, “Avrupa Birliği’nde ve Amerika Birleşik Devletleri’nde Havayoluyla Seyahat Eden Yolcuların Haklarına İlişkin Düzenlemeler”, *Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı: Rona Aybay’a Armağan*, Aralık 2014, 1. Cilt, 1183-1227, s. 1200.

Birden fazla yazarlı makalelere “yazarın adı soyadı/yazarın adı soyadı” şeklinde atıf yapılmalıdır. Hem tek yazarlı hem de birden fazla yazarlı makaleler için sonraki dipnotlarda ise “yazarın/yazarların soyadı, s. sayfa numarası” şeklinde atıf yapılmalıdır. (**Örnek:** Güner-Özbek, s. 1190. – Göçmen/Keskin, s. 450.) Eğer aynı yazarın birden fazla makalesine atıf yapılacaksa, ilk atıftan sonraki atıflar için yazarın soyadı, makalenin başlığı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Makale başlığı kısaltılabilir. (**Örnek:** Güner-Özbek, Yolcu Hakları, s. 1205.)

**11. Kaynakça Gösterimi:** Çalışmanın sonunda, çalışmada kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre alfabetik olarak sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır. Kaynakçada, sadece metin içinde atıf yapılan eserlere yer verilmelidir. Kararlar ve internet kaynakları için bölümlenme yapılabilir.

#### a) Kitaplar İçin:

Kaynakçada kitaplar için büyük harflerle sadece yazarın soyadı olmak üzere, yazarın önce soyadı, sonra adı, kitabın başlığı, basıldığı yayınevi, basım yeri ve basım yılı gösterilir. Kitabın başlığı yatık (italik) verilmelidir.

**Örnek:** ÇEKİN Mesut Serdar, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

#### b) Birden Fazla Yazarlı Kitaplar İçin:

Kaynakçada birden fazla yazarlı eserler için büyük harflerle sadece yazarların soyadı olmak üzere, yazarların önce soyadı, sonra adı, kitabın başlığı, basıldığı yayınevi, basım yeri ve basım yılı gösterilir. Kitabın başlığı yatık (italik) verilmelidir.

**Örnek:** AKKANAT Halil/ÇEKİN Mesut Serdar/SARIKAYA Murat, *Medeni Hukuk'ta Olay Çözüm Tekniği (Borçlar Hukuku – Eşya Hukuku Çözümü Pratik Çalışmalar)*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.

**c) Makaleler İçin:**

Kaynakçada makaleler için büyük harflerle sadece yazarın soyadı olmak üzere, yazarın önce soyadı, sonra adı, makale başlığı (tırnak içinde), makalenin yer aldığı eserin adı, cilt sayısı, basım sayısı, basıldığı yayınevi, basım tarihi (ay ve yıl olarak) ve makalenin tamamının hangi sayfalar arasında yer aldığı gösterilir. Yalnızca makalenin yer aldığı eserin adı yatık (italik) verilir.

**Örnek:** GÜNER-ÖZBEK Meltem Deniz, “Avrupa Birliği’nde ve Amerika Birleşik Devletleri’nde Havayoluyla Seyahat Eden Yolcuların Haklarına İlişkin Düzenlemeler”, *Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı: Rona Aybay’a Armağan*, Aralık 2014, 1. Cilt, 1183-1227.

## **Zeitschrift für Türkisch-Deutsche Rechtsstudien Publikationsrichtlinien und Redaktionsvorgaben**

### **A. Publikationsrichtlinien**

1. Die Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien (ZtdR) erscheint nach Durchführung eines Begutachtungsverfahrens von Werken in zwei Ausgaben pro Jahr (Juni, Dezember). Darüber hinaus werden Volltexte der Werke in PDF-Format unter <http://hfd.tau.edu.tr> veröffentlicht.

2. Die eingereichten Werke dürfen nicht anderweitig veröffentlicht sein oder werden.

3. Die Publikationssprache ist Türkisch und Deutsch; auch englische Texte werden ausnahmsweise aufgenommen.

4. In der Zeitschrift sind Aufsätze und Übersetzungen enthalten, die die Bereiche öffentliches Recht oder Privatrecht betreffen. Außerdem können Entscheidungs- und Buchrezensionen, Gesetzgebungsbewertungen, Symposiumsmeldungen und informative Notizen in der Zeitschrift veröffentlicht werden. Die Annahme oder Ablehnung der Beiträge erfolgt durch die Redaktion der Zeitschrift.

5. Der Beiträger muss den Vor- und Nachnamen, die Geschäftsadresse, eine Telefonnummer und E-Mail-Adresse angeben.

6. Die eingereichten Aufsätze werden von der Redaktion überprüft und Aufsätze, die den Richtlinien der Zeitschrift entsprechen, werden in anonymisierter Form zu zwei Begutachtern weitergeleitet. Im Fall eines Dissenses wird der Aufsatz einem dritten Begutachter gegeben. Mindestens zwei Begutachter müssen die Annahme vorschlagen, damit der Aufsatz veröffentlicht wird. Wenn nach redaktioneller Überprüfung festgestellt wird, dass der Aufsatz den Publikationsrichtlinien nicht entspricht, wird er zur Überarbeitung zurückgegeben.

7. Bei Übersetzungen sollen der Originaltext und die Zustimmung des Rechteinhabers übermittelt werden. Außerdem ist das vollständige bibliographische Impressum des Originaltextes (der Name des Werks, in dem der Originaltext veröffentlicht worden ist, Autor, Ort des Druckes, Jahr des Druckes, Band, Anzahl und Seiten) anzugeben. Übersetzungen unterliegen der Bewertung der Begutachter wie Aufsätze.

8. Die finanziellen Rechte zur Vervielfältigung, Verbreitung, öffentlichen Wiedergabe, Verarbeitung und Übersetzung der zur Veröffentlichung angenommenen Werke werden an die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Türkisch-Deutschen Universität für alle Formen und Medien im In- und Ausland übertragen. Der Autor akzeptiert, dass ihm keine Urheberrechtsgebühr bezahlt wird.

9. Die Werke, die in der Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien veröffentlicht werden sollen, sind an die E-Mail-Adresse [tauhfd@tau.edu.tr](mailto:tauhfd@tau.edu.tr) oder [ztdr@tau.edu.tr](mailto:ztdr@tau.edu.tr) im Software-Format "Microsoft Word" (.doc, .docx) zu senden.

10. Die Haftung für den Inhalt der zur Veröffentlichung in der Zeitschrift eingereichten Studien liegt bei den Autoren.

## **B. Redaktionsvorgaben**

**1. Titel:** Der türkische Titel des Werkes soll in Times New Roman in 12 pt und in Großbuchstaben fett und zentriert geschrieben werden. Der englische und deutsche Titel soll nach dem türkischen Titel mit Times New Roman in 12 pt und in Großbuchstaben zentriert und fett geschrieben sein.

**2. Autor/Autoren:** Der Titel, die Institution, die Arbeitsgebiete und die E-Mail-Adresse von Autor / Autoren sind anzugeben. Außerdem sollen "ORCID" -Informationen von Autor / Autoren in das System eingegeben werden.

**3. Kurzfassung und Zusammenfassung:** Türkische "Öz" soll in 10 pt (kursiv) fett und in Times New Roman mit 1 Zeilenabstand geschrieben werden und 500 Wörter nicht überschreiten. Nach der Kurzfassung soll auch eine englische Kurzfassung mit dem Titel "Abstract" in der gleichen Art und Weise gegeben werden. Am Ende des Werkes, wenn das Werk in

türkischer Sprache eingereicht wurde, befindet sich eine Zusammenfassung in deutscher Sprache mit der Überschrift "Zusammenfassung"; wenn das Werk in deutscher Sprache eingereicht wurde, soll ein türkischer "Özet" eingefügt werden. Diese Zusammenfassung soll mit einem Minimum von 500 Wörtern und einem Maximum von 1000 Wörtern erstellt werden und den grundlegenden Rahmen, die Problematik und den Endergebnis skizzieren.

**4. Schlüsselwörter:** Unter dem Kurzfassungsteil sollen türkische "Anahtar Kelimeler" und englische "Keywords" stehen. Die Anzahl der Schlüsselwörter soll mindestens 4, höchstens 8 Wörter umfassen, um die Bereiche einzuschließen, die den Zugriff auf den Aufsatz erleichtern.

**5. Text:** Der Text wird in 12-pt geschrieben, wobei die Schriftart Times New Roman mit 1,5 Zeilenabstand ist und vertikale und normale Buchstaben verwendet werden. Die Fußnoten werden in 10 pt, mit Times New Roman, mit vertikalen und normalen Buchstaben geschrieben. Fußnoten sollen am Ende der Seite stehen. Zitate werden in Anführungszeichen und Kursivschrift dargestellt. Für ausländische Idiome und Eigennamen wird kursiver Typ verwendet. Fremdwörter im Text sollen kursiv geschrieben sein. Nach dem Komma, Punkt und anderen Satzzeichen steht ein Leerzeichen.

**6. Fußnotenanzeige:** Die beim ersten Zitat angegebenen Informationen über die Werke sollen in Fußnoten genauso geschrieben sein wie die Informationen über die Werke in der Bibliographie. Fußnotengestaltung ist wie folgt:

**a) Für Bücher:**

Um auf die Bücher in der Fußnote zu verweisen, werden zuerst Name und Nachname des Autors, der Verlag, der Ort der Veröffentlichung, das Jahr der Veröffentlichung, die Seiten- (s.) oder die Absatz-/Randnummer (n.) angezeigt und es steht am Ende ein Punkt. Nur der Titel des Buches soll kursiv sein.

**Zum Beispiel:** Philip Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip: Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Mohr Siebeck, 1986, s. 23.



Die Bücher, die sowohl von einem Einzelautor als auch von mehreren Autoren geschrieben sind, sollen bei folgenden Fußnoten als "Nachname von Autor/Autoren, s. Seitennummer" zitiert werden. (**Zum Beispiel:** Kunig, s. 71.) Wenn mehr als ein Buch desselben Autors zitiert werden soll, sollen der Nachname des Autors, der Titel des Buches und die Seitennummer für die folgende Zitate nach dem ersten Zitat angegeben werden. Der Titel des Buchs kann verkürzt werden. (**Zum Beispiel:** Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip*, s. 73.)

#### **b) Für Aufsätze:**

Um Aufsätze zu zitieren, sollen Vor- und Nachname des Autors, Titel des Artikels (in Anführungszeichen), Name des Werks, in dem sich der Aufsatz befindet, Anzahl der Bände, Anzahl der Ausgabe, Verlag, Erscheinungsdatum (in Monaten und Jahren), Seitenbereich, in dem der Aufsatz sich befindet, Seitennummer (s.) oder Absatz-/Randnummer (n.) im Fußnot angezeigt werden und am Ende steht ein Punkt. Nur der Name des Werks, in dem sich der Aufsatz befindet, soll kursiv sein.

**Zum Beispiel:** Matthias Mahlmann, "Menschenwürde in Politik, Ethik und Recht – universelle Fassade, kulturelle Relativität?", in: F. Salinger, Y. Kim, S. Liu, C. Mylonopoulos, J. Tavares, K. Yamanaka, Y. Zheng, *Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2017, s. 267 – 281

Die Aufsätze, die sowohl von einem Autor als auch von mehreren Autoren geschrieben sind, sollen bei folgenden Fußnoten als "Nachname von Autor/Autoren, s. Seitennummer" zitiert werden. (**Zum Beispiel:** Mahlmann, s. 270.) Wenn mehr als ein Aufsatz desselben Autors zitiert werden soll, sollen der Nachname des Autors, der Titel des Artikels und die Seitennummer für die folgende Zitate nach dem ersten Zitat angegeben werden. Der Titel des Aufsatzes kann verkürzt werden. (**Zum Beispiel:** Mahlmann, *Menschenwürde*, s. 270.)

ISSN 2687-3923



2687 3923