

İSTANBUL HUKUK MECMUASI

Cilt Volume 80 Sayı Number 3 Yıl Year 2022 ISSN 2636-7734 E-ISSN 2667-6974

ISTANBUL LAW REVIEW



İSTANBUL
ÜNİVERSİTESİ
YAYINEVİ



İstanbul Hukuk Mecmuası

Cilt 80, Sayı 3, 2022

ISSN: 2636-7734

E-ISSN: 2667-6974



Dizinler / Indexing and Abstracting

Web of Science - Emerging Sources Citation Index (ESCI)

TÜBİTAK-ULAKBİM TR Dizin

EBSCO Central & Eastern European Academic Source

EBSCO Legal Source

DOAJ

ERIH PLUS

SOBİAD



Sahibi / Owner

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Responsible Manager

Prof. Dr. Halil AKKANAT

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Yazışma Adresi / Correspondence Address

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

Yayıncı / Publisher

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

Baskı / Printed by

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

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

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

Mart, Haziran, Eylül ve Aralık aylarında, yılda dört sayı olarak yayımlanan uluslararası, hakemli,
açık erişimli ve bilimsel bir dergidir.

*This is a scholarly, international, peer-reviewed and open-access journal published quarterly in
March, June, September and December*

Yayın Türü / Publication Type: Yaygın Süreli / Periodical

DERGİ YAZI KURULU / EDITORIAL MANAGEMENT BOARD

Baş Editörler / Editors-in-Chief

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

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

Baş Editör Yardımcıları / Co-Editors-in-Chief

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

Arş. Gör. Ahmet ÖZSOY, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- aoszoy96@istanbul.edu.tr

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

Dil Editörleri / Language Editors

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

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

YAYIN KURULU / EDITORIAL ADVISORY BOARD

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

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

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

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

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

Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ, Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,
İstanbul, Türkiye - hpekcantez@gsu.edu.tr

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

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

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

İçindekiler Table of Contents

MAKALELER ARTICLES

ÖZEL HUKUK/PRIVATE LAW

Araştırma makalesi/Research article

2019/1151 sayılı AB Dijitalleşme Yönergesi ve Alman Hukuku (DiRUG) Uyarınca Online Şirket Kuruluşu, Sicile Online İbraz ve Sicil Kayıtlarının Online İlanı

Online Formation, Online Filing of Company Documents and Online Disclosure in the Register according to the Digitalisation Directive (EU) 2019/1151 and the

German Law (DiRUG) 721

Funda Özdin

Araştırma makalesi/Research article

Bireysel Başvurularda Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Kararlarının İncelenmesi

An Analysis of the Individual Applications of Decisions Protecting Family and Preventing Violence Against Women..... 753

Gözde İbicioğlu, Bilge Durutürk

Araştırma makalesi/Research article

Teslimat Platformu Kuryelerini İşçi Olarak Kabul Eden İspanyol Kraliyet Kararnamesi “El Real Decreto Ley 9/2021” Üzerine Bir İnceleme

An Evaluation of El Real Decreto Ley 9/2021 The Spanish Royal Decree Accepting Delivery Platform Couriers as Employees..... 785

Burcu Ezer

Araştırma makalesi/Research article

Konkordatoda Yabancı Para Alacakları

Foreign Currency Receivables Regarding Creditor Composition Agreements..... 819

Tolga Akkaya

Araştırma makalesi/Research article

Mirası Reddeden Mirasçının Alacaklılarının TMK m 617 Kapsamında Korunması

The Protection of Inheritor Creditors by Refusal of Inheritance Within the Context of Article 617 of the Turkish Civil Code 847

Doruk Gönen



Araştırma makalesi/Research article

Tüketici Sözleşmelerinde Erken İfa

Early Performance in Consumer Contracts 881

Musa Furkan Şahin

Araştırma makalesi/Research article

Türk Medeni Hukukunda Evliliğin Nisbi Butlanı Sebeplerinden Korkutma

Duress as Reason for Relative Nullity of Marriage in Turkish Civil Law 925

Emre Koroğlu

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW

Araştırma makalesi/Research article

Kamu Alımlarında COVID 19 Tedbirleri: Sürdürülebilir Alımlar için Düzenlemeler

COVID-19 Measures in Public Procurements: Regulations for Sustainable Procurements 967

Muhammed Çelik, Mehmet Yüce

Araştırma makalesi/Research article

The Principle of Good Governance concerning Tax Law

Vergi Hukuku Bakımından İyi Yönetişim İlkesi 1001

Gamze Gümüşkaya

Araştırma makalesi/Research article

Uluslararası Hukuk Açısından Dağlık Karabağ Sorunu ve İkinci Dağlık Karabağ Savaşı'nı Sona Erdiren Ateşkes Andlaşması

The Nagorno-Karabakh Conflict from the Perspective of International Law and the Armistice Agreement Ending the Second Nagorno-Karabakh War 1021

Cüneyt Yüksel, Hamza Yüce

EDİTÖRDEN MEKTUP

Değerli Bilim İnsanları ve Kıymetli Hukukçular,

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile özdeşleşen “Mecmua” kavramının yansıması olarak, ülkemizin varlığını sürdüren en eski hukuk dergisi olan İstanbul Hukuk Mecmuası’nın 2022 yılındaki üçüncü sayısını, siz değerli okuyucularımızla buluşturuyoruz.

Dergimizin bu sayısında da özel hukuk ve kamu hukuku ana başlıkları altında bir-birinden değerli on makale bulunmaktadır. Yayımlanacak makalelerin seçiminde, süregelen geleneğimize uygun olarak özel hukuk – kamu hukuku dengesinin teminine özen gösterilmeye çalışılmıştır. Bununla birlikte, yayımlanması talebiyle dergimize yollanan ve hakem aşamasından geçen makalelerdeki dağılım sonucunda mevcut durum oluşmuştur.

Kurul olarak akademik yayınların orijinalliğinin yanında güncelliğinin de yayının değerini arttıran özelliklerden biri olduğunun farkındayız. Bu nedenle önceki sayılarımızda da yürüttüğümüz uygulamamız olan “erken erişim” uygulamamıza bu sayımızda da devam edilmiş olup editöryal ve hakem değerlendirmesi tamamlanan dört makale işbu yayın öncesinde online olarak okuyucularıyla buluşturulmuştur. Yine kıvançla belirtmekteyiz ki sürece dahil olan tüm aktörlerin katkılarıyla, dergimizin bu sayısı da bir gecikme olmadan siz kıymetli okuyucularıyla buluşturulmuştur.

Yayımlanan tüm çalışmalar alanlarına önemli katkılar sağlayacak niteliktedir. Kamu hukuku alanında; tüm dünyayı etkileyen Covid-19 salgınının kamu ihalelerindeki etkileri ve bu etkilerin olumsuz yönlerinin engellenmesine ilişkin önlemler incelenmiştir. Vergi hukuku alanında, kamu yönetiminin temel ilkelerinden olan iyi yönetim ilkesinin vergi hukukunda anlamı ve uygulanabilirliği incelenerek yasal düzenlemeler, bu ilke kapsamında değerlendirilmiştir. Kamu hukuku alanındaki son çalışmada ise uluslararası hukuk açısından önemli tartışmalar doğuran Dağlık Karabağ Savaşı ve bu savaşı sona erdiren ateşkes anlaşması, tarihi gelişimi ve sonuçlarıyla birlikte incelenmiştir.

Özel hukuk başlığı altında bulunan makalelere gelindiğinde ise; hemen en başta İspanya hukukuna ilişkin bir inceleme yapıldığı ve önemli bir İspanyol Kraliyet Kararnamesi’nin irdelendiği görülmektedir. Bir başka makalede, hukuk uygulamamızda kendisine sıkça başvurulun konkordato müessesesi, yabancı para alacakları bakımından incelenmiştir. Özel hukuk alanının hemen her sahasında yaptırıma bağlanmış olan irade sakatlıklarından biri olan korkutma, başka bir çalışmada evlilik kurumu çerçevesinde değerlendirilmiştir. Buna ek olarak miras hukuku alanında mirası reddeden mirasçının alacaklılarının korunmasına yönelik hukuki mekanizma ayrıntısıyla incelenmiştir. Yine tüketici hukuku kapsamında ise tüketici sözleşmelerinde erken ifanın hukuki sonuçları ele alınmıştır. Dijitalleşmenin hukuku ve hukuki kurumları

çok yoğun bir şekilde etkilediği günümüzde bunun ticaret hukuku alanındaki yansımalarından biri, karşılaştırmalı hukuk incelemesi olarak “2019/1151 sayılı AB Dijitalleşme Yönergesi ve Alman Hukuku (DİRUG) Uyarınca Online Şirket Kuruluşu, Sicile Online İbraz ve Sicil Kayıtlarının Online İlanı” başlıklı makalede ele alınmaktadır. Bu çalışmada Alman hukukunda henüz yürürlüğe giren esaslar incelenmiştir. Son olarak Anayasa Mahkemesine gerçekleştirilen bireysel başvuruların mercek altına alındığı “Bireysel Başvurularda Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Kararlarının İncelenmesi” başlıklı eser bu sayıdaki yerini almıştır.

Dergimizde uluslararası endeks kurallarına da paralel bir şekilde gerek Fakültemiz mensuplarının gerek yurt içinden ve dışından diğer birçok değerli akademisyen ve uygulayıcının çalışmalarının da okuyucuyla buluşturulması ve erişilebilirliğinin artırılması için çaba sarf edilmektedir. Mecmuamıza yurt içinden ve dışından akademisyen ve uygulayıcıların gösterdiği ilgi için de ayrıca teşekkürlerimizi sunarız.

Çok sıkı bir hakem incelemesi aşamasının olduğu, hakem hassasiyetinin ön planda tutulduğu Mecmua, bu yönü ile ciddi bir ayırt edicilik sağlamaktadır. Ancak bu durum şüphesiz ki yazıların yayınlanma sürelerinin uzamasına, öte taraftan da çok daha nitelikli eserlerin ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Hakem aşamasından geçemeyen yazılar çoğunluktadır. Tüm yazı sahiplerinin bu konudaki anlayışı bizler için çok değerlidir.

Mecmuamızın yayımlanması noktasında editör ekibinin dikkate değer emeği ile Rektörlüğümüzün tüm ilgililerinin sağladığı destek özellikle anılmalıdır. Elbette kıymetli çalışmalarını dergimize yollayan yazarlarımız ve bu çalışmaların değerlendirilmesi sürecine kıymetli görüşleriyle katkı sağlayan hakemlerimiz, Mecmuamızın en önemli etmenleridir. Hepsine katkılarından ötürü teşekkür ederiz. Bu sayımızın tüm hukuk dünyasına faydalı olmasını dileriz.

İstanbul Hukuk Mecmuası Baş Editörleri
Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ Prof. Dr. Ali PASLI



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 20.08.2021
Kabul: 10.08.2022
Online Yayın: 15.09.2022

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

2019/1151 sayılı AB Dijitalleşme Yönergesi ve Alman Hukuku (DİRUG) Uyarınca Online Şirket Kuruluşu, Sicile Online İbraz ve Sicil Kayıtlarının Online İlanı

Funda Özdin*

Öz

Manuel çağı kapatıp dijital çağa hızlı adımlarla geçiş yaptığımız şu günlerde, “dijitalleşme” olgusunun insanoğlunu gerek bireysel ve toplumsal alanda gerekse iş hayatında nasıl çepeçevre kuşattığına hep birlikte tanık olmaktadır. Dijital dönüşümün hayatın neredeyse her alanında etkili olmaya başladığı böyle bir zamanda, hayatın dinamiklerinin gerisinde kalma lüksü olmayan hukuk biliminden de bu gelişmelere ayak uydurması beklenmektedir. Nitekim son yıllarda hukukun hemen her alanında dijitalleşme odaklı düzenlemeler ve uyarlamalar yapılmakta olup; şirketler hukuku da bu gelişmelerden payına düşeni ziyadesiyle almaktadır. Teknolojik gelişmelerin ekonomi hayatına kazandırdığı dijital hareketlilik ve hız, özellikle bu dünyanın önemli aktörleri olan şirketlerin söz konusu gelişmelere ayak uydurabilecek şekilde dizayn edilmelerini ve buna paralel olarak gerekli hukuki düzenlemelerin yapılmasını zorunlu hale getirmiştir. Nitekim gerek uluslararası gerekse ulusal boyutta yapılan çalışmalara bakılacak olduğunda, dijital enstrüman ve yöntemlerin şirketler hukuku alanında daha geniş bir şekilde kullanılması amacına yönelik birçok yeni düzenleme yapıldığı görülmektedir. Bu bağlamda incelenmesi gereken önemli düzenlemelerden bir tanesi, 31.07.2019 tarihinde yürürlüğe giren 2019/1151 sayılı AB Dijitalleşme Yönergesidir. İlgili yönerge ile şirketler hukukunda dijital uygulamaların artırılması amacıyla çok sayıda yeniliğe imza atılmıştır. Nitekim Birlik’e üye ülkelerden Almanya’da, yönerge hükümlerinin ulusal hukuka dahil edilmesi amacıyla hazırlanan Kanun (DİRUG) da, 01. 08. 2022 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Dijitalleşme Yönergesi ve buna paralel olarak Alman Hukuku’nda dijital uygulamaların sisteme dahil edilmesi amacıyla birden fazla alanda düzenleme yapılmış olmakla beraber; bu çalışmada yalnızca “online şirket kuruluşu”, “belgelerin/bilgilerin sicile online ibrazı” ve “sicil kayıtlarının online ilanı”na ilişkin yapılan düzenlemeler ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

AB Dijitalleşme Yönergesi, Alman Ticaret ve Şirketler Hukukunda Dijitalleşme (DİRUG), Online Şirket Kuruluşu, Online İbraz, Online İlan

Online Formation, Online Filing of Company Documents and Online Disclosure in the Register according to the Digitalisation Directive (EU) 2019/1151 and the German Law (DİRUG)

Abstract

In these days marking the end of the manual age and moving quickly into the digital age, humans are witnessing how the phenomenon of digitalization surrounds people in both individual and social spheres as well as in business life. At a time when digital transformation has taken effect in almost all areas of life, law is expected to keep pace with these developments, as it cannot afford to lag behind the dynamics of life. Corporate law is one branch of law that has been strongly affected by this digital transformation. When looking at both international and national developments in recent years, many new regulations can be seen to have been made under company law regarding the broader use of digital

* Sorumlu Yazar: Funda Özdin (Dr. Öğr. Üyesi), Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: funda.ozdin@marmara.edu.tr ORCID:0000-0002-4071-1814

Atf: Özdin F, “2019/1151 sayılı AB Dijitalleşme Yönergesi ve Alman Hukuku (DİRUG) Uyarınca Bir İnceleme” (2022) 80(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 721. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.3.0001>



tools and processes. One important regulation that should be mentioned in this context is the Digitalisation Directive (European Union [EU] 2019/1151, which was enacted on July 31, 2019. With this directive, many regulations were made regarding company law and increasing digital applications. A comprehensive draft law *Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie* [Law implementing the digitalization directive, or DiRUG] was prepared in the EU member state of Germany in order to incorporate the directive's provisions into national law, which entered into force on August 1, 2022. This study deals with the provisions of the Digitalisation Directive and DiRUG regarding the online formation of companies, the online filing of company documents and information, and the online disclosure of companies registers of member states.

Keywords

EU Digitalisation Directive, Digitalisation of German Commercial and Company Law, Online Formation, Online Filing of Company Documents, Online Disclosure in the Register

Extended Summary

With the Digitalisation Directive (EU) 2019/1151, many regulations have been made regarding company law to increase digital applications. The main purpose of the directive is to facilitate the formation and registration of companies within the borders of the EU by enabling the use of digital tools and methods in the field of company law. In particular, the aim is to reduce the cost of incorporating start-ups and small- and medium-sized businesses as well as their time and administrative burdens. The EU member state of Germany recently passed *Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie* [Law Implementing the Digitalization Directive, or DiRUG] in order to transpose the directive's provisions into national law and entered into force on August 1, 2022.

The directive requires member states to ensure that the online formation of limited liability companies with cash capital may be carried out completely online without the need for applicants to appear in person before any authority. The decisions regarding whether online formation is possible for other kinds of companies and whether online formation can occur for limited liability companies with capital-in-kind are left to the member states. Meanwhile, member states are required to provide templates for the online formation of limited liability companies and make them available to citizens (or legal persons) of EU member states in order to facilitate the cross-border formation of corporations within the EU. The Directive has specifically pointed out certain issues that need to be regulated by member states in order to avoid some possible abuses and security breaches. However, the power to lay down detailed rules for the online formation of corporations has been absolutely left to the member states. German law provides the online formation only for limited liability companies with cash capital, while other types of companies and limited liability companies to be formed with non-cash capital are excluded from the scope of online formation. However, from August 1st, 2023, GmbHs that are to be founded with in-kind capital can also be founded online. New regulations in German law as created

by DiRUG make it possible to handle the formation procedures completely online via video communication systems without applicants having to appear in person at a notary public. However, in cases where the *notar* [notary] is unable to perform their duties via the video communication system (e.g., if one of the parties cannot be identified or doubts exist about their legal capacity), the notary may refuse to carry out the transactions via the video communication system and require the physical participation of the person or persons concerned.

In addition to the possibility of online formation, the directive also contains regulations regarding the online filing of documents and information to the commercial register. In this context, member states are obliged to ensure that the relevant documents are able to be submitted completely online, thus enabling the registration process to be carried out online without the applicant having to appear in person before the person or institution responsible for carrying out the online submission procedure. In order to comply with this directive, DiRUG regulates German law to require notary to also be able to electronically certify the qualified electronic signatures to be executed via the video communication system. This means the law recognizes the possibility to electronically transmit documents created via the video communication system directly to the register. However, German legislation has made an exception to this, regulating that the notary may refuse online certification and require the physical participation of the person or persons concerned so that the notary can properly conduct the business, such as may occur in the case of online company formation.

Another innovation of the directive is the removal of the obligation to publish company documents and information with regard to disclosure. Instead, the register entries regarding the documents and information concerned are envisaged as being made directly accessible electronically/online. This regulation of the directive abolishes the dual disclosure system in German law, which had taken place via two separate internet portals in the form of online access to registration documents and separate disclosure of documents and information. Under the new system, only the entries in the register will be made accessible online, with the first retrieval of the entry in the commercial register via the electronic information and communication system being deemed a disclosure. The new system provides accessibility to the information entered onto the companies registers of member states, so that no difference will occur between the announced status and the recorded information. For this reason, the rule about the protection of confidence has been adapted to the new system, with the expression “confidence in the announced situation is preserved” being changed to “confidence in the registered situation is preserved.”

2019/1151 sayılı AB Dijitalleşme Yönergesi ve Alman Hukuku (DİRUG) Uyarınca Online Şirket Kuruluşu, Sicile Online İbraz ve Sicil Kayıtlarının Online İlanı

I. 2019/1151 sayılı AB Dijitalleşme Yönergesi

Şirketler hukukunun dijitalleştirilmesi meselesi, Avrupa Birliği Komisyonu’nu uzun yıllar meşgul etmiş bir konudur. Özellikle üye ülkelerde farklı uygulamaların ortaya çıkması, bu bağlamda bazı ülkelerde şirketler hukuku alanında neredeyse tüm işlemlerin dijital ortamda (online) yapılması imkanının ve hatta zorunluluğunun getirilmiş olması; buna karşılık diğer bazı üye ülkelerde ise hala geleneksel uygulamalar kapsamında yetkili makam huzurunda şahsen bulunma zorunluluğu, Birlik içinde yeknesak kurallar belirlenmesini gerekli hale getirmiştir.¹ Nitekim bu amaca yönelik olarak yapılan çalışmalar yakın geçmişte bir neticeye kavuşturulmuştur. AB Parlamentosu ve Komisyonu tarafından uzun zamandır üzerinde çalışılan ve şirketler hukuku alanında birçok yenilik önerisini içeren “Şirketler Hukuku Paketi” (“Company Law Package”) isimli çalışma, 25.4.2018 tarihinde kamuya açıklanmıştır. Söz konusu çalışmanın “Şirketler Hukukunda Dijital Araç ve Yöntemlerin Kullanımı”na ilişkin ilk kısmı²⁻³ 20.06.2019 tarihinde 2019/1151 sayılı Dijitalleşme Yönergesi (Dij.Yön.) ile kabul edilmiş ve 2017/1132 sayılı Şirketler Hukuku Yönergesi’nin⁴ (Şir.Huk. Yön.) ilgili hükümleri getirilen yeni düzenlemeler doğrultusunda değişikliğe uğratılmıştır (11.07.2019). Dij.Yön. ile değiştirilen Şir.Huk.Yön.’nün ilgili hükümleri 31.07.2019 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁵

Üye devletler, 01.08.2021 tarihine kadar ulusal hukuk kurallarını Dijitalleşme Yönergesi ile uyumlu hale getirmekle yükümlü kılınmışlardır (Dij.Yön. m 2 (1)). Ancak gerekli düzenlemelerin yapılabilmesi için daha fazla süreye ihtiyaç duyan üye devletlere, en fazla bir yıl olmak üzere süre uzatımı talebinde bulunabilme ve böylece ilgili ulusal düzenlemeleri en son 01.08.2022 tarihine kadar tamamlayabilme imkanı tanınmıştır (Dij.Yön. m 2 (3)). Diğer yandan Avrupa kanun koyucusu, üye devletlerin mevcut şirketler hukuku gelenek ve prensiplerine çok fazla müdahale etmemek için özen göstermiş ve yönergede öngörülen online uygulamaların ulusal hukuk kapsamında düzenleniş şekli açısından üye devletlere büyük oranda esneklik

¹ Bkz Richtlinie (EU) 2019/1151 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.6.2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht, (ABl 2019 L 186, 80), (Gerekeç m 4).

² Bkz COM (2018) 239 final, Proposal for a Directive of The European Parliament and of The Council amending Directive (EU) 2017/1132 as regards the use of digital tools and processes in company law.

³ Söz konusu çalışmanın ikinci kısmı ise “Sınır Ötesi Birleşme, Bölünme ve Tür Değişiklikleri” ne ilişkin değişiklik ve yenilik önerilerini içermektedir. Bkz COM (2018) 241 final, Proposal for a Directive of The European Parliament and of The Council amending Directive (EU) 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and divisions.

⁴ Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 14.6.2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts, (ABl 2017 L 169, 46).

⁵ Richtlinie (EU) 2019/1151 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.6.2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht (ABl 2019 L 186, 80).

tanımıştır.⁶ Bu bağlamda özellikle noterlerin, avukatların veya benzeri yetkili kişi ve kurumların mevcut ulusal hukuk sistemleri kapsamında üstlendikleri rollerin, yönerge uyarınca online olarak yürütülmesi öngörülen işlemler açısından da aynı şekilde devam edebileceği; üye ülkelerin bu bağlamda diledikleri kontrol ve denetim mekanizmalarını kullanabilecekleri açık bir şekilde ifade edilmiştir (Dij.Yön.-Gerekçe m 19; Dij.Yön. m 13).

Dijitalleşme yönergesinin temel amacı, dijital enstrüman ve yöntemlerin şirketler hukuku alanında kullanılmasına imkan sağlamak suretiyle, Avrupa Birliği sınırları içinde (sınır ötesi) şirket kuruluşu işlemlerinin kolaylaştırılması; özellikle de mikro (start-uplar), küçük ve orta ölçekli işletmelerin kuruluş maliyetlerinin, sürelerinin ve idari yükümlülüklerin olabildiğince azaltılmasıdır.⁷ Nitekim söz konusu yönergede bu amaca yönelik olarak bir dizi düzenleme yapılmış olmakla beraber; çalışmada esas itibarıyla yönergenin temel düzenleme konularını teşkil eden *online-şirket kuruluşu, belge ve bilgilerin online ibrazı ve ilan usulündeki değişikliğe* ilişkin düzenlemeler ele alınacaktır.⁸

II. Alman Hukuku'nun Dijitalleşme Yönergesi ile Uyumlu Hale Getirilmesi Amacına Yönelik Kanun (DİRUG)

Alman hükümeti, Dijitalleşme Yönergesi ile belirlenen kuralların iç hukuka dahil edilmesi amacıyla yönelik olarak hazırladığı kanun tasarısını (“Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DİRUG)”) ⁹ 10.02.2021 tarihinde kamuya açıklamış olup; tasarı metni Federal Alman Parlamentosu tarafından -yapılan birkaç değişiklik¹⁰ dışında aynen- kabul edilmiş ve 13.08.2021 tarihinde resmi gazetede¹¹ yayınlanmıştır. Almanya, ek süre alma konusunda Dij.Yön. m 2 (3)'te üye devletlere tanınan imkandan yararlanmış ve Dij.Yön. ile getirilen düzenlemelerin iç hukuka dahil edilmesi için öngörülen sürenin kendisi için bir yıl uzatılmasını sağlamıştır. Nitekim söz konusu Kanun (DİRUG), 01.08.2022 tarihinde yürürlüğe girmiştir (DİRUG m 31). Ancak önemle belirtelim ki, DİRUG yürürlüğe girmeden çok kısa bir süre önce, 15.07.2022 tarihli “Dijitalleşme Yönergesinin Uygulanmasına Yönelik Hükümlere İlave Yapılmasına ve Bazı Hükümlerin Değiştirilmesine İlişkin Kanun”¹² (DİREG) ile bazı değişikliklere uğratılmış ve bazı ek düzenlemeler

⁶ Dij.Yön.-Gerekçe m (19).

⁷ DİRUG-Gerekçe, BT-Drucksache 19/28177, 1.

⁸ Dij.Yön. kapsamında ele alınan konular ve yapılan düzenlemelere ilişkin özet mahiyetinde bilgiler için bkz Annika Böhm, ‘Gesellschaftsrecht: Richtlinie für den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Amtsblatt veröffentlicht’ (2019) EuZW 578 vd.

⁹ Hükümet tasarısı metni ve ayrıntılı gerekçe için bkz BT-Drucksache 19/28177.

¹⁰ Hukuk ve Tüketicinin Korunması Komisyon’unun hükümet tasarısında yapılmasını öngördüğü değişiklikler ve tavsiyelerinin de yer aldığı tasarı metninin en son hali için bkz BT-Drucksache 19/30523.

¹¹ “Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DİRUG)” BGBl I 2021, 3338.

¹² “Gesetz zur Ergänzung der Regelungen zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Vorschriften”, BGBl. I 2022, Nr. 26 (21.07.2022) 1146.

yapılmıştır. Söz konusu kanun (DİREG) ile yapılan değişiklik ve yeni düzenlemelerin amacı, DİRUG ile ticaret ve şirketler hukuku alanında mümkün hale getirilen online uygulamaların daha da genişletilmesi ve böylece daha fazla konuda online işlem yapabilme imkanının sağlanmasıdır.¹³

Yönerge düzenlemelerinin iç hukuka dahil edilmesi amacıyla, DiRUG (ve ayrıca DİREG) ile Alman hukukunun ilgili mevzuatında birçok değişiklik ve yenilik öngörülmüştür.¹⁴ Ancak daha önce de ifade edildiği üzere, çalışmada yalnızca *online-şirket kuruluşu, belge ve bilgilerin online ibrazı ve ilan usulündeki değişikliğe* ilişkin düzenlemeler ele alınacaktır.

Özellikle belirtmeli ki, DİRUG’da yönergede öngörülen hususların iç hukuka aktarılması amacına yönelik düzenlemeler yapılırken, Alman Ticaret ve Şirketler Hukukunun temel ilke ve prensiplerinin mümkün olduğu ölçüde korunmasına özen gösterilmiştir.¹⁵ Alman kanun koyucusu, Birlik Hukuku kapsamında şirketler hukuku alanında manuel uygulamalardan vazgeçip dijital uygulamalara geçerken, dijital dünyanın kendine özgü tehlikelerini göz önünde bulundurmuş ve muhtemel kötüye kullanımları olabildiğince engellemeye yönelik önlemler almıştır.¹⁶ İleride ayrıntılı olarak incelenecek olduğu üzere, online uygulamalara izin verilirken ticaret sicilinin işlevselliğinin ve güvenilirliğinin korunmasına önem gösterilmiş; bu bağlamda özellikle bir kontrol ve denetim mekanizması olan noterin manuel işlemlerde olduğu gibi online işlemlerde de aktif rol oynaması sağlanmıştır.¹⁷

III. Online Kuruluş

A. Yönergenin Online Kuruluşa İlişkin Direktifleri

1. Genel Olarak

Yönerge ile öncelikli olarak bazı sermaye şirketlerinin -hem ülke sınırları içinde hem de sınır aşırı AB ülkelerinde- kolaylıkla, daha az masrafla ve daha hızlı bir şekilde kurulabilmelerinin sağlanması amaçlanmaktadır.¹⁸ Yukarıda da ifade edildiği üzere, yönergede özellikle mikro (start-uplar), küçük ve orta ölçekli işletmeler göz

¹³ Bkz Hükümet Gerekçesi, (Drucksache 20/1672), s. 12 vd. Ayrıca söz konusu Kanun (DİREG) ile yapılan değişiklik ve getirilen yeniliklere ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz Heribert Heckschen ve Ralf Knaier, ‘Weitere Digitalisierung des Gesellschaftsrechts (DiREG)’ (2022) NZG 885 vd.

¹⁴ DiRUG ile getirilen yeniliklere ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz Christian Linke, ‘Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG) Analyse des Regierungsentwurfs’ (2021) NZG 309 vd. Yapılan yeni düzenlemeler doğrultusunda değişikliğe uğrayan Alman mevzuatı için ayrıca bkz BGBI I 2021, 3338.

¹⁵ Linke (n 14) 309.

¹⁶ Peter Kindler ve Simon Jobst, ‘Die Online-Gründung nach dem Company Law Package - Chancen und Risiken bei der Umsetzung ins deutsche Recht’ (2019) DB 1550.

¹⁷ DİRUG-Gereke, BT-Drucksache 19/28177, 62.

¹⁸ Dij.Yön.-Gereke m (2).

önünde bulundurulmuş olup; şirket kuruluşunun AB sınırları içinde bu işletmeler açısından daha kolay ve cazip hale getirilmesi gayesiyle hareket edilmiştir. Nitekim bu amaca yönelik olarak üye ülkelere, yönergenin IIA nolu ekinde (her bir üye devlet için) belirtilmiş olan sermaye şirketi türü açısından online kuruluş imkanı sunma yükümlülüğü getirilmiş ve bu bağlamda online şirket kuruluşuna ilişkin bir takım düzenlemeler yapılmıştır (Dij.Yön. m 13g, 13h.).

Yönergenin IIA nolu ekine bakıldığında, söz konusu şirket türünün *limited şirket* olduğu görülmektedir. Bu bağlamda yönergede üye devletlere limited şirketlerin, kurucuların (ulusal hukuk kuralları gereğince) şahsen huzurunda bulunmak zorunda oldukları kurum, kişi ve memurların huzurunda bulunma zorunluluğu olmaksızın, online olarak (uzaktan) kurulabilmesini mümkün hale getirme zorunluluğu yüklenmiştir (Dij.Yön. m 13g (1)). Anonim şirketler ile sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler açısından online kuruluş imkanının tanınıp tanınması hususu ise üye ülkelerin takdirine bırakılmıştır (Dij.Yön. m 13g (1), c 2). Bunun dışında ayrıca limited şirketler açısından da bir ayırım yapılmış ve aynı sermaye getirilmesi halinde limited şirketlerde online kuruluşun mümkün olup olmaması da yine üye ülkelerin kararına bırakılmıştır (Dij.Yön. m 13g (4), bend d). Sonuç itibarıyla yönerge ile üye devletler, yalnızca *nakdi* sermaye ile kurulacak olan *limited şirketler* açısından online şirket kuruluşunu mümkün hale getirmekle yükümlü kılınmışlar; bunun dışındaki hallerde, yani limited şirket dışındaki şirketlerde ve aynı sermaye getirilerek kurulan limited şirketlerde online kuruluşu imkan tanıyıp tanımama konusunda serbest bırakılmışlardır.

2. Online Şirket Kuruluşunda Uygulanacak Prosedür

Yönergede, üye devletlere limited şirketlerin online olarak kurulabilmesini hukuken mümkün hale getirme görevi yüklenmiş; ancak izlenmesi gereken prosedüre ilişkin ayrıntılı bir düzenleme yapılmamıştır. Online kuruluş prosedürü hakkında ayrıntılı düzenleme yapma yetkisi, açık bir şekilde üye devletlere bırakılmıştır (Dij.Yön. m 13g (2), c 1). Hal böyle olmakla beraber, online kuruluş prosedürünün kendine özgü dinamiklerini göz önünde bulunduran Avrupa kanun koyucusu, meydana gelmesi muhtemel kötüye kullanımların engellenmesi ve güvenlik zafiyetlerinin önüne geçilmesi açısından, üye devletler tarafından düzenleme altına alınmasını uygun bulduğu bazı hususları özellikle belirtmiştir. Bu bağlamda ikili bir ayırım yapmış ve bazı konuların arz ettikleri önem dolayısıyla üye devletler tarafından düzenleme altına alınmasını *zorunlu* kılarken, diğer bazı hususların düzenlenmesini ise üye devletlerin *takdirine* bırakmıştır.

Bu bağlamda -üye devletlerin mutlaka düzenlemek zorunda oldukları hususlar, Dij.Yön. m 13g (3)'te teker teker sayılmıştır. Avrupa kanun koyucusu online şirket

kuruluşunda meydana gelmesi muhtemel -örneğin kimlik bilgilerinin sahteliği, temsil yetkisinin yokluğu ve irade eksikliği gibi- tehlikeleri göz önünde bulundurarak, üye devletleri şu hususlarda ayrıntılı düzenleme yapmakla yükümlü kılmıştır:

- (a) Başvuru sahiplerinin hak ve fiil ehliyetleri ile (şirketi) temsil yetkilerinin olup olmadığının belirlenmesinde uygulanacak prosedür,
- (b) Madde 13b uyarınca başvuru sahiplerinin kimlik doğrulama araçları,
- (c) Başvuru sahiplerinin 910/2014 sayılı Tüzük'te (eIDAS)¹⁹ belirtilen güven hizmetlerini kullanma yükümlülüğü,
- (d) Ulusal hukukta öngörülmüş olması şartıyla, şirketin işletme konusunun hukuka uygunluğunun kontrol edilmesine ilişkin prosedür,
- (e) Ulusal hukukta öngörülmüş olması şartıyla, şirket adının hukuka uygunluğunun kontrol edilmesine ilişkin prosedür,
- (f) Yönetici atamalarının kontrol edilmesine ilişkin prosedür.

Düzenlenmesi üye devletlerin takdirine bırakılan hususlar ise Dij.Yön. m 13g (4)'te belirtilmiş olup; buna göre üye devletler aşağıdaki hususlarda düzenleme yapmayı yapmamak konusunda karar verme yetkisine sahiptirler:

- a) Şirket sözleşmesinin hukuka uygunluğunun güvence altına alınması bağlamında izlenecek prosedür,
- b) Bir şirket yöneticisinin, başka bir üye devletin yetkili makamı tarafından görevden alınmasının iç hukukta doğuracağı sonuçlar,
- c) Noterlerin veya ulusal hukuk kuralları uyarınca online şirket kuruluşunun belirli aşamalarını yürütmekle sorumlu kılınan kişi veya kurumun rolü,
- d) Ayni sermaye getirilmesi halinde online şirket kuruluşunun mümkün olup olmayacağı.

Bunlarında dışında yönergede, üye devletlerin -bazı faaliyetlerin kontrol edilebilmesi açısından ulusal mevzuat kuralları gereğince zorunlu olmadığı sürece- online şirket kuruluşunu şirketin tescilinden önce bir lisans veya izin alma şartına bağlayamayacakları açık bir şekilde belirtilmiştir (Dij.Yön. m 13g (5)). Devamında, ulusal mevzuat gereğince sermayenin kuruluş aşamasında ödenmesinin gerekli olması halinde, üye devletlerin söz konusu ödemenin Dij.Yön. m 13e uyarınca Avrupa Birliği içinde faaliyet gösteren bir bankanın hesabına online olarak yapılabilmesini ve ayrıca ödemenin yapıldığını gösteren belgelerin online olarak ibraz edilebilmesini sağlamakla yükümlü oldukları ifade edilmiştir (Dij.Yön. m 13g (6)).

¹⁹ Verordnung (EU) Nr 910/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG (ABl L 257, 28.8.2014, 73).

Ayrıca yönergede, online şirket kuruluşunun ne kadar süre içinde tamamlanması gerektiği hususunda da bazı belirlenmelerde bulunulmuş ve duruma göre dikkate alınması gereken 2 farklı azami süre öngörülmüştür (Dij.Yön. m (7)). Bu kapsamda üye devletler, *gerçek kişiler* tarafından Dij.Yön. m 13h’de ifade edilen standart kuruluş protokolünün kullanılması suretiyle yapılan başvurularda, kuruluşun 5 iş günü içinde tamamlanmasını sağlamakla yükümlü kılınırken; bunun dışındaki hallerde azami süre 10 iş günü olarak belirlenmiştir. Bu süreler yönergeye göre, online kuruluş için gerekli olan tüm formalitelerin tamamlanmasından ve bu bağlamda özellikle tüm ilgili belge ve bilgilerin, kuruluşu işlemine katılımı zorunlu olan yetkililere ulaşmasından sonra ve ayrıca tescil ücretinin ödenmesinden ve -eğer ulusal hukukta öngörülmüşse- nakit veya aynı sermayenin ifasından sonra başlayacaktır. Son olarak üye devletler, burada belirtilen süreler içinde kuruluş prosedürünün tamamlanamaması halinde, başvuru sahiplerinin gecikme nedenleri konusunda bilgilendirilmelerini sağlamak amacıyla yönelik düzenlemeler öngörmekle yükümlü kılınmışlardır.

3. Standart Online-Kuruluş Protokolü

Daha önce de belirtildiği üzere Dij.Yön.’nün temel amaçlarından birisi, küçük ve orta ölçekli işletmelerin ve özellikle de start-upların AB sınırları içinde kuruluşunun kolaylaştırılması ve desteklenmesidir.²⁰ Nitekim Avrupa kanun koyucusu bu amaca yönelik olarak girişimcilere, online erişilebilir bir kuruluş protokolü vasıtasıyla kolayca şirket kurma imkanı sağlamak istemiş ve bu sebeple üye devletlere merkezi/ yeknesak dijital giriş kapısı²¹ aracılığıyla erişilebilen kayıt portallarında veya internet sayfalarında, limited şirketin kuruluşunda kullanılmak üzere bir “standart kuruluş protokolü” sunma yükümlülüğü getirmiştir (Dij.Yön. m 13h (1), c 1). Böylece bir AB ülkesi vatandaşının, bir başka AB ülkesinde, o ülke tarafından online olarak kullanıcılara sunulmuş olan standart kuruluş protokolünü kullanmak suretiyle o ülkede tamamen online olarak bir limited şirket kurabilmesi mümkün hale getirilmiş olacaktır. Limited şirket dışındaki şirket türlerine ilişkin olarak ise böyle bir protokol temin etme yükümlülüğü öngörülmemiş olup; bu hususta karar verme yetkisi -tıpkı bu şirketler açısından online kuruluş imkanının tanınıp tanınmamasında olduğu üzere- üye devletlere bırakılmıştır (Dij.Yön. m 13h (1), c 2).

²⁰ Dij.Yön.-Gereke m (18); Sebastian Omlor, ‘Digitalisierung im EU-Gesellschaftsrechtspaket: Online-Gründung und Registerführung im Fokus’ (2019) DStR 2544, 2547.

²¹ “Merkezi/yeknesak dijital giriş kapısı (single digital gateway)” 21.11.2018 tarihinde yayınlanan 2018/1724 sayılı AB Yönergesi ile kabul edilmiş bir uygulamadır. (Regulation (EU) 2018/1724 of The European Parliament and of The Council of 2 October 2018 establishing a single digital gateway to provide access to information, to procedures and to assistance and problem-solving services and amending Regulation (EU) No 1024/2012). Kısaca belirtmek gerekirse düzenlemenin amacı, AB vatandaşlarının ve işletmelerinin AB içinde sınır ötesi faaliyetlerde bulunabilmeleri için ihtiyaç duydukları temel bilgileri içeren; bu bağlamda özellikle Birlik hukuku kapsamındaki idari düzenlemelerin dijital ortamda erişilebilirliğini sağlayan tek tip bir online portal oluşturulmasıdır. Nitekim düzenlemede bu amaca yönelik olarak üye devletler, Birlik hukuku kapsamındaki temel haklar, yükümlülükler, idari düzenleme ve prosedürlere ilişkin genel bilgileri içeren tek tip bir online Avrupa portalı oluşturmak ve yönergede ayrıntılı olarak belirtilen bilgileri ve idari hizmetleri söz konusu online portalda dijital olarak kullanıcıların erişimine sunmakla yükümlü kılınmışlardır.

Söz konusu protokolün içeriğine ilişkin olarak ise yönergede herhangi bir düzenleme yapılmamış olup; bunun her üye ülke tarafından kendi ulusal hukuk sistemi kapsamında belirleneceği açık bir şekilde ifade edilmiştir (Dij.Yön. m 13h (4)). Bu bağlamda, şirketin yönergede belirtildiği şekilde online olarak kurulmasına engel olmamak kaydıyla, ulusal hukuk uyarınca klasik bir kuruluş sözleşmesinin hazırlanması aşamasında aranan resmi prosedürün, online-kuruluş protokolü ile yapılan kuruluşlarda da aynı şekilde uygulanmasının öngörülebileceği; bunun yönerge açısından bir sorun teşkil etmeyeceği de özellikle belirtilmiştir (Dij.Yön. m 13h (2), c 2).

Diğer yandan yönergede, sınır ötesi AB ülkelerindeki girişimciler açısından şirket kuruluşunda gündeme gelebilecek olan dil engelinin aşılması amacıyla, üye devletlere söz konusu kuruluş protokollerinin sınır ötesi alanda mümkün olduğu kadar fazla kişi tarafından anlaşılabilir olan, en az bir AB resmi dilinde hazırlama ve sunma yükümlülüğü getirilmiştir (Dij.Yön. m 13h (3), c 1). Her ne kadar İngiltere yakın geçmişte Birlikten çıkmış olsa da, İngilizce AB'nin resmi dillerinden biri olarak kalmaya devam ettiği için, Alman doktrininde İngilizcenin yönergede belirtilen bu şartın yerine getirilmesi açısından en uygun dil olacağı ifade edilmektedir.²² Ancak hal böyle olmakla beraber, yönergede ilgili üye devletin kendi resmi dili (veya dilleri) dışındaki bir dilde hazırlanan protokol vasıtasıyla şirket kurma imkanını hukuken tanımamış olması halinde, söz konusu üye devletin diğer dilde hazırlayacağı kuruluş protokolünün, bilgi amaçlı olmaktan öteye gidemeyeceği de özellikle ifade edilmiştir (Dij.Yön. m 13h (3), c 2). Bir örnek üzerinden açıklamak gerekirse, örneğin İtalya'da bulunan bir girişimcinin, İspanya tarafından İngilizce olarak hazırlanmış olan bir standart kuruluş protokolünü kullanmak suretiyle İspanya'da bir limited şirket kurabilmesi için, İspanya'nın ulusal mevzuatının İspanyolca dışında bir dilde (bu örnek açısından İngilizce olarak) hazırlanmış olan belgelerle şirket kuruluşuna izin vermiş olması gerekecektir. Aksi halde İngilizce olarak hazırlanan online-kuruluş protokolü, İtalya'daki girişimcinin yalnızca bilgi edinmesini sağlayacak, kuruluş aşamasında ise İspanyolca hazırlanmış olan protokolün kullanılması gerekecektir.

4. Başvuru Sahibinin Fiziki Katılımının Talep Edilebileceği İstisnai Haller

Yönergede, bazı istisnai hallerde üye devletlerin online olarak gerçekleştirilmesi öngörülen işlemlere ilişkin olarak, başvuru sahibinin fiziken işlemi yürütmekle görevli kurum huzurunda bulunmasını talep edebileceği açıkça ifade edilmiştir. Bu istisnai hallerden ilki, elektronik kimlik tespitine ilişkin genel düzenlemelerin yer aldığı Dij. Yön. m 13b kapsamında dile getirilmiştir. Dij.Yön. m 13b (4)'te, kimlik bilgilerinde sahteciliğin, yanıltmaların veya kötüye kullanımların engellenmesi açısından gerekli olması halinde, üye devletlerin ilgili kişinin online işlemi gerçekleştirmekle görevli kurum huzurunda fiziken bulunmasını şart koşan düzenlemeler yapabileceği açık bir

²² Bkz Ulrich Noack, 'Online-Gründung von Kapitalgesellschaften in Europa – Der neue Richtlinienvorschlag im Company Law Package' (2018) DB 1324, 1326; Omlor (n 20) 2547.

şekilde belirtilmiştir. Bu bağlamda öngörülen bir diğer istisnai hal ise Dij.Yön. m 13g (8)'de dile getirilmiştir. Söz konusu düzenlemede, başvuru sahibinin hak ve fiil ehliyetine veya (şirketi) temsil yetkisine ilişkin kurallara uyup uymadığı hususunda şüpheye düşülmesi halinde, yine aynı şekilde üye devletlerin ilgili kişinin online işlemi gerçekleştirmekle görevli kurum/kişi huzurunda fiziken bulunmasını şart koşan düzenlemeler yapılabileceği belirtilmiştir.²³

B. Alman Hukuku'nda Online Kuruluş

1. Düzenleme Kapsamı

Kanun'a (DİRUG) bakıldığında, Alman kanun koyucusunun online şirket kuruluşuna ilişkin iç hukuk kurallarını düzenlerken oldukça ihtiyatlı davrandığı; yalnızca yönergenin online şirket kuruluşuna ilişkin öngördüğü zorunlu uygulama kapsamını dikkate aldığı ve Dij.Yön. m 13g (1), c 2'de üye devletlere tanınan uygulama dışı bırakma serbestisinden (Opt-out-Option) büyük ölçüde faydalandığı görülmektedir. Zira Kanun'da online kuruluş imkanı yalnızca limited şirketler (GmbH) ve Alman hukukunda limited şirketin bir çeşidi olarak düzenlenmiş olan UG (Unternehmersgesellschaft) için öngörülmüş olup (§ 2 f 3 GmbHG); anonim şirketler (AG) ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler (KGaA) kapsam dışı bırakılmıştır. Alman doktrini de yönerge ile getirilen online kuruluş imkanının tüm sermaye şirketlerini kapsar şekilde düzenlenmesi fikrine baştan beri karşı çıkmış; online kuruluşun ilk etapta *yalnızca limited şirketler* için öngörülmesinin uygun olacağı görüşünü savunmuştur.²⁴ Bu bağlamda özellikle Almanya'nın; İngiltere, Danimarka ve Estonya gibi ülkelerin aksine online şirket kuruluşuna ilişkin hiçbir tecrübesinin olmaması nedeniyle, ilk aşamada online kuruluş imkanının kapsamının dar tutulması gerektiği ve ancak gerekli görülmesi halinde zamanla uygulama kapsamının genişletilebileceği dile getirilmiştir.²⁵ Diğer yandan yine doktrinde, aynı sermaye ile kurulacak olan limited şirketler açısından da yönergede öngörülen serbestiden faydalanılması gerektiği ve ilk etapta online kuruluş imkanının *yalnızca nakdi sermaye* ile kurulacak olan limited şirketler açısından öngörülmesi gerektiği ifade edilmiştir.²⁶ Nitekim Kanun hazırlanırken bu

²³ İşlemin güvenilirliğinin temini sebebiyle başvuru sahibinin fiziki katılımını gerektirebilecek istisnai hallere ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz Jan Lieder, 'Die Bedeutung des Vertrauensschutzes für die Digitalisierung des Gesellschaftsrechts' (2020) NZG 81, 83 vd.

²⁴ Walter Bayer ve Jessica Schmidt, 'BB-Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport zum Europäischen Unternehmensrecht 2018/19 – Teil I: Company Law Package' (2019) BB 1922, 1923; Jens Bormann ve Peter Stelmaszczyk, 'Digitalisierung des Gesellschaftsrechts nach dem EU-Company Law Package Zum neuen EU-Rechtsrahmen für die Online-Gründung von Kapitalgesellschaften' (2019) NZG 601, 602; Kindler ve Jobst (n 16) 1550 vd; Jan Lieder, 'Digitalisierung des Europäischen Unternehmensrechts – Online-Gründung, Online-Einreichung, Online-Zweigniederlassung' (2018) NZG 1081, 1082; Christoph Teichmann, 'Digitale Gründung von Kapitalgesellschaften nach dem EU-Company Law Package' (2018) ZIP 2451, 2453; Linke (n 14) 310. Eleştiri ve karşı görüş için bkz Tim Drygala ve Tony Grobe, 'Die geplante Regelung der Onlinegründung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung – die Hälfte einer halben Lösung' (2020) GmbHR 985, 990 vd.

²⁵ Linke (n 14) 310; benzer şekilde Bayer ve Schmidt (n 24) 1923.

²⁶ Bayer ve Schmidt (n 24) 1923; Jan Birkefeld ve Stephan Schäfer, 'Gründung auf Knopfdruck? Was sich mit der EU-Digitalisierungs-Richtlinie im Gesellschaftsrecht ändert' (2019) BB 2626, 2627; Teichmann (n 24) 2453.

görüşler dikkate alınmış ve limited şirketler açısından -getirilen sermayenin türüne göre- bir sınırlama yapılarak, online kuruluş imkanı aynı sermaye taahhüdünde bulunulmamış olması şartına bağlanmıştır (§ 2 f 3 GmbHG). Dolayısıyla DİRUG kapsamında yapılan düzenlemeler uyarınca, yalnızca anonim şirket ile sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler değil, aynı sermaye getirilmesi halinde limited şirketler de online kuruluş imkanından yararlanamayacaklardır. Nitekim bir sonraki başlık altında incelenecek olduğu üzere, 01.08.2022 tarihinde yürürlüğe giren ilgili düzenlemede (§ 2 f 3 GmbHG), yalnızca nakit sermaye ile kurulan limited şirketlerin online olarak kurulmasına müsaade edilmiştir. Ancak hemen belirtelim ki, DİRUG ile yapılan düzenlemelerin yürürlüğe girmesinden kısa bir süre önce kabul edilen 15.07.2022 tarihli Kanun (DİREG) kapsamında bu konu tekrar ele alınmış ve 01.08.2023 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere, limited şirketlerde online kuruluş imkanı hem *nakdi sermaye* hem de *aynı sermaye* getirilmesi halini kapsayacak şekilde genişletilmiştir (DİREG m 6).

2. Limited Şirkette Online Kuruluş (§ 2 f 3 GmbHG)

Limited şirkette online kuruluş imkanına ilişkin ilgili kanuni değişiklik yapılmadan önce, Alman Hukukunda bir limited şirketin kurulabilmesi için, kurucuların ya da yetkili temsilcilerinin *fiziken* noter huzurunda bulunmaları ve yine noter huzurunda düzenlenen şirket sözleşmesinin kurucuların tümü ya da onların yetkili temsilcileri tarafından *fiziken* imzalanması gerekmektedir (*eski*-§ 2 GmbHG). Nitekim yönergenin direktifleri doğrultusunda limited şirketin bütünüyle *online* olarak kurulabilmesine, yani kuruluş işleminin kurucuların (ya da temsilcilerinin) fiziken noter huzurunda bulunmak zorunda olmaksızın yapılabilmesine imkan sağlamak amacıyla, § 2 GmbHG'ye yeni bir fıkra (3. fıkra) eklenmiştir. Söz konusu fıkra metni ilk olarak DİRUG kapsamında kaleme alınmış²⁷; ancak metin yürürlüğe girmeden kısa bir süre önce 15.07.2022 tarihli Kanun (DİREG) ile -online yapılması mümkün işlemlerin kapsamı genişleyecek şekilde- değiştirilmiştir. 01.08.2022 tarihi itibarıyla yürürlükte olan yeni düzenleme (§ 2 f 3 GmbHG)²⁸ şu şekildedir:

²⁷ DİRUG kapsamında kaleme alınan § 2 f 3 GmbHG (ilk) metni: “Şirket sözleşmesi ile ortakların şirketin kuruluşu kapsamında aldıkları kararların *noter* tarafından düzenlenmesi/onaylanması, *aynı sermaye taahhüdünde bulunulmaksızın* yapılan kuruluşlarda, **§§ 16a ilâ 16e BeurkG hükümleri** kapsamında *görüntülü iletişim* (Videokommunikation) yoluyla da gerçekleştirilebilir. Bu durumda sözleşmenin imzalanması bağlamında, 1. fıkranın 2. cümlesinden farklı olarak, görüntülü iletişim yoluyla işleme katılan ortakların **nitelikli elektronik imzaları** yeterli olur. Şirketin görüntülü iletişim yoluyla kuruluşu, fıkra (1a)'da ifade edilen basitleştirilmiş prosedür yoluyla ya da Ek 2'de belirtilen **standart protokoller** kullanılmak suretiyle de gerçekleştirilebilir. Ek 2'de belirtilen standart protokollerin kullanılması halinde, fıkra (1a)'nın 3 ilâ 5. cümleleri de uygun düşüğü stirece uygulama alanı bulur.”

²⁸ § 2 f 3 GmbHG: “Die notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrags kann im Fall einer Gründung ohne Sacheinlagen auch mittels Videokommunikation gemäß den §§ 16a bis 16e des Beurkundungsgesetzes erfolgen. In diesem Fall genügen abweichend von Absatz 1 Satz 2 für die Unterzeichnung die qualifizierten elektronischen Signaturen der mittels Videokommunikation an der Beurkundung teilnehmenden Gesellschafter. Sonstige Willenserklärungen, welche nicht der notariellen Form bedürfen, können mittels Videokommunikation gemäß den §§ 16a bis 16e des Beurkundungsgesetzes beurkundet werden; sie müssen in die nach Satz 1 errichtete elektronische Niederschrift aufgenommen werden. Satz 3 ist auf einstimmig gefasste Beschlüsse entsprechend anzuwenden. Die Gründung mittels Videokommunikation kann auch im Wege des vereinfachten Verfahrens nach Absatz 1a oder unter Verwendung der in Anlage 2 bestimmten Musterprotokolle erfolgen. Bei Verwendung der in Anlage 2 bestimmten Musterprotokolle gilt Absatz 1a Satz 3 bis 5 entsprechend.”

“(3) Şirket sözleşmesinin **noter** tarafından düzenlenmesi/onaylanması, **ayni sermaye taahhüdünde bulunulmaksızın** yapılan kuruluşlarda, §§ 16a ilâ 16e BeurkG hükümleri kapsamında **görüntülü iletişim (Videokommunikation)** yoluyla da gerçekleştirilebilir. Bu durumda sözleşmenin imzalanması bağlamında, 1. fıkranın 2. cümlesinden farklı olarak, görüntülü iletişim yoluyla işleme katılan ortakların **nitelikli elektronik imzaları** yeterli olur. Noter tarafından düzenlenmesi zorunlu olmayan **diğer irade beyanları**, §§ 16a ilâ 16e BeurkG hükümleri kapsamında görüntülü iletişim (Videokommunikation) yoluyla onaylanabilir; bunlar 1. cümle uyarınca oluşturulan elektronik belge içine dahil edilir. 3. cümle **oybirliği ile alınan kararlar** açısından kıyasen uygulanır. Şirketin görüntülü iletişim yoluyla kuruluşu, fıkra (1a)’da ifade edilen basitleştirilmiş prosedür yoluyla ya da Ek 2’de belirtilen **standart protokoller** kullanılmak suretiyle de gerçekleştirilebilir. Ek 2’de belirtilen standart protokollerin kullanılması halinde, fıkra (1a)’nın 3 ilâ 5. cümleleri de uygun düştüğü sürece uygulama alanı bulur.”

Dikkat edilecek olursa § 2 f 3, c 1 GmbHG uyarınca online kuruluş imkanı, yalnızca nakdi sermaye ile gerçekleştirilen kuruluşlar için söz konusudur. Ancak bu sınırlandırma yalnızca 31.07.2023 tarihine kadar geçerli olacaktır. Çünkü 15.07.2022 tarihli Kanun (DİREG) kapsamında yapılan düzenleme ile bu ayırım kaldırılmış ve 01.08.2023 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere, limited şirketlerde online kuruluş imkanı hem *nakdi sermaye* hem de *ayni sermaye* getirilmesi halini kapsayacak şekilde genişletilmiştir (DİREG m 6).

Bu düzenlemenin yanı sıra, kuruluşun *temsilci* vasıtasıyla gerçekleştirilmek istenmesi halinde, temsil belgesinin de tarafların noter huzurunda bulunmasına gerek olmadan online olarak verilmesine olanak sağlamak amacıyla, § 2 GmbHG f 2’ye de bir cümle eklenmiştir.²⁹ Zira § 2 f 2 c 1 GmbHG uyarınca, şirket sözleşmesinin temsilci tarafından imzalanabilmesi için, noter tarafından düzenlenmiş veya onaylanmış bir temsil belgesinin varlığı gerekmektedir. Nitekim 2. fıkraya eklenen 2. cümle ile, temsil belgesinin de §§ 16a ilâ 16e BeurkG hükümleri kapsamında *görüntülü iletişim (Videokommunikation)* yoluyla gerçekleştirilebilmesine imkan tanınmıştır (§ 2 f 2, c 2 GmbHG).

Alman hukukunda şirket kuruluşunun güvenilir bir şekilde gerçekleştirilmesi, bu anlamda katılımcıların kimlik ve imzalarının kontrolü ve ayrıca gereği gibi bilgilendirilmeleri açısından **noterler** oldukça önemli bir görev icra etmektedirler. Geleneksel kuruluş işleminde, sözleşme metni noter huzurunda ilgililere/işleme katılanlara *okunur*, akabinde düzenlenen belge ilgililer tarafından *onaylanır* ve *imzalanır* (§ 13 BeurkG). Bu prosedürün amacı, hazırlanan belgenin katılımcılar ve noter tarafından kelime kelime kontrol edilmesi ve böylece katılımcıların belgenin içeriği hakkında detaylı bir şekilde bilgi edinmelerinin sağlanmasıdır.³⁰ Metnin katılımcılara bütünüyle okunması, söz konusu belgenin geçerlilik şartıdır.³¹ Diğer

²⁹ Bu düzenleme, 15.07.2022 tarihli Kanun (DİREG m 5) ile yapılmıştır. BGBl. I 2022, Nr. 26 (21.07.2022) 1146.

³⁰ Martin Kindler, *Beck’sches Notar-Handbuch* (7. Bası, C.H.BECK 2019) § 31 N 275; ayrıntılı açıklama için ayrıca bkz Rainer Kanzleiter, ‘Das Vorlesen der Niederschrift’ (1997) DNotZ 261, 262.

³¹ Kindler (n 30) § 31 N 276.

yandan katılımcıların kimlik bilgilerinin ve imzalarının gerçeğe uygunluğunun sağlanması ve böylece işlemin güvenilir bir şekilde yerine getirilmesi açısından da, noterler şirket kuruluşunda son derece önemli bir görev icra etmektedirler. Söz konusu Kanun'un (DİRUG) hazırlık çalışmaları esnasında, Alman doktrininde işlem güvenliğinin sağlanması açısından noterlerin online şirket kuruluşunda daha da önemli hale geleceği; dolayısıyla geleneksel kuruluş usulünde noter tarafından gerçekleştirilmesi öngörülen işlemlerin, online kuruluş işleminde de aynı şekilde yerine getirilmesinin gerekli olduğu özellikle dile getirilmiştir.³² Nitekim Alman kanun koyucusu ilgili düzenlemeyi kaleme alırken, online şirket kuruluşu işlemlerinde de -tıpkı klasik usulde olduğu üzere- **noterin** katılımını zorunlu kılmış; işlemlerin online olarak gerçekleştirilmesini mümkün hale getirmek için söz konusu işlemlerin görüntülü iletişim yoluyla gerçekleştirilmesine müsaade etmiştir (§ 2 f 3 GmbHG).

Sonuç olarak, Alman limited şirketler hukukunda yapılması öngörülen geleneksel kuruluş işlemleri, online kuruluş prosedürü açısından da aynen uygulama alanı bulacak olup; tek fark söz konusu işlemlerin tarafların fiziki katılımı olmaksızın, teknolojik imkanların kullanılması suretiyle uzaktan (görüntülü iletişim yoluyla) yerine getirilebilecek olmasıdır. Bir başka ifadeyle, Alman hukukunda kuruluş işlemlerinin noter vasıtasıyla yürütülmesi kuralından vazgeçilmemiş; bunun yerine mevcut düzenlemelerin işlemlerin online olarak yürütülebilmesini sağlayacak şekilde modifiye edilmesi yoluna gidilmiştir. Özellikle klasik şirket kuruluşunda noterin üstlenmiş olduğu rol, online şirket kuruluşunda da aynen devam etmektedir. Aşağıda ayrıntılı olarak irdelenecek olduğu üzere, noter klasik kuruluş işlemlerinde olduğu gibi online şirket kuruluşunda da şirket sözleşmenin düzenlenmesi, tarafların bilgilendirilmesi ve aydınlatılması, kimlik tespiti ve imzaların gerçekliğinin kontrolü gibi işlemlerin yerinde getirilmesinde etkili olmaya; böylece kötü niyetli ve hukuka aykırı şirket kuruluşlarının engellenmesinde önleyici ve koruyucu bir rol oynamaya devam edecektir. Bu açıdan bakıldığında, DİRUG'da yönergenin online şirket kuruluşuna ilişkin kuralların belirlenmesi açısından üye ülkelere tanıdığı geniş düzenleme yetkisinden faydalandığı ve bu bağlamda Alman şirketler hukukuna hakim temel prensiplerin büyük ölçüde korunduğu söylenebilecektir.

3. Online Kuruluş Prosedürü

a. Online Görüntülü İletişim Sistemi ("Online-Videokommunikationssystem")

Bir önceki başlık altında da ifade edildiği üzere, Alman hukukunda limited şirketin online olarak kurulmasına imkan sağlama amacına yönelik yeni düzenleme (§ 2 f 3

³² Lieder (n 24) 1087; Jessica Schmidt, 'EU Company Law Package 2018: Mehr Digitalisierung und Mobilität von Gesellschaften (Teil 1)' (2018) Der Konzern 229, 231; Ralf Knaier, 'Digital first, Bedenken second?' (2018) GmbHR 560, 566 ve 570; benzer şekilde Bormann ve Stelmaszczyk (n 24) 608 vd; Noack (n 22) 1325 vd.

GmbHG) ile klasik kuruluş prosedürü için gerekli olan, örn. noterin katılımı, belgenin noterce düzenlenmesi, kimlik kontrolü ve benzeri maddi unsurlardan vazgeçilmemiş; yalnızca söz konusu kuruluş işlemlerinin icra ediliş *şeklinde/usulünde* teknolojik bazlı değişiklikler öngörülmek suretiyle, kuruluş işlemlerinin tarafların fiziki katılım zorunluluğu olmaksızın online olarak “görüntülü iletişim sistemi” (“*Online-Videokommunikationssystem*”) üzerinden yerine getirilmesi mümkün kılınmıştır. Noter ve kurucular (veya temsilcileri), görüntülü iletişim sistemi vasıtasıyla birbirleri ile görüntülü olarak sanal ortamda buluşabilecekler ve böylece kuruluşa ilişkin noter işlemleri, ilgililerin noter huzurunda şahsen hazır bulunmalarına gerek olmaksızın, uzaktan ve online olarak gerçekleştirilebilecektir.³³

Görüntülü iletişim sistemi üzerinden gerçekleştirilecek olan kuruluş işlemlerinin nasıl yürütüleceği hususu ise “*Görüntülü İletişim Yoluyla Noter Onayı; Elektronik Belge*” başlığı altında kaleme alınan §§ 16a ilâ 16e BeurkG maddeleri ile ayrıntılı olarak düzenleme altına alınmıştır.³⁴ Bu düzenlemeler ile kısaca, noter ile tarafların görüntülü iletişim sistemi üzerinden buluşması, ilgili bilgilendirme ve aydınlatmaların bu sistem üzerinden görüntülü olarak yapılması, gerekli belgelerin elektronik ortamda düzenlenmesi ve imzaların elektronik ortamda icra edilmesi gibi birden fazla teknolojik bazlı yenilik sisteme dahil edilmiş; böylece online kuruluş işlemi için öngörülen prosedürün geçerli bir şekilde uygulanabilirliğinin hukuki alt yapısı oluşturulmuştur.³⁵ Nitekim bu düzenlemeler uyarınca, klasik şirket kuruluşunda noter huzurunda gerçekleşen tüm işlemler, noter huzurunda şahsen bulunma zorunluluğu olmaksızın, bütünüyle online olarak görüntülü iletişim sistemi üzerinden gerçekleştirilebilecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, §§ 16b ilâ 16e BeurkG arasında online usulde uygulanmak üzere düzenlenmiş olan hükümlerde özel bir uygulama öngörülmemiş olduğu sürece, geleneksel usul için, yani katılımcıların ve noterin fiziksel olarak bir araya geldiği hallerde uygulanmak üzere öngörülmüş olan genel düzenlemeler (§§ 8 -16 BeurkG), elektronik olarak hazırlanan belge açısından da aynen uygulanacaktır.³⁶

Söz konusu görüntülü iletişim sistemini kurma ve yürütme görevi, Federal Noterler Odası’na (*Bundesnotarkammer*) verilmiştir (§ 78 I 2 Nr 10 BNotO). Sistemi kurma ve yürütme görevinin yalnızca Federal Noterler Odası’na verilmesinin nedeni, sistem üzerinden yapılan görüşmelerin ve dolayısıyla kişisel verilerin gizliliğinin güvence altına alınması gayesidir.³⁷ Zira gerekçede, Federal Noterler Odası’nın, görevini Federal Adalet ve Tüketicinin Korunması Bakanlığı’nın gözetimi altında icra eden

³³ Johannes Halder, ‘Online-Gründung und Online-Einreichung von Unterlagen nach dem Company Law Package sowie deren Umsetzung in deutsches Recht’ (2020) NJOZ 1505, 1510.

³⁴ DİRUG-Gereke, BT- Drucksache 19/28177, 114 vd.

³⁵ DİRUG-Gereke, BT- Drucksache 19/28177, 114.

³⁶ DİRUG-Gereke, BT- Drucksache 19/28177, 117.

³⁷ Tobias Keller ve Kevin Schümmer, ‘Digitale GmbH-Gründung’ (2021) NZG 573, 574.

bir kamu kurumu olarak, görüntülü iletişim sisteminin güvenli bir şekilde işle(til)mesi ve böylece sistemin güvenilirliğinin sağlanması açısından en uygun kurum olduğu; dolayısıyla da sistemin kurulması ve yürütülmesi görevinin Federal Noterler Odası'na emanet edilmesinin doğru olacağı belirtilmiştir.³⁸ Bu bağlamda, kişisel verilerin güvenliği ve korunmasının son derece önem arz ettiği böyle bir sistemin organizasyonunun, özel bir üçüncü kişiye bırakılmasının doğru olmayacağı da özellikle vurgulanmıştır. Sonuç olarak, online kuruluşta noter işlemlerinin mutlaka Federal Noterler Odası tarafından kurulmuş olan görüntülü iletişim sistemi üzerinden yapılması zorunlu olup; başka bir görüntülü iletişim sistemi üzerinden yapılan noter işlemleri geçerli olmayacaktır.³⁹

b. Elektronik Belge, Nitelikli Elektronik İmza

Yukarıda da ifade edildiği üzere, görüntülü iletişim sistemi üzerinden gerçekleştirilecek olan kuruluş işleminde, taraf iradelerinin kayıt altına alınması ve benzeri noter işlemlerinin nasıl yürütüleceği hususu, §§ 16a ilâ 16e BeurkG maddeleri ile düzenleme altına alınmıştır.⁴⁰ Nitekim § 16b BeurkG hükmünde, online usulde elektronik belge düzenlenmesine ve oluşturulmasına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Buna göre online kuruluş sisteminde noter, görüntülü iletişim sistemi ile gerçekleştirilen müzakerenin elektronik bir kaydını (e-Niederschrift) tutacak (§ 16b (1), c 1 BeurkG) ve bu belge taraflarca nitelikli elektronik imza ile imzalanacaktır (§ 16b (4) 1 BeurkG). Bu durumda elektronik imza fiziksel olarak atılan, yani ıslak imza ile aynı hukuki sonucu doğuracaktır.

Nitelikli elektronik imza, AB'nin 910/2014 sayılı Elektronik Kimlik Belirleme ve Güven Hizmetleri Tüzüğü (eIDAS)⁴¹ m 3, N 11 ve 12 hükümleri kapsamında belirlendiği üzere, nitelikli elektronik imza oluşturma birimi tarafından oluşturulan ve elektronik imzalar için nitelikli bir sertifikaya dayanan, eIDAS m 26 anlamında gelişmiş bir elektronik imzadır.⁴² Üye ülkelerdeki nitelikli elektronik imza oluşturma birimleri/kurumları, bir liste halinde Avrupa Komisyonu'nun ilgili web sitesinde yayınlanmaktadır.⁴³ Nitekim Almanya'da görüntülü iletişim sistemi vasıtasıyla online limited şirket kurmak isteyen girişimciler, öncelikli olarak kendilerine bir nitelikli elektronik imza temin etmekte zorundadırlar.

³⁸ DİRUG-Gereke, BT, Drucksache 19/28177, 110.

³⁹ DİRUG-Gereke, BT- Drucksache 19/28177, 114 vd.

⁴⁰ DİRUG-Gereke, BT- Drucksache 19/28177, 114 vd.

⁴¹ Verordnung (EU) Nr 910/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23 Juli 2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG (ABl L 257, 28.8.2014, 73).

⁴² Keller ve Schümmer (n 37) 574 vd. Elektronik Kimlik Belirleme ve Güven Hizmetleri Tüzüğü'nde (eIDAS), "basit", "gelişmiş" ve "nitelikli" elektronik imza olmak üzere birbiri üzerine kurulan üç seviye imza tanımlanmıştır. Söz konusu elektronik imza seviyelerine ilişkin açıklamalar için bkz Merve Melis Şimşek, Tuğba Özcan, Tamer Ergun ve Vural Çelik, 'Elektronik İmza Seviyeleri' (2019) 2(2) Bilgi Yönetimi Dergisi 135, 138 vd.

⁴³ <https://webgate.ec.europa.eu/tl-browser/#/>

c. Elektronik Kimlik Tespiti

Daha önce de belirtildiği üzere, yönergede her ne kadar online kuruluş işlemlerine ilişkin ayrıntılı düzenleme yapma yetkisi üye devletlere bırakılmış olsa da, Avrupa kanun koyucusu online prosedürde meydana gelebilecek olan muhtemel sahtecilik ve kötü niyetli uygulamaları engellemek amacıyla, üye devletleri bazı hususlarda düzenleme yapmakla yükümlü kılmıştır.⁴⁴ Bu hususlardan bir tanesi, online işleme katılanların kimliklerinin güvenilir bir şekilde tespit edilmesidir. Bu bağlamda yönergede, güvenilirliğin sağlanması amacıyla üye devletler, hem ulusal hem de sınır ötesi kullanıcılara AB'nin 910/2014 sayılı Elektronik Kimlik Belirleme ve Güven Hizmetleri Tüzüğü (eIDAS)⁴⁵ uyarınca güvenli elektronik kimlik doğrulama ve güvenlik hizmetlerinin kullanımı imkanını sağlamakla yükümlü kılınmışlardır (Dij. Yön. m 13g (3), bend b, c).⁴⁶ Ayrıca üye devletlerin, sınır ötesi elektronik kimlik tespitini mümkün kılmak için, izin verilmiş elektronik kimlik tespiti araçlarını kullanan elektronik tanımlama sistemlerini de kurmakla yükümlü oldukları ifade edilmiştir.⁴⁷

Nitekim Alman hukukunda, görüntülü iletişim sistemi üzerinden gerçekleştirilecek olan noter işlemlerinde, elektronik kimlik tespit/doğrulama araçlarının kullanılmasını mümkün kılmak üzere “*Online Görüntülü İletişim Yoluyla Kimlik Tespiti*” yan başlığı altında özel bir hüküm kaleme alınmıştır (16c BeurkG).⁴⁸ Söz konusu düzenlemede, görüntülü iletişim sistemi üzerinden gerçekleştirilecek olan noter işlemlerinde katılımcıların kimlik tespitinin, notere elektronik olarak iletilen bir fotoğraf ve § 16c No 1 ya da § 16c No 2’de teker teker saymak suretiyle belirtilen elektronik kimlik tespit/doğrulama araçlarından birisinin kullanılması suretiyle yapılacağı ifade edilmiştir. Kısaca belirtmek gerekirse, § 16 c No 1’de belirtilenler ilgili Alman kanunları uyarınca düzenlenmiş olan elektronik kimlik doğrulama araçları; § 16 c No 2’de belirtilenler ise, başka bir AB üyesi devlet tarafından eIDAS hükümleri uyarınca, sınır ötesi kimlik tespiti amacıyla verilen ve “yüksek” güvenlik seviyesine sahip elektronik kimlik doğrulama araçlarıdır.⁴⁹

d. Fiziki ve Online (Karma) Katılım İmkânı

§ 16e BeurkG hükmü uyarınca, online kuruluş işleminde tarafların hepsinin görüntülü iletişim sistemine katılma zorunlulukları bulunmamaktadır. Kurulaşa

⁴⁴ Bkz III., A., 2.

⁴⁵ Verordnung (EU) Nr 910/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG (ABl L 257, 28.8.2014, 73).

⁴⁶ Dij.Yön.-Gereke m (10) ve (20) vd.

⁴⁷ Dij.Yön.-Gereke m (10).

⁴⁸ DİRUG-Gereke, BT-Drucksache 19/28177, 120 vd.

⁴⁹ Her bir AB üyesi devletin elektronik kimlik tespiti prosedürleri ile bunların koruma seviyelerine ilişkin güncel bilgiler ve bu anlamda üye devletlerce yapılan değişiklikler, AB Resmi Gazete’sinde yayınlanır. Örneğin Almanya’daki güncel duruma ilişkin bilgiler 14.12.2020’de değiştirilmiş olup, AB Resmi Gazetesinde yayınlanmıştır. Bkz ABI EU 2020/C 432/07.

ilişkin noter işlemleri katılımcıların bazılarının noter huzurunda fiziken hazır bulunması, bazılarının ise görüntülü iletişim sistemi üzerinden online olarak işleme dahil olmaları suretiyle *karma* şekilde gerçekleştirilebilecektir (“*gemischte Beurkundung*”). Ancak bu durumda, görüntülü iletişim sistemi üzerinden hazırlanacak olan elektronik belgenin yanı sıra, noterde fiziki olarak hazır bulunan katılımcılar için -elektronik belge ile aynı içeriğe sahip- ayrı bir belge daha hazırlanacak (§ 16e (1), c 1 BeurkG); noter işlemlerinin karma şekilde gerçekleştirildiği hususu her iki belgede de (elektronik belge ve fiziki belge) özel olarak belirtilerek, söz konusu belgeler birlikte saklanacaktır.

e. Standart Online-Kuruluş Protokolü (“Musterprotokoll”)

Yönerge ile üye devletlere getirilen “standart kuruluş protokolü” hazırlama/sunma yükümlülüğü (Dij.Yön. m 13h), şirketin görüntülü iletişim yoluyla kuruluşunun *fikra (1a)*’da ifade edilen basitleştirilmiş prosedür yoluyla ya da *Ek 2*’de belirtilen standart protokoller kullanılmak suretiyle gerçekleştirilebileceği yönündeki düzenleme (§ 2 f 3, c 5 GmbHG) ile yerine getirilmiştir.⁵⁰ Bu kapsamda bir tanesi tek kişi tarafından kurulacak olan, diğeri ise birden fazla kişi tarafından kurulacak olan limited şirketlerde kullanılmak üzere iki adet standart kuruluş protokolü hazırlanmış ve § 2 GmbHG hükmüne eklenmiştir.⁵¹ Böylece kurucular, söz konusu protokollerini kullanmak suretiyle Almanya’da görüntülü sistem üzerinden bir limited şirket kurabileceklerdir.

Ancak dikkat edilecek olursa, hükümden online kuruluşun -*Ek 2*’de belirtilen standart protokollerin yanı sıra- *fikra (1a)*’da ifade edilen basitleştirilmiş prosedür yoluyla da gerçekleştirilebileceği ifade edilmiştir. Buna göre görüntülü iletişim yoluyla yapılan kuruluşlarda, yönerge uyarınca online kuruluşta kullanılmak amacıyla hazırlanmış olan *standart protokoller* kullanılabilir gibi, § 2 f 1a GmbHG düzenlemesi uyarınca hali hazırda kullanılmakta olan kuruluş protokolü de kullanılabilir.⁵² § 2 f 1a GmbHG altında düzenlenmiş olan kuruluş protokolü, limited şirketlerin kuruluşunun kolaylaştırılması amacıyla 2008 tarihinde MoMiG⁵³ ile Alman Limited Şirketler Hukuku’na dahil edilen bir uygulamadır.⁵⁴ Söz konusu protokolün kullanılarak yapıldığı şirket kuruluşları, § 105 f 6 GNotKG özel düzenlemesi uyarınca bazı tescil masraflarından muaftırlar.⁵⁵ Ancak hemen belirtelim ki, bu kuruluş protokolü en fazla üç ortağı ve bir yöneticisi olan limited şirketlerin kuruluşunda uygulanabilecek olup, daha fazla ortağı ve yöneticisi olan şirketler açısından kullanılamayacaklardır.

⁵⁰ Birçokları yerine yalnızca bkz Heribert Heckschen ve Korina Strnad, ‘Aktuelle Entwicklungstendenzen des Gesellschaftsrechts (Teil 2)’ (2021) GWR 195, 196.

⁵¹ Standart kuruluş protokol metinleri için bkz BGBl I 2021, 3338, 3364 vd.

⁵² DİRUG-Gerekçe, BT-Drucksache 19/28177, 162; Heckschen ve Strnad (n 50) 196.

⁵³ “Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen”, BGBl I. 2026.

⁵⁴ Birçokları yerine yalnızca bkz Holger Altmepfen, *Holger/Altmepfen, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) Kommentar* (10. Bast, C.H.BECK 2021) § 2 N 56.

⁵⁵ Buna ilişkin olarak ayrıca bkz Altmepfen (n 54) § 2 N 66.

Dolayısıyla § 2 f 1a GmbHG düzenlemesi kapsamındaki kuruluş protokolü, ancak belirtilen sayılara uygun ortak ve yöneticiye sahip olan limited şirketlerin online kuruluşunda gündeme gelecektir. Yönerge kapsamında hazırlanmış olan standart kuruluş protokollerinde ise böyle bir sınırlama öngörülmemiştir.⁵⁶ Ancak hemen belirtelim ki, bu protokoller § 105 f 6 GNotKG hükmü kapsamında yer almadıkları için, kurucuların tescil masraflarına ilişkin söz konusu muafiyetten faydalanmaları mümkün olmayacaktır.⁵⁷

Diğer yandan, § 2 f 1a GmbHG kapsamındaki kuruluş protokolü için öngörülmuş olan § 2 f 1a, c 3 ilâ 5 GmbHG hükümleri, yönerge kapsamında özel olarak online kuruluşta kullanılmak üzere hazırlanan standart kuruluş protokolleri açısından da uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, söz konusu protokollerde kanundan (GmbHG) sapan düzenlemeler öngörülemeyecek, protokoller aynı zamanda ortaklar listesi olarak kabul edilecek ve kanunda şirket sözleşmesi için öngörülmuş olan tüm düzenlemeler bu protokoller açısından da aynen geçerli olacaktır (§ 2 f 3 c 6 GmbHG).

Ayrıca belirtmek gerekir ki, § 2 f 1a GmbHG düzenlemesi kapsamındaki kuruluş protokolünde olduğu üzere, yönerge kapsamında hazırlanmış olan standart kuruluş protokollerinde de, hem gerçek kişiler hem de tüzel kişiler kurucu olarak yer alabileceklerdir.

4. Fiziki Katılım Zorunluluğu

Katılımcıların talep etmesi halinde noter, kuruluş işlemlerini görüntülü iletişim sistemi üzerinden gerçekleştirecektir (§ 16a (1) BeurkG). Ancak Alman kanun koyucusu yönergede tanınan imkandan⁵⁸ faydalanmak suretiyle, bu kurala güvenlik amaçlı bir istisna getirmiştir.⁵⁹ § 16a (2) BeurkG hükmünde, noterin yerine getirmekle yükümlü olduğu görevlerini görüntülü iletişim sistemi üzerinden yapmasının mümkün olmadığı durumlarda, özellikle katılımcılardan birinin kimlik tespitinin yapılamaması ya da hak veya fiil ehliyetinin bulunup bulunmadığı hususunda şüpheye düşmesi halinde, görüntülü iletişim sistemi üzerinden kuruluş işlemlerini yapmayı reddedeceği açık bir şekilde ifade edilmiştir. Dikkat edilecek olursa düzenlemede, önce “*noterin yerine getirmekle yükümlü olduğu görevlerini görüntülü iletişim sistemi üzerinden yapmasının mümkün olmadığı durumlarda*” şeklinde yoruma açık geniş bir ifade kullanılmış; devamında ise “*özellikle*” demek suretiyle yönergede istisna kapsamında olduğu belirtilen durumlardan (Dij.Yön. m 13b (4); 13g (8)) örnekler verilmiştir. Hükmün gerekçesinde, bu örneklerin sınırlı sayıda *olmadığı*; noterin tıpkı yüz yüze yapılan işlemlerde olduğu üzere görüntülü sistem üzerinden

⁵⁶ DİRUG-Gerekeçe, BT-Drucksache 19/28177, 162.

⁵⁷ DİRUG-Gerekeçe, BT-Drucksache 19/28177, 162.

⁵⁸ Dij.Yön. m 13b (4) ve m 13g (8); bu düzenlemelere ilişkin açıklamalar için bkz III., A., 4.

⁵⁹ DİRUG-Gerekeçe, Drucksache 19/28177, 116.

gerçekleştirilen işlemlerde de görevini noter işlemlerinin yürütülmesine ilişkin genel hükümlerde belirtildiği şekilde ve kalitede yerine getirebilmesi gerektiği; online olarak gerçekleştirilen kuruluş işlemlerinin nitelik açısından fiziki katılımı yapılan işlemlerin gerisinde kalmasının kabul edilemeyeceği açık bir şekilde ifade edilmiştir.⁶⁰ Bu açıklamaları takiben, hükümde örnek olarak sayılan ihtimaller dışında ayrıca somut olay koşullarında noterin, örneğin teknik sebeplerden ötürü § 17 BeurkG’de belirtilen kontrol ve tarafları aydınlatma gibi görevlerini gereği gibi yerine getirmesinin mümkün olmaması halinde, işlemin online olarak yapılmasını reddedip ilgililerin fiziki katılımını talep edebileceği belirtilmiştir.⁶¹ Bu bağlamda gerekçede, özellikle yönergenin üye devletlerin ulusal hukuk düzenlemelerine müdahale edilmediği yönündeki ifadelerine atıf yapılarak (Dij.Yön. m 13c (2)), fiziki katılımın öngörüldüğü hallerde uygulanan genel kuralların online olarak gerçekleştirilecek olan noter işlemleri açısından da aynı şekilde uygulanması yönündeki talebin, söz konusu yönerge ile de uyumlu olduğu özellikle vurgulanmıştır.⁶²

IV. Belge ve Bilgilerin Online İbrazı

A. Yönergenin Direktifleri

Yönergede online şirket kuruluşu dışında düzenleme altına alınan bir diğer önemli husus ise, belge ve bilgilerinin de online olarak ticaret siciline ibraz edilebilmesi olanağıdır. AB kanun koyucusu burada da yine -online kuruluşta olduğu gibi- dijital enstrüman ve yöntemlerden yararlanmak suretiyle, şirketler açısından gündeme gelebilecek olan masrafların ve sürelerin olabildiğince azaltılması amacını gütmektedir.⁶³ Nitekim bu amaca yönelik olarak Dij.Yön. m 13j (1), c 1’de ilk olarak üye devletler, Şir.Huk.Yön. m 14’te⁶⁴ atıfta bulunulan *belge* ve *bilgiler* ile bunlarda meydana gelen *değişikliklerin*, şirketin kayıtlı olduğu üye devletin mevzuatı tarafından belirlenen süreler içinde online olarak sicile sunulması imkanını temin etmekle yükümlü kılınmışlardır. Düzenlemenin devamında üye devletlerin, başvuru sahibinin -Dij.Yön. m 13b (4) ve Dij.Yön. m 13g (8)’de belirtilen istisnai haller⁶⁵ saklı kalmak kaydıyla- ulusal mevzuat uyarınca online ibraz prosedürünün yürütülmesi ile görevli olan memur, kişi ya da kurum karşısında şahsen bulunmak zorunda olmaksızın, ibraz işleminin tamamen online olarak yapabildiğini temin etmek zorunda oldukları açık bir şekilde belirtilmiştir (Dij.Yön. m 13j (1), c 2). Bu ikinci cümle ile ifade edilmek istenen, başvuru sahibinin -yukarıda belirtilen haller saklı kalmak kaydıyla-

⁶⁰ DİRUG-Gerekçe, BT-Drucksache 19/28177, 116.

⁶¹ DİRUG-Gerekçe, BT-Drucksache 19/28177, 116 vd.

⁶² DİRUG-Gerekçe, BT-Drucksache 19/28177, 116 vd. Buna ilişkin olarak ayrıca bkz Halder (n 33) 1511.

⁶³ Dij.Yön.-Gerekçe, m (26).

⁶⁴ 2017/1132 sayılı Şirketler Hukuku Yönergesi’nin 14. maddesinde “Belge ve Bilgileri Açıklama Yükümlülüğü” başlığı altında, şirketlerin açıklamakla yükümlü oldukları belge ve bilgiler teker teker sayılmıştır.

⁶⁵ Bkz III., A., 4.

ulusal hukuk düzenlemesi sebebiyle ilgili üye devletin online ibraz yetkili kurumu (örn. noter) karşısında *fiziken bulunmak zorunda olmaksızın* gerekli işlemlerin online olarak gerçekleştirilebilmesinin temin edilmesidir.⁶⁶ Zira Dij.Yön. ile değişikliğe uğramadan önceki 2017/1132 sayılı Şirketler Hukuku Yönergesi'nin ilgili maddesine (m 16 (3)) bakılacak olduğunda, esasen Dij.Yön. ile yapılan değişiklik öncesinde de zaten belge ve bilgilerin (yetkili kurum tarafından) elektronik olarak sicile ibraz edilme imkanının tanınmış olduğu görülmektedir. Dolayısıyla Dij.Yön.'nün yukarıda belirtilen cümlesi ile (Dij.Yön. m 13j (1), c 2) vurgulanmak istenen, başvuru sahibinin, örneğin ibraz edilecek belgedeki imzanın noter tarafından tasdik edilmesi gibi bir ulusal hukuk kuralı gereğince, fiziki olarak başvurunun yapıldığı ülkede ve noter (veya yetkili başka bir kurum/kişi) huzurunda bulunmasının zorunlu kılınamayacağı; ibraz için gerekli olan tüm işlemlerin noter ile başvuru sahibi arasında elektronik olarak gerçekleştirilmesinin mümkün hale getirilmesidir. Böylece belgelerin, başvuru sahibinin ilgili işlemlerin hiçbir aşamasında fiziken noter (ya da ulusal mevzuat uyarınca yetkili başka bir kurum) huzurunda fiziken bulunmasına gerek olmaksızın, online olarak sicile ibrazının sağlanması amaçlanmaktadır.⁶⁷ Sonuç olarak söz konusu düzenleme uyarınca, online kuruluşta olduğu gibi belgelerin online olarak ibraz edilmesi açısından da başvuru sahibi, *yalnızca* Dij.Yön. m 13b (4) ve 13g (8)'de belirtilen şüpheli hallerde başvurunun yapıldığı ülkenin ilgili makamı huzurunda şahsen hazır bulunmakla yükümlü tutulabilecek; bu istisnai haller dışında başvuru sahibinin -ibrazın gerçekleştirilebilmesi açısından öngörülen bir ulusal düzenleme sebebiyle- ilgili makam huzurunda bulunma zorunluluğu bulunmaksızın, Şir.Huk.Yön. m 14'te atıfta bulunulan *belge* ve *bilgiler* ile bunlarda meydana gelen *değişikliklerin* online olarak sicile ibraz edilebilirliği üye ülkelerce temin edilecektir.⁶⁸ Böylece bir AB ülkesinde bulunan kişi, bulunduğu yerden bir başka AB ülkesinde online olarak bir (limited) şirket kurabilecek ve gerekli belgelerin online olarak sicile ibrazı ile birlikte söz konusu şirketin sicile tescilini sağlayabilecektir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, online kuruluş imkanı Dij.Yön.'de yalnızca limited şirketler açısından zorunlu olarak öngörülmüşken; belge ve bilgilerin online olarak ibraz edilebilmesi imkanı, 2017/1132 sayılı Şirketler Hukuku Yönergesi'nin uygulama alanına giren (Ek-II'de belirtilmiş olan) tüm şirket tipleri açısından öngörülmüştür (Dij.Yön. m 13).⁶⁹ Buna göre üye devletler; anonim şirket, paylı komandit şirket ve limited şirketler açısından Şir.Huk.Yön. m 14'te belirtilen belge ve bilgiler ile bunlarda meydana gelen değişikliklerin online olarak ibraz edilebilirliğini temin etmekle yükümlüdürler. Şunu da vurgulamak gerekir ki, belge ve bilgilerin online olarak ibraz edilme imkanı yalnızca şirketin kuruluş aşaması ile sınırlı tutulmamıştır.

⁶⁶ Böhm (n 8) 579; Halder (n 33) 1509.

⁶⁷ Ayrıca bkz Böhm (n 8) 579; Halder (n 33) 1509.

⁶⁸ Halder (n 33) 1509.

⁶⁹ Böhm (n 8) 579; Bayer ve Schmidt (n 24) 1923; Halder (n 33) 1509.

Yönergenin gerekçesinde de açık bir şekilde ifade edildiği üzere, şirketin kuruluş aşamasının yanı sıra, sonrasında da, yani şirketin tüm varlığı süresi boyunca gerekli belge ve bilgileri de online olarak ibraz edebilmesi mümkün hale getirilmelidir.⁷⁰

Avrupa kanun koyucusu, belge ve bilgilerin online olarak ibrazında meydana gelmesi muhtemel kötü niyetli uygulamaların engellenmesi ve güvenlik zafiyetlerinin önüne geçilmesi açısından, Dij.Yön. m 13g (2) ilâ (5) arasındaki düzenlemelere atf yapmış (Dij.Yön. m 13j (4)); böylece online kuruluş açısından öngörülen güvenlik mekanizmalarının online ibraz açısından da uygulanabilirliğini sağlamak istemiştir. Buna göre, üye devletler Dij.Yön. m 13g (3) ile online kuruluş için öngörülmüş olan zorunlu düzenlemeleri, online ibraz prosedürü açısından da yapmak zorundadırlar. Dij.Yön. m 13g (4)'te belirtilen tedbirlerin alıp alınmaması hususu ise -yine online kuruluştaki olduğu gibi- üye devletlerin takdirine bırakılmıştır.⁷¹ Bu doğrultuda örneğin üye devletler, online ibraz prosedürüne noterin (ya da benzer bir kişinin/kurumun) katılımının gerekli olup olmadığı hususunda kendileri karar verebileceklerdir (Dij.Yön. m 13g (4) bend c).⁷² Ayrıca belirtmek gerekir ki, üye devletlerin söz konusu prosedüre noter ya da benzeri bir kişi ya da kurumu dahil etme hakkı, esasen yönergenin “*Online Uygulamalara İlişkin Genel Belirlemeler*” başlığını taşıyan Dij.Yön. m 13c hükmünün ilk fıkrası ile de teyit edilmektedir.⁷³ Zira Dij.Yön. m 13c (1)'de üye devletlerin, yönerge kapsamında online şirket kuruluşu, belge ve bilgilerin online ibrazı ve online olarak gerçekleştirilmesi öngörülmüş olan diğer tüm işlemler açısından, kendi ulusal hukukları kapsamında görevli bir kişi veya kurum tayin etmeye yetkili oldukları; yönergenin üye devletlerin bu yetkilerine hâle getirmediği açık bir şekilde ifade edilmiştir. Ayrıca Dij.Yön. m 13c (2) ve (3)'te, yönergenin şirket belgelerinin ibrazına ilişkin olarak ulusal hukuk kapsamında öngörülen usul ve kurallar ile yine belge ve bilgilerin gerçekliği, doğruluğu, güvenilirliği ve hukuki şekline ilişkin olarak öngörülen ulusal hukuk kurallarını ortadan kaldırmadığı da özel olarak vurgulanmıştır.

B. Alman Hukuku'ndaki Düzenlemeler

Yönergenin ilgili belge ve bilgilerin online olarak sicile ibraz edilmesinin sağlanmasına yönelik yukarıda belirtilen direktifleri, Alman hukuku açısından da bazı mevzuat değişikliklerinin yapılmasını gerektirmiştir.⁷⁴ Esasen Alman hukukunda ticaret siciline yapılan tescil başvuruları ve ilgili belgelerin ibrazları, uzun bir süredir

⁷⁰ Dij.Yön.-Gerekeç, m (26).

⁷¹ Yönerge uyarınca üye devletlerin düzenleme altına almaları zorunlu olan hususlar (Dij.Yön. m 13g (3)) ile düzenlenmesi ihtiyarı olan hususlar (Dij.Yön. m 13g (4)) açısından ayrıntılı açıklama için bkz III., A., 2.

⁷² Bormann ve Stelmaszczyk (n 24) 612; Halder (n 33) 1509.

⁷³ Bormann ve Stelmaszczyk (n 24) 612.

⁷⁴ Bormann ve Stelmaszczyk (n 24) 612.

(EHUG⁷⁵ kapsamında yapılan değişiklikler neticesinde 01.01.2007'den beri) elektronik olarak yapılmaktadır (§ 12 f 1, c 1 ve f 2 HGB). Ancak sicile yapılan başvurularda, ibraz edilen belgelerin ve dolayısıyla imzaların, noter tarafından tasdik edilmiş olmaları gerekmektedir (§ 12 f 1 HGB). İmzaların noterce tasdik edilebilmesi için ise, imzanın noter huzurunda atılmış veya imzayı atan kişi tarafından yine noter huzurunda onaylanmış/kabul edilmiş olması, yani her halükârda imza sahibinin fiziken noter huzurunda bulunması gerekmektedir (§ 40 f 1 BeurkG). Görüntülü iletişim sistemi vasıtasıyla düzenlenen belgelerin ise, katılımcıların ilgili belgeleri noter huzurunda bulunmaksızın uzaktan nitelikli elektronik imza ile imzalayacak olmaları dolayısıyla, mevcut düzenleme (§ 40 f 1 BeurkG) uyarınca noterce tasdiki mümkün olmayacaktır. İşte, mevcut durumu yönergenin ilgili direktifleri ile uyumlu hale getirmek ve başvuru sahiplerinin noter huzurunda bulunma zorunluluğunu bertaraf etmek amacıyla, ilgili mevzuatta bazı değişiklikler yapılmıştır.

Ancak hemen belirtelim ki, daha önce de belirtildiği üzere Alman kanun koyucusu söz konusu yönerge kapsamında öngörülen dijital uygulamaları iç hukukuna dahil ederken, yönergede üye devletlere tanınan düzenleme serbestisinden⁷⁶ büyük ölçüde yararlanılmış; Alman Ticaret ve Şirketler Hukukunun temel ilke ve prensiplerini mümkün olduğu ölçüde korumuştur.⁷⁷ Bu bağlamda, özellikle ticaret sicilinin işlevselliğinin ve güvenilirliğinin sağlanması bakımından eskiden (yani fiziksel katılımı gerektiren manuel işlemlerde) olduğu gibi, online işlemler açısından da işlemlerin *noter* vasıtasıyla yürütülmesi kuralından vazgeçmemiş; bunun yerine mevcut düzenlemeleri, işlemlerin online olarak yürütülebilmesini sağlayacak şekilde modifiye etme yoluna gitmiştir.⁷⁸ Nitekim bu bakış açısından hareketle, imzaların noter huzurunda tasdikini öngören § 40 BeurkG düzenlemesi, ilgili kanuna eklenen § 40a BeurkG hükmü ile görüntülü iletişim sistemi üzerinden düzenlenen belgelerdeki nitelikli elektronik imzaların da noterce tasdikini mümkün hale getirecek şekilde genişletilmiştir. “*Nitelikli Elektronik İmzanın Tasdiki*” yan başlığını taşıyan § 40a BeurkG hükmünde, nitelikli elektronik imzaların noter huzurunda ya da Federal Noterler Odası tarafından yürütülen bir görüntülü iletişim sistemi aracılığı ile icra edilmiş olması halinde, noter tarafından onaylanabileceği açık bir şekilde düzenleme altına alınmıştır. Buna paralel olarak, Alman Ticaret Kanunu'nun sicile tescile ve belge ibrazına ilişkin § 12 HGB hükmü kapsamında da gerekli ek düzenlemeler yapılmıştır. Hükme eklenen yeni bir cümle ile, § 40a BeurkG hükmü uyarınca görüntülü iletişim sistemi üzerinden yapılan noter tasdikinin geçerli olduğu açık bir şekilde belirtilerek (§ 12 f 1, c 2 HGB), görüntülü iletişim sistemi vasıtasıyla düzenlenip imzalanmak

⁷⁵ “Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Untemehmensregister” (Elektronik Ticaret Sicili, Kooperatİf Sicili ve İşletme Sicili Hakkında Kanun), BGBl 2006 Teil I Nr 52, 15.11.2006. EHUG'a ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz V., B.

⁷⁶ Bkz Dij.Yön. m 13c ve 13g (4).

⁷⁷ DİRUG-Gereke, BT-Drucksache 19/28177, 62.

⁷⁸ DİRUG-Gereke, BT-Drucksache 19/28177, 62; Linke (n 14) 309.

suretiyle oluşturulan belgelerin online olarak ibraz edilmesinin hukuki temeli oluşturulmuştur. Nitekim yeni düzenleme uyarınca 01.08.2022 tarihinden itibaren, görüntülü iletişim sistemi üzerinden oluşturulan belgelerin doğrudan elektronik olarak sicile ibraz edilmesi (ve bu suretle tescil talebinde bulunulması) mümkündür.

Ancak Alman kanun koyucusu, tıpkı kuruluş işlemlerinin görüntülü iletişim sistemi üzerinden online olarak gerçekleştirilmesi imkanında olduğu gibi (§ 16a (2) BeurkG)⁷⁹, imzaların elektronik olarak onaylanması imkanına da güvenlik amaçlı bir istisna getirmiştir.⁸⁰ Bu bağlamda noterin, yerine getirmekle yükümlü olduğu görevlerini görüntülü iletişim sistemi üzerinden yapmasının mümkün olmadığı durumlarda, özellikle katılımcılardan birinin kimlik tespitinin kesin bir şekilde yapılamaması halinde, noterin görüntülü iletişim yoluyla tanınmış olan bir nitelikli elektronik imzayı onaylamayı reddetmesi gerektiği açık olarak düzenlenmiştir (§ 40a f 5 BeurkG).

V. İlan Usulünde Değişiklik: Sicil Kayıtlarının Online Erişilebilir Hale Getirilmesi Suretiyle İlan

A. Yönergenin Direktifleri

Şir.Huk.Yön. m 14'te atıfta bulunulan bilgi ve belgelerin kamuya açıklanmasına ilişkin Şir.Huk.Yön. m 16 hükmü, Dij.Yön. ile önemli bir değişikliğe uğratılmıştır. Değişiklik öncesinde Şir.Huk.Yön.'de, ilgili belge ve bilgilerin açıklanmasına ilişkin olarak sicile *tescil* ve *ilan* olmak üzere ikili bir sistem öngörülmekteydi.⁸¹ Dijitalleşme Yön ile yapılan değişiklikle, ilgili belge ve bilgilerinin kamuya açıklanması açısından ilan edilme zorunluluğu (Dij.Yön. öncesi Şir.Huk.Yön. m 16 (5)) kaldırılmış olup; bunun yerinde doğrudan söz konusu belge ve bilgilere ilişkin sicil kayıtlarının elektronik/online olarak erişilebilir hale getirilmesi suretiyle kamuya açıklanması usulüne geçilmiştir (Dij.Yön. sonrasında Şir.Huk.Yön. 16 (3), c 1). Buna göre artık üye devletler, yalnızca sicil kayıtlarının online ortamda kamuya açık hale getirmesini sağlamakla yükümlü olup; söz konusu belge ve bilgilerin ayrıca resmi gazetede ya da benzer etkiyi doğuracak başka bir şekilde ilan edilmesini temin etme zorunluluğu bulunmamaktadır. Bir başka ifadeyle, Dij.Yön. ile yapılan değişiklikle şirketlerin belge ve bilgilerinin açıklaması aracı olarak klasik "ilan" usulünden tamamen vazgeçilmiş olup; yerine "elektronik olarak tutulan sicil kayıtlarının doğrudan elektronik ortamda erişilebilir hale getirilmesi" usulüne geçilmiştir.⁸²

⁷⁹ Buna ilişkin olarak bkz III., B., 4.

⁸⁰ DİRUG-Gerekeçe, Drucksache 19/28177, 116.

⁸¹ Nicola Preuß, *Oetker, Handelsgesetzbuch: HGB Kommentar* (7. Bast, C.H.BECK 2021) § 15 N 4.

⁸² Bayer ve Schmidt (n 24) 1924; Lieder (n 23) 87; Preuß (n 81) § 15 N 4.

Yeni düzenleme uyarınca her ne kadar üye devletler ilgili belge ve bilgileri artık yalnızca sicil kayıtlarını online olarak erişilebilir hale getirmek suretiyle açıklamakla yükümlü olsalar da; yönergede üye devletlerin aynı zamanda -buna ek olarak- söz konusu belge ve bilgilerin bir kısmının veya tamamının resmi gazetede veya benzer etki sağlayacak başka bir şekilde ilan edilmeleri yönünde ek düzenleme yapmalarına bir engel olmadığı açık bir şekilde belirtilmiştir (Dij.Yön. sonrasında Şir.Huk.Yön. 16 (3), c 2). Dolayısıyla üye devletler, her ne kadar artık belge ve bilgilerin kamuya açıklanması bağlamında ilan usulünü kullanma yükümlülüğü altında olmasalar da, arzu etmeleri halinde, ulusal mevzuatlarında ilgili belge ve bilgilerin ayrıca ilan edilmesi gerektiği yönünde düzenleme yapabileceklerdir.

İlgili belge ve bilgilerin kamuya açıklanması bağlamında ilan usulünden tamamen vazgeçilip, yalnızca sicil kayıtlarının online olarak erişilebilir hale getirilmesi usulüne geçilmiş olması, özellikle uygulamada karşılaşılan sicil kaydının içeriği ile ilan edilen durum arasında meydana gelen tutarsızlıkların engellenmesi açısından olumlu sonuçlar doğuracaktır.⁸³ Zira yeni durumda artık doğrudan sicildeki kayıtlar online olarak erişime açılacaktır. Dolayısıyla, sicil kaydı ile ilan edilen durum arasında bir farklılık olması halinde, ilan edilen duruma güvenileceği yönündeki düzenleme (Dij. Yön. öncesi Şir.Huk.Yön. m 16, f 7), Dij.Yön. ile Şirketler Hukuku Yönergesi'nden bütünüyle çıkarılmıştır.

B. Alman Hukuku'ndaki Düzenlemeler

Dij.Yön. ile belge ve bilgilerinin açıklanması bağlamında klasik "ilan" usulünden tamamen vazgeçilmesi, Alman Ticaret Kanunu'nun (HGB) ilgili maddelerinde de buna yönelik bir dizi değişikliğin yapılmasını gerektirmiştir. Bu bağlamda ilk ele alınması gereken düzenleme, tescil edilen belge ve bilgilerin ilanına ilişkin § 10 HGB hükmüdür. Hükmün değiştirilmeden önceki halinde, sicil mahkemesinin sicil kayıtlarını -ilgili eyalet yargı işleri idaresi tarafından belirlenen- *elektronik bilgi ve iletişim sisteminde*, kayıt tarihlerinin gün bazında belirlenecek olan kronolojik sırasına göre *ilan edeceği* düzenlenmekteydi. Nitekim yönergede sicile kaydedilen bilgi ve belgelerin kamuya açıklanması hususunda (resmi gazete veya elektronik ortamda) ayrıca ilan edilmesi usulünden vazgeçilmiş olması dolayısıyla, § 10 HGB hükmü DİRUG kapsamında bütünüyle yeniden kaleme alınmıştır.

DİRUG ile § 10 HGB hükmü kapsamında yapılan yeni düzenlemenin daha iyi anlaşılabilmesi açısından, Alman hukukunda o ana kadar geçerli olan sisteme kısaca göz atmakta fayda bulunmaktadır. Alman Ticaret Kanunu'nun ticaret siciline ilişkin düzenlemeleri, elektronik ortamda sicil bilgilerine ulaşılması zorunluluğunu getiren 2003/58 sayılı AB Yönergesi doğrultusunda çıkarılan ve 01.01.2007 tarihinde

⁸³ Lenard Bock, 'Online-Gründung und Digitalisierung im Gesellschaftsrecht – Der Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission' (2018) DZNot 643, 656 ve 660.

yürürlüğe giren Kanun (EHUG)⁸⁴ ile köklü değişikliklere uğramıştır.⁸⁵ EHUG ile yapılan değişikliklerden itibaren (01.01.2007 tarihinden beri), Alman hukukunda sicil kayıtları elektronik ortamda tutulmakta (§ 8 f 1 HGB) ve söz konusu kayıtlar merkezi sicil portalında (www.handelsregister.de) ilgililerin erişimine açılmaktaydı (§ 9 HGB). Dolayısıyla ilgililer -gerekli ücreti ödemek şartıyla- söz konusu internet portalı üzerinden sicil kayıtlarına online olarak ulaşabilmekteydiler.⁸⁶ Ancak her ne kadar sicil kayıtlarına internet üzerinden online erişim mümkün olsa da, yukarıda da belirtildiği üzere *eski*-§ 10 HGB düzenlemesi gereğince ilan zorunluluğu ve şartı devam etmekteydi. Bunun en önemli nedeni, EHUG ile yapılan düzenlemelerin temelini teşkil eden 2003/58 sayılı AB Yönergesi’nde, sicil kayıtlarının elektronik ortamda ilgililerin erişimine açılması zorunluluğu getirilmiş olmasına rağmen, ilan zorunluluğunun kaldırılmamış olmasıdır. Dolayısıyla DİRUG ile yapılan değişiklik öncesinde, Alman hukukunda ilan zorunluluğu devam etmekte; hem sicil kayıtları belirtilen portalda elektronik olarak erişime açılmakta, hem de sicil kayıtları ayrıca ilan edilmekteydi.⁸⁷ Yine ilanlar da EHUG kapsamında yapılan değişiklik uyarınca uzun zamandır (01.01.2009 tarihinden itibaren) resmi gazetede (Bundesanzeiger) değil, elektronik ortamda merkezi bir ilan portalı (www.handelsregisterbekanntmachungen.de) üzerinden yapılmaktaydı.⁸⁸ Sonuç olarak, DİRUG ile yapılan kanuni değişiklik öncesinde Alman hukukunda, sicil kayıtlarının online olarak erişime açılması ve ayrıca ilan edilmesi şeklinde gerçekleşen ikili bir (elektronik) açıklama sistemi mevcuttu. Bu aşamada, internet portalı üzerinden doğrudan sicil kayıtlarına erişimin sağlanabildiği bir sistemde, ilanın fonksiyonel olarak nasıl bir görev icra ettiği, başka bir ifadeyle gerekli olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Hemen belirtelim ki, başta ilanının olumlu ve olumsuz hukuki etkisine ilişkin *eski*-§ 15 HGB hükmü olmak üzere, ilana önemli hukuki sonuçlar bağlamış olan bazı münferit düzenlemeler dolayısıyla, Alman hukukunda ilan olgusu işlevsel açıdan önemli bir görev icra etmekteydi.⁸⁹

Dij.Yön. kapsamında hazırlanan Kanun’da (DİRUG) ise, sicile kaydedilen belge ve bilgilerin ayrı bir portalda ayrıca “ilan edilmesi” usulünden tamamen vazgeçilmiş; bunun yerine yalnızca “sicil kayıtlarının online olarak erişilebilir hale getirilmesi suretiyle açıklanması” usulü kabul edilmiştir. Bu durum “*Tescil Edilen Hususların İlanı; Sicil İlanları*” yan başlığını taşıyan ve 01.08.2022 tarihinden beri yürürlükte olan § 10 HGB f 1’de şu şekilde ifade edilmiştir: “*Ticaret siciline yapılan*

⁸⁴ “Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Untemehmensregister” (Elektronik Ticaret Sicili, Kooperatif Sicili ve İşletme Sicili Hakkında Kanun), BGBl 2006 Teil I Nr 52, 15.11.2006.

⁸⁵ Söz konusu kanun (EHUG) ile getirilen yeniliklere ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz Tobias Niessen, ‘Die Pflicht zur Offenlegung von Untemehmensdaten bekommt Krallen’ (Spezial 2006) (41) NJW 1 vd.; Ulrich Noack, ‘Das EHUG ist beschlossen - elektronische Handels- und Untemehmensregister ab 2007’ (2006) NZG 801 vd.

⁸⁶ Hanno Merkt, *Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (ohne Seerecht)* (4. Bası, C.H.BECK 2021) § 9 N 4.

⁸⁷ Bock (n 83) 655 vd.

⁸⁸ Preuß (n 81) § 10 N 6 vd.; Merkt (n 86) § 10.

⁸⁹ Thomas Liebscher ve Bettina Scharff, ‘Das Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister’ (2006) NJW 3745, 3747; Merkt (n 86) § 10.

*kayıtlar ile sicil ilanları*⁹⁰, ilgili elektronik bilgi ve iletişim sistemi üzerinden ilk kez erişilebilir olduğu anda ilan edilmiş sayılır”. Bu noktada hemen belirtelim ki, her ne kadar artık klasik ilan usulünden vazgeçilmiş olsa da, § 10 HGB metninde “ilan” (“Bekanntmachung“) kavramı kullanılmaya devam edilmiş; ancak söz konusu kavrama yeni düzenleme kapsamında eskisinden farklı bir anlam yüklenmiştir.⁹¹ § 10 HGB kapsamında ilan kavramı artık, tescil edilen bilgi ve belgelerin ayrıca resmi gazete ya da kağıda basılmayı gerekli kılacak başka bir ortamda veya ilana özgü bir internet portalında yayınlanması suretiyle bildirilmesi anlamında değil; doğrudan sicil kayıtlarının elektronik ortamda “erişilebilir” hale getirilmesi suretiyle bildirilmesi anlamında kullanılmaktadır.⁹²

Nitekim bu yeni düzenleme ile sicil kayıtlarının bir yandan online erişime açılması, diğer yandan ise elektronik ortamda ilan edilmesi suretiyle iki farklı internet portalında gerçekleşen ikili açıklama sistemi ortadan kalkmıştır. Yeni düzenlemenin 01.08.2022’de yürürlüğe girmesiyle beraber, ilan sicil kayıtlarının merkezi sicil kayıt sistemi ve portalı üzerinden erişilebilir hale gelmesi anında gerçekleşmiş olmaktadır. Yeni düzenlemenin yürürlüğe girmesinden önce (01.08.2022 öncesi) ilanların yapılması amacıyla özgülenmiş olan ilan portalı ise (www.handelsregisterbekanntmachungen.de) artık bu anlamda fonksiyonunu tamamen kaybetmiş durumdadır. Sonuç olarak artık sicile kayıt ve yapılan kayıtların ilanı işlemleri, merkezi kayıt sistemi üzerinden, tek bir internet portalı kapsamında (www.handelsregister.de) gerçekleşmektedir.

Nitekim ilan olgusunun, yeni düzenleme uyarınca ticaret sicili kayıtlarının doğrudan elektronik ortamda erişilebilir hale gelmesi suretiyle gerçekleşecek olması, ilanın fonksiyonunu yerinde getirebilmesi açısından kayıtların vakitlice “online erişime açılmasını” gerekli hale getirmektedir. Bu nedenle § 10 HGB f 2’de sicil mahkemeleri ve eyalet yargı işleri idareleri, ticaret siciline yapılan kayıtların *vakit geçirmeksizin* § 9 HGB f 1’de belirtilen elektronik bilgi ve iletişim sistemi üzerinden *erişime açılmasını sağlamakla* yükümlü kılınmıştır.⁹³

Diğer yandan, § 10 f 1 HGB uyarınca ilanın, sicil kaydının ilgili elektronik bilgi ve iletişim sistemi üzerinden *ilk kez erişilebilir olduğu anda* yapılmış olarak kabul

⁹⁰ “Sicil ilanları” (“Registerbekanntmachungen”) kavramı, § 10 f 3 HGB-DİRUG ile ilk kez Alman hukukuna dahil edilmiştir. İlgili düzenleme şu şekilde kaleme alınmıştır: “*Sicil mahkemesi kanun(lar)da belirtilen hallerde, 9 uncu maddenin 1 inci fıkrası uyarınca belirtilen elektronik bilgi ve iletişim sistemi üzerinden, diğer veya ek olguları açıklayabilir/ilan edebilir (sicil ilanları)*”. Bu hüküm ile, çeşitli mevzuat hükümleri uyarınca tescilli zorunlu bir hususa ek olarak ilan edilmesi ya da tescilli zorunlu olmamakla birlikte münferit olarak ilan edilmesi öngörülen hususların da -tıpkı tescilli gerekli hususlar gibi- söz konusu merkezi sistem üzerinden online erişime açılmak suretiyle ilan edileceği düzenlenmektedir. Alman kanun koyucusu, hukuki işlemlerin güvenliği açısından önem arz etmeleri dolayısıyla bu kapsama giren konuların da merkezi kayıt portalı üzerinden online olarak erişime açılmak suretiyle ilan edilmelerini uygun görmüştür. Nitekim § 10 HGB-DİRUG hükümünün gerekçesinde, sicil ilanları kavramı kapsamında değerlendirilebilecek olan hususlara da özellikle değinilmiştir. Buna ilişkin olarak bkz DİRUG-Gereke, BT-Drucksache 19/28177, 94.

⁹¹ DİRUG-Gereke, BT-Drucksache 19/28177, 93.

⁹² Kavramın değiştirilmeden aynen kullanılmaya devam edilmesi, ulusal mevzuatta “ilan” kavramına atıf yapan diğer birçok düzenlemede de değişiklik yapılması zorunluluğunu ortadan kaldıracığı için olumlu karşılanmıştır. Linke (n 14) 312.

⁹³ DİRUG-Gereke, BT-Drucksache 19/28177, 94.

edilecek olması dolayısıyla, ilanın yapılma zamanının bilinebilmesi açısından söz konusu sicil kaydının ilk erişilebilir olma anının net bir şekilde tespit edilebilmesi gerekecektir. Ancak söz konusu elektronik kayıt sistemi üzerinde yapılan bir kayıt, üçüncü kişiler açısından ilk kez ne zaman erişilebilir olduğunun belirlenmesi kolay olmayacaktır.⁹⁴ Nitekim hükmün gerekçesinde, sicil kayıtlarının ilk kez erişilebilir oldukları anın teknik olarak ilgili bilgi ve belgeye ilişkin kaydın yapılmasından sonraki bir zamana denk geleceği, dolayısıyla ilk erişilebilirlik anının kaydın yapılması anı ile aynı olmayacağı, bu nedenle de ilk erişilebilirlik anının teknik sebeplerden ötürü tam olarak belirlenmesinin mümkün olmayacağı ifade edilmiştir.⁹⁵ İşte bu belirsizliği gidermek amacıyla, hükümde ilanın yapıldığı ana ilişkin olarak *çürütülebilir bir karine* öngörülmüş ve § 10 HGB f 4, c 1’de, bir sicil kaydının, kaydın yapıldığı günün sona ermesi (bir sicil bildirisinin ise yapıldığı günün sona ermesi) ile birlikte ilan edilmiş olarak kabul edileceği ifade edilmiştir. İlgili mevzuat uyarınca (§ 27 f 4 HRV) ticaret sicili kayıtlarının (ya da sicil bildirilerinin)⁹⁶ yapıldığı tarih net bir şekilde belirlenebilir olduğu için, ilgili kayda (ya da bildiriye) ilişkin ilanın gerçekleşme tarihi de -karine kapsamında- kolayca belirlenebilecektir. Ancak bunun yanı sıra, ilgili kaydın (ya da bildirinin) karinede öngörülen zamandan daha önceki ya da sonraki bir anda erişilebilir olduğunun kanıtlanması halinde, karinenin uygulama alanı bulmayacağı da açıkça ifade edilmiştir (§ 10 f 4, c 2 HGB).

Yönergede öngörülen ilan usulündeki değişikliğe bağlı olarak revize edilen bir diğer hüküm ise, ilan edilen duruma güvenin korunacağına ilişkin § 15 f 3 HGB düzenlemesidir. Söz konusu düzenlemenin eski halinde, tescilli zorunlu olan bir hususun yanlış ilan edilmesi halinde, üçüncü kişinin söz konusu yanlışlığı bildiği ispat edilmediği sürece ilan edilen duruma olan güveninin korunacağı ifade edilmekteydi. Bu düzenleme ile sicildeki kayıt ile ilan edilen durum arasında bir farklılık olması halinde, üçüncü kişilerin -gerçek durumu bilmemeleri halinde- ilan edilen durumun gerçeği yansıttığına olan inançlarının korunması amaçlanmaktaydı. Ancak yeni düzenleme ile elektronik ortamda tutulan sicil kayıtlarının doğrudan elektronik olarak erişilebilir hale getirilmesi suretiyle ilan edilmesi usulüne geçilmiş olması dolayısıyla, artık teknik olarak sicil kayıtları ile ilan edilen durum arasında bir farklılık meydana gelmesi söz konusu olmayacaktır. Zira yeni sistemde belge ve belgelerin sicile kaydedilmesi ile ilan edilmeleri prosedürleri farklı platformlarda değil, tek bir platformda gerçekleştirilecek; elektronik bilgi ve iletişim sistemi aracılığıyla doğrudan elektronik ticaret siciline yapılan kayıtlara erişilebilecektir.⁹⁷ Bir başka ifadeyle, yeni sistemde doğrudan sicile kaydedilen hususlar erişime açılacağı/ilan edileceği için, ilan edilen durum ile kaydedilen bilgiler arasında bir farklılık meydana gelme riski

⁹⁴ Linke (n 14) 313.

⁹⁵ DİRUG-Gerekeçe, BT-Drucksache 19/28177, 94.

⁹⁶ § 33 f 5 (HRV-DİRUG).

⁹⁷ DİRUG-Gerekeçe, BT-Drucksache 19/28177, 99.

bulunmamaktadır. Ancak bu sefer, yani yeni sistemde, ilgili belge ve bilgilerin yanlış şekilde sicile kaydedilmesi ve buna bağlı olarak da gerçek (fiili veya hukuki) durum ile ticaret siciline kaydedilen durum arasında bir sapma meydana gelmesi ihtimali gündeme gelebilecektir. Nitekim üçüncü kişilerin böyle bir ihtimalde de yine aynı şekilde tescil ve ilana olan güveninin korunması gerektiğinden yola çıkan Alman kanun koyucusu, § 15 f 3 HGB hükmünü yeni duruma uyarlayarak şu şekilde değiştirmiştir: “Tescili zorunlu olan ve ilan edilen bir hususun yanlış tescil edilmiş olması halinde, üçüncü kişilerin söz konusu yanlışlığı bildikleri ispat edilmediği sürece, tescil edilen duruma olan güvenleri korunur” (§ 15 f 3 HGB).

Sonuç

-I-

Yönergede üye devletler, *nakdi sermaye* ile kurulacak olan *limited şirketlerin* kurucuların şahsen noter (veya başka bir yetkili makam) huzurunda bulunma zorunluluğu olmaksızın, online olarak kurulabilmesini mümkün hale getirmekle yükümlü kılınmışlardır. Anonim şirketler ile sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler açısından online kuruluş imkanının tanınıp tanınması ya da aynı sermaye ile kurulacak olan limited şirketlerde online kuruluşun mümkün olup olmaması hususunda karar verme yetkisi ise, üye ülkelere bırakılmıştır. Diğer yandan AB içinde sınır ötesi şirket kurulumunun kolaylaştırılması amacıyla, üye devletlere limited şirket kuruluşunda kullanılmak üzere bir “standart kuruluş protokolü” hazırlama ve online olarak AB ülkesi vatandaşlarının (ve tüzel kişilerin) erişimine sunma yükümlülüğü getirilmiştir. Online kuruluş prosedürünün beraberinde getirdiği, örneğin kimlikte sahtecilik gibi bazı muhtemel kötüye kullanımların ve güvenlik zafiyetlerinin engellenmesi amacıyla düzenlenmesi açıkça öngörülen bazı hususlar hariç, online kuruluş prosedürünün işleyişi, uygulanacak usul ve kurallar hakkında ayrıntılı düzenleme yapma yetkisi, üye devletlere bırakılmıştır.

Alman kanun koyucusu, iç hukuk kurallarını düzenlerken yalnızca yönergenin online şirket kuruluşuna ilişkin öngördüğü zorunlu uygulama kapsamını dikkate almıştır. Bu doğrultuda, online kuruluş yalnızca limited şirketler (ve UG’ler) için öngörülmüş; anonim şirketler ile sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler kapsam dışı bırakılmıştır. Limited şirketlere ilişkin olarak da bir ayırım yapılmış; 01.08.2023’e kadar yalnızca *nakdi sermaye* ile kurulacak olan limited şirketlerin online olarak kurulmasına izin verilmiş; bu tarihten sonra ise söz konusu ayırım ortadan kaldırılarak, online kuruluş imkanı hem *nakdi* hem de *ayni sermaye* getirilmesi halini kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Online şirket kuruluşuna ilişkin düzenlemeler yapılırken, Alman hukukunun güvenlik ve kontrol amaçlı geleneksel kurallarından ve kuruluş işleminin *maddi unsurlardan* vazgeçilmemiştir. Bu bağlamda yalnızca

söz konusu işlemlerin icra ediliş *şeklinde* teknolojik bazlı değişiklikler öngörülmüş ve klasik şirket kuruluşlarında noter huzurunda gerçekleştirilen işlemlerin, noter huzurunda şahsen bulunma zorunluluğu olmaksızın “görüntülü iletişim sistemi” üzerinden bütünüyle online olarak gerçekleştirilmesi imkanı getirilmiştir. Yine yönerge direktifleri doğrultusunda online kuruluşta kullanılmak üzere bir standart kuruluş protokolü hazırlanmış olup; online kuruluşlarda söz konusu protokolün kullanılması imkanı sağlanmıştır. Diğer yandan online kuruluş işleminin, bazı kurucuların noter huzurunda fiziken hazır bulunması, bazılarının ise görüntülü iletişim sistemi üzerinden online olarak işleme dahil olmaları suretiyle *karma* şekilde gerçekleştirilmesi imkanı tanınmıştır. Son olarak belirtmek gerekir ki, her ne kadar başvuru sahiplerinin talep etmesi halinde noter, görüntülü iletişim sistemi üzerinden kuruluş işlemlerini gerçekleştirmekle yükümlü kılınmış olsa da; Alman kanun koyucusu bu kurala güvenlik amaçlı bir istisna getirmiştir. Buna göre, noterin yerine getirmekle yükümlü olduğu görevlerini görüntülü iletişim sistemi üzerinden yapmasının mümkün olmadığı durumlarda, örneğin başvuranlardan birinin kimlik tespitinin yapılamaması ya da hak veya fiil ehliyetinin bulunup bulunmadığı hususunda şüpheye düşmesi halinde, notere görüntülü iletişim sistemi üzerinden kuruluş işlemlerini yapmayı reddetme ve ilgilinin fiziki katılımını talep etme hakkı tanınmıştır.

-II-

Yönergede online kuruluş imkanının yanı sıra, belge ve bilgilerinin de online olarak ticaret siciline ibraz edilebilmesine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Bu bağlamda üye devletler, işleme katılanların ulusal mevzuat uyarınca online ibraz prosedürünün yürütülmesi ile görevli olan kişi ya da kurum karşısında şahsen bulunmak zorunda olmaksızın, ilgili belgelerin tamamen online olarak ibraz edilebilmesi ve böylece sicile tescil prosedürünün de bütünüyle online olarak gerçekleştirilmesini temin etmekle yükümlü kılınmışlardır.

Nitekim Alman hukukunda bu amaca yönelik olarak, sicile ibraz edilecek belgelerdeki imzaların noter huzurunda tasdikini öngören § 40 BeurkG düzenlemesi, ilgili kanuna eklenen § 40a BeurkG hükmü ile görüntülü iletişim sistemi üzerinden düzenlenen belgelerdeki nitelikli elektronik imzaların da noterce tasdikini mümkün hale getirecek şekilde genişletilmiş; görüntülü iletişim sistemi aracılığı ile icra edilmiş olan nitelikli elektronik imzaların da noter tarafından elektronik ortamda onaylanabileceği açık bir şekilde düzenleme altına alınmıştır. Böylece görüntülü iletişim sistemi üzerinden oluşturulan belgelerin doğrudan elektronik olarak sicile ibraz edilmesi imkanı kanunen tanınmıştır. Ancak Alman kanun koyucusu, online kuruluşta olduğu gibi buna da bir istisna getirmiş ve işlemlerin gereği gibi yürütülebilmesi açısından ilgili kişinin noter huzurunda fiziken bulunmasının gerekli olması halinde, noterin online tasdik yapmayı reddedebileceğini açık olarak düzenlemiştir.

-III-

Yönerge ile getirilen bir diğer yenilik ise, şirket belge ve bilgilerinin kamuya açıklanması açısından ilan edilme zorunluluğunun kaldırılması; bunun yerinde doğrudan söz konusu belge ve bilgilere ilişkin sicil kayıtlarının elektronik/online olarak erişilebilir hale getirilmesidir. Buna göre, yeni düzenleme uyarınca artık üye devletler yalnızca sicil kayıtlarını online ortamda kamuya açık hale getirmek zorunda olup; söz konusu belge ve bilgilerin ayrıca resmi gazete ya da benzer etkiyi doğuracak başka bir şekilde ilan edilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır.

Yönergenin bu düzenlemesi doğrultusunda, Alman hukukunda sicil kayıtlarının online olarak erişime açılması ve belge ve bilgilerin ayrıca ilan edilmesi şeklinde iki ayrı internet portalı üzerinden gerçekleşen ikili açıklama sistemi kaldırılmıştır. Bunun yerine yalnızca sicil kayıtlarının online erişime açılması suretiyle ilan edilmesi usulü kabul edilmiş ve sicile yapılan kayıtların, elektronik bilgi ve iletişim sistemi üzerinden ilk kez erişilebilir olduğu anda ilan edilmiş sayılacağı şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. Yeni sistemde doğrudan sicile kaydedilen hususların erişime açılacağı/ilan edileceği ve dolayısıyla ilan edilen durum ile kaydedilen bilgiler arasında bir farklılık meydana gelmesi söz konusu olmayacağı için; ilan edilen duruma güvenin korunacağına ilişkin düzenleme yeni durum ile uyumlu hale getirilmiştir. Bu doğrultuda ilgili hükümdeki “ilan edilen duruma” güvenin korunacağı şeklindeki ifade, “tescil edilen duruma” olan güvenin korunacağı şeklinde değiştirilmiştir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

Altmeppen H, *Holger/Altmeppen, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) Kommentar* (10. Bası, C.H.BECK 2021).

Bayer W ve Schmidt J, ‘BB-Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport zum Europäischen Unternehmensrecht 2018/19 – Teil I: Company Law Package’ (2019) BB 1922.

Birkefeld J ve Schäfer S, ‘Gründung auf Knopfdruck? Was sich mit der EU-Digitalisierungs-Richtlinie im Gesellschaftsrecht ändert’ (2019) BB 2626.

Bock L, ‘Online-Gründung und Digitalisierung im Gesellschaftsrecht – Der Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission’ (2018) DZNot 643.

Böhm A, ‘Gesellschaftsrecht: Richtlinie für den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Amtsblatt veröffentlicht’ (2019) EuZW 579.

- Bormann J ve Stelmaszczyk P, 'Digitalisierung des Gesellschaftsrechts nach dem EU-Company Law Package Zum neuen EU-Rechtsrahmen für die Online-Gründung von Kapitalgesellschaften' (2019) NZG 601.
- Drygala T ve Grobe T, 'Die geplante Regelung der Onlinegründung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung – die Hälfte einer halben Lösung' (2020) GmbHR 985.
- Halder J, 'Online-Gründung und Online-Einreichung von Unterlagen nach dem Company Law Package sowie deren Umsetzung in deutsches Recht' (2020) NJOZ 1505.
- Heckschen H ve Knaier R, 'Weitere Digitalisierung des Gesellschaftsrechts (DiREG)' (2022) NZG 885.
- Heckschen H ve Strnad K, 'Aktuelle Entwicklungstendenzen des Gesellschaftsrechts (Teil 2)' (2021) GWR 195.
- Kanzleiter R, 'Das Vorlesen der Niederschrift' (1997) DNotZ 261.
- Keller T ve Schümmer K, 'Digitale GmbH-Gründung' (2021) NZG 573.
- Kindler M, *Beck'sches Notar-Handbuch* (7. Bası, C.H.BECK 2019).
- Kindler P ve Jobst S, 'Die Online-Gründung nach dem Company Law Package - Chancen und Risiken bei der Umsetzung ins deutsche Recht' (2019) DB 1550.
- Knaier R, 'Digital first, Bedenken second?' (2018) GmbHR 560.
- Liebscher T ve Scharff B, 'Das Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister' (2006) NJW 3745.
- Lieder J, 'Die Bedeutung des Vertrauensschutzes für die Digitalisierung des Gesellschaftsrechts' (2020) NZG 81.
- Lieder J, 'Digitalisierung des Europäischen Unternehmensrechts – Online-Gründung, Online-Einreichung, Online-Zweigniederlassung' (2018) NZG 1081.
- Linke C, 'Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG) Analyse des Regierungsentwurfs' (2021) NZG 309.
- Merkt H, *Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (ohne Seerecht)* (4. Bası, C.H.BECK 2021).
- Niessen T, 'Die Pflicht zur Offenlegung von Unternehmensdaten bekommt Krallen' (Spezial 2006) (41) NJW 1.
- Noack U, 'Das EHUG ist beschlossen - elektronische Handels- und Unternehmensregister ab 2007' (2006) NZG 801.
- Noack U, 'Online-Gründung von Kapitalgesellschaften in Europa – Der neue Richtlinien-vorschlag im Company Law Package' (2018) DB 1324.
- Omlor S, 'Digitalisierung im EU-Gesellschaftsrechtspaket: Online-Gründung und Registerführung im Fokus' (2019) DStR 2544.
- Preuß N, *Oetker, Handelsgesetzbuch: HGB Kommentar* (7. Bası, C.H.BECK 2021).
- Schmidt J, 'EU Company Law Package 2018: Mehr Digitalisierung und Mobilität von Gesellschaften (Teil 1)' (2018) Der Konzern 229.
- Şimşek M M, Özcan T, Ergun T ve Çelik V, 'Elektronik İmza Seviyeleri' (2019) 2(2) Bilgi Yönetimi Dergisi 135.
- Teichmann C, 'Digitale Gründung von Kapitalgesellschaften nach dem EU-Company Law Package' (2018) ZIP 2451.



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 03.08.2021
Revizyon Talebi: 15.02.2022
Son Revizyon Tarihi: 17.08.2022
Kabul: 18.08.2022

Bireysel Başvurularda Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Kararlarının İncelenmesi

Gözde İbicioğlu^{*}, Bilge Durutürk^{**}

Öz

Bu çalışma, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un birinci derece mahkemeleri tarafından uygulanmasını ve buna yönelik Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmelerini kapsayan kararların bir analizidir. Bu analiz, Anayasa Mahkemesi'ne 6284 sayılı Kanun m 4 ve m 5 kapsamında haklarında çıkan kararlara yapılan bireysel başvurulara odaklanmaktadır. Bu paralelde çalışma, Anayasa Mahkemesi tarafından "kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı (Anayasa m 17)" ile "hak arama hürriyeti (Anayasa m 36, m 38/4)" kapsamında adil yargılanma hakkı ve gerekçeli karar hakkı açısından verilen ihlal kararlarının tespiti ve değerlendirmesi üzerinedir. Çalışmanın asıl çıkış noktası da olan husus; 6284 sayılı Kanun'un uygulanması aşamasındaki aksaklıklar sebebiyle Anayasa Mahkemesi'nin şiddet uygulayanın bireysel haklarının ihlal edildiğine karar vermesi ve bu sebepten şiddete uğradığını beyan eden kadının dolaylı olarak ortaya çıkan potansiyel mağduriyetidir. Bu paralelde çalışmada ilgili yasa yürürlüğe girdiği günden bugüne kadar kadına karşı şiddet dava sonuçlarına yönelik Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurular Anayasa Mahkemesi'nin resmi sayfasından taranmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin on bir (11) ihlal kararı verdiği tespit edilmiştir. Bu ihlal kararlarındaki gerekçeler analiz edilerek birinci derece mahkemelerinin verdiği kararlarda 6284 sayılı Kanun'un uygulanmasında hakimlerin meslek içi özelleştirilmiş eğitim almaları ve bunların da uluslararası düzeyde kadına karşı şiddet, ailenin korunması ve toplumsal cinsiyet konularını kapsamasının gerekliliği yönünde tespit ve öneriler sunulmuştur. Çalışmanın ilerleyen dönemde sayıca artabileceği düşünülen bireysel başvuruların değerlendirilmesinde yol gösterici bir referans olarak alınarak ilgili kanunun geliştirilmesine katkı sağlaması hedeflenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Anayasa Mahkemesi Kararları, 6284 sayılı Kanun, Ailenin Korunması, Kadına Karşı Şiddet, Bireysel Başvuru

An Analysis of the Individual Applications of Decisions Protecting Family and Preventing Violence Against Women

Abstract

This article is conducted regarding decisions of the Turkish Constitutional Court protecting the justifications of trial courts through Law No. 6284 on Protecting Family and Preventing Violence Against Women. The article focuses on individual applications to the Constitutional Court about the sentences within the scope of Articles 4 and 5 regarding Law No. 6284. Hence, the aim is to analyze the infringement decisions by considering personal inviolability, the material and moral circumstances of the individual (Art. 17), and freedom to claim rights through the right to a fair trial and the right to a reasonable decision (Art. 36; Art. 38/4) from the Constitutional Court. The starting point of this article is the indirect result of a potential aggravement of women who declare having been subjected to violence, due to which the Constitutional Court makes decisions regarding the violation of the individual rights of the person who was declared to

* **Sorumlu Yazar:** Gözde İbicioğlu (Doktora Öğrencisi/Arş. Gör.) İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul/ Adana Alparslan Türkeş Bilim ve Teknoloji Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, Adana, Türkiye. E-posta: gibicioğlu@atu.edu.tr ORCID: 0000-0002-5374-6020

** Bilge Durutürk (Doç. Dr.) Adana Alparslan Türkeş Bilim ve Teknoloji Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Adana, Türkiye. E-posta: bduruturk@atu.edu.tr ORCID: 0000-0002-4240-6004

Atf: İbicioğlu G, Durutürk B, "Bireysel Başvurularda Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Kararlarının İncelenmesi" (2022) 80(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 753. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.3.0002>



be the perpetrator of violence as a result of the problems implementing Law No. 6284. Thus, this study scans individual applications to the Constitutional Court regarding the results of cases of violence against women from the official page of the Constitutional Court since Law No. 6284's enactment. The Constitutional Court is seen to have decided 11 times that Law No. 6284 had been violated. This article analyzes the reasons for these violation decisions and presents the assumptions and suggestions from the decisions of the first-instance courts in the direction of judges needing to receive specialized in-service training for implementing Law No. 6284. The study aims to contribute to the development of the relevant law by taking it as a referential guide for evaluating the individual applications that are believed will increase in number in the future.

Keywords

Constitutional Court Decision, Law No. 6284, Protecting of the Family and Preventing Violence Against Women, Individual Applications

Extended Summary

This article is conducted regarding decisions of the Turkish Constitutional Court protecting the justifications of trial courts through Law No. 6284 on Protecting Family and Preventing Violence Against Women. The article focuses on individual applications to the Constitutional Court about the sentences within the scope of Articles 4 and 5 regarding Law No. 6284.

Article 4 of the Turkish Constitution mainly involves protective cautionary decisions, and Article 5 addresses the preventive cautionary decisions judges are to make. Regarding cases involving Law No. 6284 in the courts of first instance, judges have declared potentially guilty persons to be the perpetrator of violence at sentencing by considering the victim's declaration of violence as actual fact in cases where no concrete evidence is found. This situation is the issue this article addresses, as not applying the presumption of innocence to sentences may be cause for an unfair accusation of the potentially guilty person, and this appears as a violation of that person's individual rights.

Based on the assumption of the article, this study examines the relationship between sentencing guidelines in Article 4 and in Article 5 with regard to Law No. 6284 as well as the objections presented to the Constitutional Court for evaluating the sentences received from the courts of first instance. First, the article selects the applications resulting from Law No. 6284 to the Constitutional Court, of which 22 applications were found. The article then identified the ones directly related Articles 4 and 5. Nine of these were found to be in violation of individual rights, two to not be in violation, and nine to have been declared expressly bereft of any merit.

The evaluations of the Constitutional Court were seen to mostly be based on considering personal inviolability, the individual's material and moral circumstances, and the freedom to claim rights based on the right to a fair trial and the right of a reasonable decision. Hence, the categorization of the applications in this study's analysis fall under three main frameworks: (1) a consideration of personal inviolability

of the individual's material and moral circumstances (Art.17), (2) freedom to claim rights based on the right to a fair trial and the right to a reasonable decision (Art. 36), and (3) presumption of innocence (Art. 38/4). The study summarizes the sentences from the courts of first instance under these three headings and then analyzes and discusses the decisions of the Constitutional Court.

Therefore, the argument of the article involves the indirect result of a potential aggrievement of women who declare having been subjected to violence, due to which the Constitutional Court then makes a decision regarding the violation of the individual rights of the person declared as the perpetrator of violence as a result of issues implementing Law No. 6284. Hence, this study aims to analyze the Constitutional Court's violation decisions by considering the individual's personal inviolability and material and moral circumstances of the individual (Art. 17), freedom to claim rights based on the right to a fair trial and the right to a reasonable decision, and the individual's presumption of innocence (Art. 36; Art. 38/4).

As a result, the decisions of the Constitutional Court basically reveal that the language of the judge in the court of first instance needs to be corrected through gender sensitivity training. The remarks from the Constitutional Court declare that the usage of judges created an extra disadvantaged position for the victims of violence due to the claim of unfair accusations. The judges of the Constitutional Court very importantly needed to remain unbiased as the decision regarding the applications were based on the presumption of innocence.

Thus, this article's analysis presents assumptions and suggestions for better implementing Law No. 6284 through the enquiry of violation decisions by the Constitutional Court. One effective method may involve a basic handbook for training judges, or face-to-face vocational training seminars. Those would be very efficient ways to solve the problem of rights violations from the start.

Bireysel Başvurularda Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Kararlarının İncelenmesi

Giriş

6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun ile ilgili görüş ve öneriler farklı mecralar tarafından dile getirilmektedir. Ayrıca Birleşmiş Milletler (BM), Avrupa Birliği (AB) gibi uluslararası kuruluş ile dirsek teması içerisinde olan kadın hakları savunucusu sivil toplum örgütlerinin¹ hazırlamış olduğu gölge raporlarda² belirtilen en önemli hususların başında önleme, koruma, soruşturma dışında “politika üretme yükümlülüğü geribildirimi” gelmektedir. Ancak bu aşamaya gelmeden birinci derece mahkemelerin ve hakimlerin almış olduğu kararların, tarafların başvuruları üzerinden 6284 sayılı kanunun uygulanabilirliği noktasında ne gibi sıkıntılar olduğu bu çalışmanın en öncelikli sorunlarından biridir. Dolayısıyla kapsamlı bir şekilde hazırlanmış olan kadının ve ailenin korunmasını amaçlayan 6284 sayılı Kanun³ çerçevesinde Anayasa Mahkemesi’ne birçok bireysel başvuruda bulunmuş ve bu başvurulara yönelik Mahkeme’nin yaptığı değerlendirmeler, incelenmesi gereken bir saha olarak görülmüştür. Çalışmanın ilgili bölümlerinde detaylı olarak incelemesi yapılan başvuruların analizi neticesinde anlaşılmıştır ki, birinci derece mahkeme hakimlerinin vermiş olduğu kararların bazıları, 6284 sayılı Kanun’un uygulanabilirliği ekseninde hak ihlallerine sebep olmaktadır.

Anayasa’da “devletin sosyal ve iktisadi ödevinin gereği” olarak vurgulanan kadına yönelik şiddetin engellenmesi adına ortaya çıkan 6284 sayılı Kanun birçok açıdan kadınların mağduriyetlerini ortadan kaldırmayı amaçlayan bir kanun olarak bilinmekte ve kadına karşı⁴ şiddetle mücadelede oldukça önemli bir gelişme olarak kabul edilmektedir⁵. Bu noktada 6284 sayılı Kanun’un içeriğine ve uygulanmasına yönelik hukuki boyut incelemesi yapan çalışmalar ve kanunun cinsiyet temelli eşitlik boyutunu inceleyen araştırmalar kanunun uygulama sürecinde yaşanan

¹ Kadının İnsan HaklarıYeni Çözümler Derneği, Türk Kadınlar Birliği, Türk Üniversiteli Kadınlar Birliği vb.

² Birleşmiş Milletler Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) Türkiye Gölge Raporu 2010-2021 arası, <<https://kadinininsanhaklari.org/yayinlar/raporlar/>>, Erişim Tarihi 28.02.2022.

³ Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, Kanun numarası: 6284, Kabul Tarihi: 08.03.2012, RG 20.03.2012/28239.

⁴ 6284 sayılı Kanun çerçevesinde hazırlanan bir çalışma olması sebebi ile makaledeki bütünlüğün korunabilmesi adına “kadına yönelik” ifadesi yerine “kadına karşı” ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir.

⁵ Necla Öztürk, “Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Öneriler” (2017) 8 (1), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1-32 ; Ali Haydar Yağcıoğlu, “6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar” (2017) Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, 19, Özel Sayı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 913-966, Nazan Moroğlu, “Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi 6284 Sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi” (2012) (Mart- Nisan), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 357-380.

eşitsizlikler temelindeki aksaklıklarına değinmektedir⁶. Ancak ilgili literatürlerde bizzat vatandaşlar tarafından Anayasa Mahkemesi'ne bireysel hak ihlaline yönelik başvuruların incelendiği kapsamlı bir analiz ya da çalışma bulunmamaktadır. Bu paralelde çalışmada esas alınan, kanunun uygulayıcısı hakimler tarafından uygulanma şeklinin sorunlu olabileceğine yönelik yapılan vurgu çerçevesinde 6284 sayılı Kanun üzerinden haklarında verilen gerekçeli kararlara karşı vatandaşların Anayasa Mahkemesine yaptıkları bireysel başvurularının incelenmesidir.

Söz konusu kararlar, 08.03.2012 tarihinde kabul edilen 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un kabul edilmesi sonrasında bu kanunun uygulanmasına ilişkindir. Bu kararlar, Anayasa Mahkemesi'nin resmi sayfasındaki⁷ bireysel başvuru kararları seçilerek ve ilgili hukuk kısmından 6284 sayılı Kanun aratılarak elde edilen yirmi dört başvurudan ibarettir. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen bu yirmi dört başvuru sonucunda bu başvuruların on bir tanesinde bir hak ihlali olduğu⁸, iki tanesinde bir hak ihlalinin olmadığı⁹ yönünde karar verilirken on tanesi de¹⁰ kabul edilemez bulunmuştur. Verilen ihlal kararları, 6284 sayılı Kanun'da yer alan ve birinci derece mahkemesi hakimi tarafından verilen koruyucu tedbir kararları (m 4) ve yine hakim tarafından verilen önleyici tedbir kararları (m 5) üzerinden bu kararlara yönelik itirazlar açısından gerçekleşmiştir. Bu maddeler üzerinden yapılan ihlaller ise, Anayasa'da yer alan "kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı (m 17)" ile "hak arama hürriyeti (m 36, m 38/4)" kapsamında adil yargılanma hakkı ve gerekçeli karar hakkı açısından gerçekleşmiştir.

Bu çerçevede çalışmanın temel amacı, birinci derece mahkemelerin 6284 sayılı Kanun kapsamında vermiş oldukları kararlar neticesinde Anayasa Mahkemesi'nin bu kararlara yönelik değerlendirmeleri üzerinden 6284 sayılı Kanun m 4 ve m 5 kapsamında kadına karşı şiddet ile mücadeleye yönelik uygulamaları analiz etmektir. Ayrıca yapılan araştırma ve neticesindeki analizler ile ileride düzenlenecek yeni kanun ya da düzenlemeler için geliştirici öneriler verilmesi amaçlanmıştır. Bu önerilerin gerekliliğini ortaya koyan ve çalışmaya çıkış noktası olan durum, şiddet

⁶ Hilal Akdeniz, "Kadına Yönelik Şiddetle Mücadelede Hukuki Düzenlemelerin Yeterliliği ve Etkililiği" (2012) İnsan Hakları Standartlarının Etkili Uygulaması Bağlamında Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Uluslararası Sempozyumu, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları; 545-557; Yağcıoğlu, (n 3) 913-966; Öztürk (n 5) 1-32.

⁷ <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>> Erişim Tarihi 08.12.2020.

⁸ Yapılan arama sonucunda, 6284 sayılı Kanun ve bu Kanun m 4 ve m 5 ile doğrudan ilgili olan on bir tane ihlal kararı olduğu görülmektedir. 2 başvuru ise (S.B. ve Cengiz Kılıç başvuruları) bu kapsamda olmadığı için sadece ilgili bazı kısımlar açısından değerlendirilmiştir. İhlal kararı verilen başvurular ise şunlardır: Salih Söylemezoglu başvurusu, A.Z.Ö başvurusu, A.B. başvurusu, T.K. başvurusu, K.Ş. başvurusu, S.M. başvurusu, Erdal Türkmen başvurusu, Ö.T. başvurusu, Emre Kaya başvurusu, Mustafa Atak başvurusu, M.Ş.N. başvurusu.

⁹ M.M.E ve T.E. başvurusu aile hayatına saygı hakkı (1982 Anayasası m 20) ile Fatma Güneş başvurusu yaşam hakkı (Anayasa m 17) çerçevesinde değerlendirilmiş ve Mahkeme tarafından ihlal olmadığı yönünde karar verilmiştir.

¹⁰ Azim Çiğil başvurusu iddiaların yeterli delillendirilememesi sebebi ile; C.K., Gamze Armağan, Semra Özel Üner ve M.M.E ve T.E başvuruları (Anayasa m 42 açısından) müdahalenin hukuka uygun olması sebebi ile; İlnur Kızıltoprak, Eylem Çetin Demir, T.A., Özlem Tuncel başvurularında ise hakka ilişkin bir müdahalenin bulunmaması ve son olarak M.M.Ç. başvurusunda ise konu bakımından yetkisizlik sebebi ile Mahkeme kabul edilemezlik kararı vermiştir.

mağduru kadınların 6284 sayılı Kanun'un uygulanması aşamasında birinci derece mahkemesi hakimi tarafından verilen karar neticesinde dezavantajlı bir konuma düşebilme halidir. Çünkü çalışma kapsamında yapılan tarama ve karar sonuçlarının değerlendirmesi sonrasında görülmüştür ki, 6284 sayılı Kanun'un uygulayıcısı olan hakimlerin bu kanun kapsamında verdiği bazı kararlar, özellikle kişi dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı ile hak arama hürriyeti kapsamında toplum içerisindeki bireylerin hak ihlallerine yol açabilmektedir. Çalışmanın çıkış noktası olan argüman ile ilgili olarak yapılan yabancı hukuk literatürü taraması neticesinde de görülmüştür ki, kadına yönelik şiddet ile mücadelede yürürlüğe giren kapsamlı kanunların uygulanma aşamasında gerek şiddet mağduru gerekse de hakkında şiddet uyguladığı iddiası bulunan kişi ya da kişiler açısından suç oluşturana eylemden bağımsız farklı mağduriyetlere sebebiyet veren vaka incelemelerini içeren çalışmalar oldukça yetersizdir. Bu sebeple yapılan literatür taraması neticesinde çalışmanın sadece Türkiye için değil; yabancı hukuk literatürüne de güncel bir Türkiye örneği olarak katkı sağlayacağı düşünülmektedir.

6284 sayılı Kanun ve Türk Hukuk sisteminde bireylerin birinci derece mahkemeleri tarafından verilen hükümlerde ortaya çıktığı iddia edilen bireysel hak ihlali durumlarına karşın başvurdukları Anayasa Mahkemesinin yabancı hukuk literatüründe ülke ve vaka örnekleri özelinde farklılık gösterdiği, aynı zamanda üst derece mahkemelerinin ülkeden ülkeye isim, usul ve işleyiş şekli olarak da çeşitlilik gösterdiği bilinen bir gerçektir. Ancak çalışmanın ulusal ölçekte bir analiz olarak kalmaması amacıyla yabancı hukuk literatürü çalışmanın temel amacı ve sunulacak çözüm önerileri aşamasında analitik ve kapsamlı bir değerlendirme yapabilmek adına detaylı olarak taranmıştır. Buradan hareketle yabancı hukuk literatüründe yer alan kadına karşı şiddetle mücadelede uygulanan kanunlar ve bu kanunların uygulamasındaki hakim, savcı, avukatların söylem ve kararları, sonrasında birinci derece mahkemelerinin vermiş olduğu kararlara itirazlar, bu itirazların çözümüne yönelik süreçler, yapılan itirazların yaratmış olduğu mağduriyetler ve bu mağduriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik alınmış çözüm önerilerinin incelendiği çalışmalar üzerine bir tarama araştırması gerçekleştirilmiştir. Neticede tarihsel, kültürel, siyasal ve sosyo-ekonomik parametreler paralelinde ülkelerin ayrışan hukuk sistemlerinin gösterdiği değişim ve sorunlara cevap verme hızındaki farklılıklar göz önünde bulundurulduğunda yabancı hukuk literatüründe tespit edilen tartışmaların ve analizlerin bu çalışmaya sınırlı bir katkı sağladığı ifade edilebilir. Bununla birlikte yabancı ve Türkiye'deki literatüre dair güncel bir tarama ile çalışmanın temel sorunsalı ve ortaya çıkış sebebinin arka plan bilgisi ve önemini desteklemek oldukça elzemdir. Çalışmanın ilk bölümünü oluşturan bu temel literatür değerlendirmesi bağlamında 6284 sayılı Kanun üzerinden "Kadının beyanı esastır." ilkesi üzerinde durulacak ve bu ilke ile paralel olarak Kanunun 4. ve 5. Maddeleri, çalışmada vakalar olarak incelenmiş ilgili Anayasa Mahkemesi kararlarına ve bu kararlarda değinilen hakimin takdir yetkisine

referans ile ele alınacaktır. İlerleyen bölümde ise Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuruların çerçevesi ele alınacak ve birinci derece mahkemelerin 6284 sayılı Kanun üzerinden verdikleri kararlara gelen itirazların Anayasa Mahkemesi tarafından nasıl değerlendirildiği ortaya konacaktır. Bu vakaların analizi bağlamında kadına karşı şiddet ekseninde kanunun uygulanması aşamasında ne gibi çözümlerin geliştirilebileceğine dair olası hukuki önlemler ve mesleki eğitim gibi öneriler ana başlıklar ile ortaya konacaktır. Böylece incelenen Anayasa Mahkemesi kararları ekseninde hem hukuk alanında hakimın takdiri açısından hem de ulusal kanunların uygulanabilirliği ile ilgili hukuk, cinsiyet eşitliği ve kadına karşı şiddet temalı ulusal ve bir vaka olarak Türkiye incelemesiyle uluslararası literatürlere katkı sağlanması planlanmaktadır.

I. Kadına Karşı Şiddet ile Mücadelede Hukuki Adımlara Dair Gelişmeler

A. Uluslararası Alanda

Kadına karşı şiddetle mücadelede özellikle 90'lı yıllar itibariyle kadın hareketinde çözüme ve eyleme yönelik faaliyetler, uluslararası platformlarda, farklı disiplinler paralelinde akademik alanda oldukça kapsamlı ve kapsayıcı çalışmaların gerçekleştirildiği bir süreç dahilinde ele alınmaktadır¹¹. Uluslararası örgütler, ulusal sivil toplum örgütleri, üniversiteler, düşünce kuruluşları ve diğer kanaat oluşturacak kurumlar ekseninde sadece kadınların değil, erkeklerin ve çocukların da maruz kaldığı şiddet bağlamında yapılan geniş saha araştırmaları, şiddetin ortaya çıkış sebepleri, tetikleyicileri, özellikle proaktif bir adım olarak şiddet durumunun yaşanmasının engellenmesi veya son aşamada şiddete maruz kalan mağdurların haklarının korunması, küresel bir sorun olarak görölmektedir¹². Bu paralelde özellikle kadın hakları savunucusu aktörler, deneyimlerin paylaşımı ve fark yaratabileceği düşünölen öneri,

¹¹ Esmayagmur Sönmez, "İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye'de Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi" 2020, 1-17 İstanbul Üniversitesi Kadın Araştırmaları Dergisi 1-18.; Eve S. Buzawa and Carl G. Buzawa, *Domestic Violence: The Criminal Justice Response* (3rd edn, California, Sage Publications 2003); Salvador Millaleo, "Violence and Discrimination Against Women in Chile" in Adem Sözüer (ed), *Kadına Yönelik Şiddet ve Ayrımcılık* (Adalet Yayınevi, 2012) 209-229.

¹² Robert C. Davis and Barbara Smith, "Domestic Violence Reforms: Empty Promises or Fulfilled Expectations?" (1995) 4 (41), *Crime & Delinquency* 541-552.

uygulama ya da mekanizmalar bağlamında raporlar ortaya koymaktadırlar¹³. Yabancı hukuk literatürü ve uluslararası arenadaki tartışmaları değerlendirme amacıyla bu bölüm, özellikle kadına karşı şiddet ile mücadeledeki farklı ülke uygulamaları, hukuk sistemine konu olan davaların süreçleri ve uygulamada tespit edilen aksaklıkları ele almış olan daha önce de belirtildiği üzere sınırlı bir literatüre değinmektedir. Bu haliyle dahi, ele alınan değerlendirme ve analizler, Türkiye örneğindeki duruma dair bir arka plan referansı olması sebebiyle önemli bulunmaktadır.

Karşılaştırmalı Hukuk literatüründe Anglosakson geleneği benimseyen ülkeleri (Kanada, İngiltere, Avustralya, ABD gibi) dünya genelinde önemli bir gündem konusu olan kadına karşı şiddet vakalarının incelenmesi yönünde özel görevlendirilmiş mahkemeler vasıtasıyla çözüm üretmeyi benimsemişlerdir¹⁴. Bu durumun temel sebebi, şiddetin diğer ceza davalarına konu olan durumlardan farklı olarak ayrıcalıklı bir hassasiyet ve değerlendirme gerektirdiğine dayandırılan tartışmalardır. Bu prensipten hareketle dava konusunun meydana geliş sebepleri çok boyutlu ve kimi zaman iç içe geçmiş olmaktadır. Bu çok boyutlu ve karmaşık durumların konu olduğu ilgili davalardaki hakimlerin belli başlı bazı temel kriterler esas alınarak atanmasının yapılması bir gereklilik olarak görülmektedir¹⁵. Hakimin dava konusu olan “şiddet” durumuna dair almış olduğu meslek içi eğitimleri, psikolojik yaklaşım teknikleri gibi sahip olacağı teknik nitelikler, gerek mahkemenin verdiği kararda gerekse de dava sonunda gelebilecek olan –bu çalışmanın da temel çıkış noktası olarak ele alınan ve ilerleyen bölümlerde incelenecek olan itirazlar gibi başka olası- itirazların kapsamlı bir değerlendirilmesinin en baştan yapılmasına hizmet etme amacını taşımaktadır¹⁶. Bunun yanında Anglosakson örneğin dışında kalan dünyanın farklı ülkelerinin hukuk literatürü bağlamında ele alınmış birçok çalışmada, kadına karşı şiddetin önlenmesini

¹³ Lorna J. Smith, *Domestic Violence: An Overview of the Literature (HMSO 1989)*; Millaleo (n 9) 209-229; Helene Silverberg, “Sexual and Domestic Violence Laws in the United States” 287-305; Monica Kocaqi “Countries Reports: Albania&Kosovo” 305-325; Alberto Alonso Rimo “The Fight Against Gender-Based Violence in Spain: Lights and Shadows” 377-389; Zolt Szomor “The Legal and Institutional Approach to Violence Against Women in Hungary” 407-429; V.S. Elizabeth “Country Report-India” 429-431; Byung-Sun Cho, “Law and Practice in Sexual Violence Crimes and Sexual Harassment in South Korea” 431-449; Anna Alekseyeva “Domestic Violence in the Russian Federation” 495-505; Andre Lamas Leite “Violence and Discrimination Against Women in Mexico” 541-553; Vittorio Manes “Sexual Violence Against Women in Italy” 555-565; William Locke, “The Threatment of Men and Women Who Kill Their Mates in Anglo-American Law” 601-623; Almas Jiwni “Addressing Violence and Discrimination Against Women: Lessons Learned from the Canadian Experience” 325-351 in Adem Sözüer (ed), *Kadına Yönelik Şiddet ve Ayrımcılık* (Adalet Yayınevi, 2012).; Hilary Charlesworth and Christine Chinkin “Violence Against Women, a Global Issue” in Julie Stubbs (ed), *Women, Male Violence and the Law* (Sydney Law School 1994).; Lori L. Heise, *Violence Against Women: The Hidden Health Burden* (World Bank 1996).; Holly Johnson *Dangerous Domains: Violence Against Women in Canada (The Nelson Crime in Canada Series)* (Nelson Canada 1996).; Sandra Cook and Judith Bessant, *Women’s Encounters with Violence* (SAGE 1997).; Renee Römkers “Prevalence of Wife Abuse in the Netherlands: Combining Quantitative and Qualitative Methods in a Survey” 1997 (12) *Journal of Interpersonal Violence* 99-125.; R. Emerson Dobash, Russel O. Dobash, Kate Cavanagh and Ruht Lewis, *Changing Violent Men* (SAGE 2000).

¹⁴ Myrna Dawson and Ronit Dinovitzer, “Victim Cooperation and the Prosecution of Domestic Violence in a Specialized Court” (2001) (18) *Justice Quarterly* 593-622.; Joanne Belknap, Ruht E. Fleury, Heather C. Melton, Cris M. Sullivan and Amy Leisenring, “To Go Or Not To Go? Preliminary Findings on Battered Women’s Decisions Regarding Court Cases” in Helen M. Eigenberg (ed), *Woman Battering in the United States: Till Death Do us Part* (Prospect Heights, IL: Waveland Press 2001) 319-326.; Locke (n 11) 601-623.; Susan Eley, “Changing Practices: The Specialised Domestic Violence Court Process” (2005) 2 (44) *The Howard Journal of Crime and Justice*, 113-124.

¹⁵ Belknap, Fleury, Melton, Sullivan and Leisenring (n 11) 319-326.; Susan Eley, *Changing Practices: The Specialised Domestic Violence Court Process* (The Howard Journal of Crime and Justice 2005) 113-124.

¹⁶ Silverberg (n 11) 287-305.; Locke (n 11) 601-623.

ve cezalandırılmasını amaç edinmiş kanunların çalışmanın da kapsamı paralelinde kanunlaşma süreçleri değil; çıkartılan ilgili kanunların uygulanma süreçlerine dair incelemelerin yapıldığı örnekler tespit edilmiştir¹⁷. Bu örneklerin büyük bir çoğunluğunda tespit edilen kapsamlı argüman, kanunu uygulayan hakim, savcı, kolluk kuvvetleri, taraf avukatlarının mağdur ve sanık bağlamında ele alınan vakalara dair tutumlarının, kararlarının ve savunularının kadına karşı şiddet kanunları kadar titizlikle ele alınması gereken alanlar olduğu konusu ifade edilebilir.

Bu bağlamda ilgili yabancı hukuk literatüründeki tartışmaların ağırlıklı olarak hukuk doktrini ekseninde gerçekleşen çalışmalar olduğu tespit edilmiştir. İşbu çalışmanın temel çıkış noktasına ilham veren de kanunların uygulamasına yönelik süreçlerin incelendiği vaka odaklı çalışmaların artmasına ihtiyaç duyulan bir saha olduğu ve gerek yabancı gerekse de Türkiye’deki mevcut literatürdeki eksikliklerin giderilmesi amaçlanmıştır.

B. Türkiye’de 6284 Sayılı Kanun Çerçevesinde

Anayasa m 17’de düzenlenen, beden bütünlüğünün dokunulmazlığı ve yaşam hakkını güvence altına alan hüküm çerçevesinde herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Bu temel çerçeveden hareketle sadece kadına değil herhangi bir bireye yönelik her tür şiddet, insan haklarının ihlalidir¹⁸. Dolayısıyla devletin yükümlülüğü, şiddetin gerçekleşmeden önlenmesi veya süren şiddetin sonlandırılmasıdır. Aynı zamanda insanların temel hak ve hürriyetlerinin sağlanması (Anayasa m 12 vd.), özel ve aile hayatının korunması (Anayasa m 20), kadın ve erkek eşitliğinin (Anayasa m 10) temin edilmesi anayasal birer hüküm olarak devletin temel amaç ve görevleri arasında görülerek garanti altına alındığı gibi, Türkiye tarafından 1985 yılından imzalanan ve 1986 yılında yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW: The Convention on the Elimination of All Forms Discrimination against Women)’ne göre Sözleşmeye taraf olan devletler aile hayatının korunmasını, kadın-erkek ayrımcılığı yapılmamasını, insanların yaşama hakkını, güvenliğini, öngörür¹⁹. Bunlar aynı zamanda devletlere pozitif yükümlülük olarak yüklenir. Buna göre devletler bu hakları ihlal edememekte (negatif yükümlülük) ve bu hakların korunması ve ihlal edilmemesi için gerekli tedbirleri almak (pozitif yükümlülük) durumundadırlar²⁰.

¹⁷ Sözüler (n 11): Millaleo 209-229; Silverberg 287-305.; Kocaçi 305-325; Rimo “377-389; Szomora 407-429; Elizabeth 429-431; Cho, 431-449; Alekseyeva 495-505; Leite 541-553; Manes 555-565; Locke, “601-623; Jiwani 325-351.

¹⁸ Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 2 Sıra Sayısı 181, 1/572 esas numaralı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından hazırlanan tasarımın genel gerekçesi için bkz. <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss181.pdf>> Erişim Tarihi 04.12.2020.

¹⁹ Gökçeççek Ayata, Sevinç Eryılmaz Dilek ve Bertil Emrah Oder, *Kadın Hakları: Uluslararası Hukuk ve Uygulama* (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2010).

²⁰ “İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Koruma Sözleşmesi” (İHAS) m 2, 5, 8. “Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme” (CEDAW) m 1, 16, Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi (İstanbul) Sözleşmesi” m 1, 4, 5 vd.

Türkiye Cumhuriyeti'nin ulusal yasaları seviyesinde bakıldığında, kadına karşı ve aile içi şiddetin önlenmesi amacıyla yürürlüğe giren kanunlardan ilki, 4320 sayılı (Mülga) Ailenin Korunması Hakkındaki Kanun'dur²¹. Aile içi şiddet olgusu çeşitli tedbirler ve hükümler çerçevesinde 4320 sayılı Kanun kapsamında önlenmeye yönelik olarak uygulanmışsa da bir noktada tıkanmış ve sadece kağıt üzerinden kalan bir metin haline dönüşmüştür. Belirtilen dönem içerisinde AİHM'nin Opuz/Türkiye kararı²², dönemin yargı sisteminin (765 sayılı Kanun ve 4320 sayılı Kanun) yeterli ve caydırıcılık etkisinin olmadığını göstermiştir²³. Aynı zamanda kadına yönelen şiddetin gösterdiği artış da kanun koyucu tarafından yeni bir yasal düzenleme arayışı içine girilmesine sebebiyet vermiştir²⁴. 4320 sayılı Kanun'a yöneltilen eleştiriler, 26 Nisan 2007 tarihinde kabul edilen 5636 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerle²⁵ belli noktalarda ortadan kaldırılrsa da genel olarak 4320 sayılı Kanun'un ihtiyaçlara cevap veremediği görülmüştür²⁶. 1995'ten 2002 yılına kadar devam eden Opuz/Türkiye davasının neticelenmesini takip eden dönemde bu kararda vurgulanan etkili korumanın sağlanması ile²⁷ 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, 8 Mart 2012 tarihinde TBMM Genel Kurulu'nda oy birliği ile kabul edilmiş ve 20 Mart 2012 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir²⁸.

²¹ Ailenin Korunmasına Dair Kanun, Kanun numarası: 4320, Kabul Tarihi: 14.01.1998, RG 17.01.1998/23233 Kanunun ilk hali için bkz.: <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23233.pdf>> Erişim Tarihi 04.12.2020.

²² Opuz v Türkiye 33401/02 (9.06.2009). <<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-92945>> Erişim Tarihi 27.11.2020.

²³ Paragraf 153: “Mevzuattan ve mevcut araçların kullanılmamasından kaynaklanan engeller, mevcut yargı sisteminin caydırıcılık etkisini ve... yaşam hakkına yönelik ihlalin engellenmesinde oynaması gereken rolü baltalamıştır.” Ayrıca paragraf 172: “...başvurucunun Hükümet tarafından önerildiği üzere sığınma evlerinden birine kabul edildiği varsayılacak olsa dahi, Mahkeme bunları sadece geçici bir çözüm olacağını ... o evlerde kalan mağdurların güvenliğini sağlayacak herhangi bir resmi düzenleme bulunduğu izlenimi de yaratılmamıştır.”

²⁴ “Türkiye’de kadın cinayetleri gün geçtikçe artmaktadır. Sadece istatistikler incelendiğinde neredeyse günde 5 kadının cinayete kurban gittiği bir tablo ile karşı karşıya kalınmaktadır. Yapılan araştırmalar, katillerin genellikle kadının ‘en yakın’ olan erkeklerden ... oluştuğunu göstermektedir...” 2/145 esas numaralı teklifin gerekçesi <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss181.pdf>> Erişim Tarihi 04.12.2020.

²⁵ Ailenin Korunmasına Dair Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun numarası: 5636, Kabul Tarihi: 26.04.2007, RG 04.05.2007/26512 <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/05/20070504-2.htm>> Erişim Tarihi 04.12.2020.

²⁶ Mustafa Ateş, “4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Bu Kanundaki Değişiklikler Üzerine Düşünceler” (2007) 3, Ankara Barosu Dergisi 161-169; Gökçeçiçek Ayata, Sevinç Eryılmaz, Seda Kalem, *Ailenin Korunmasına Dair Kanun Kimi ve Neyi Koruyor? Hâkim, Savcı, Avukat Anlatıları* (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011); Emel Badur, “Ailenin Korunması Alanındaki Son Gelişmeler” (2009) 84, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 69-92; Öztürk (n 5) 913-966; Moroğlu (n 3) 357-380; Ali Akın, “Kadına Karşı Şiddet ve 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun Açısından Konuya Bakış” (2008) 30, Adalet Dergisi, 271-278; Mustafa Akın, “Ailenin Korunmasına Dair Kanunda Belirtilmeyen Tedbirlere Hükmüdenilmesi ve Danışmanlık Tedbirinin Uygulanması” (2007) 14, Terazi Hukuk Dergisi, 93-102; Eray Karınca, “Kadının Eş Şiddetinden Korunması İçin 4320 Sayılı Kanun’da Yapılabilecek İyileştirmeler”, (2010) 1(3), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 325-348.

²⁷ 2/38 esas numaralı teklif ve gerekçesi <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss181.pdf>> Erişim Tarihi: 04.12.2020.

²⁸ 6284 sayılı Kanun’a ilişkin Adalet komisyonu Raporu’nda belirtildiği gibi yaşam hakkının temel bir insan hakkı olarak görüldüğü ve bu durumun Devlet’in korumakla yükümlü olduğu bir görevi olduğu; sadece yasama faaliyetleri açısından değil toplumsal bilincin oluşturulması adına koruyucu ve giderici tedbirlerin alınmasının gerektiği vurgulanmıştır. Yine aynı adalet komisyonunda Aile ve Sosyal Politikalar Bakanı da belirtilen hassasiyetlerin uygulamada hemen çözümlenmesini kolay olmadığını; toplumun değişim ve dönüşümünün zihinsel bir boyutta gerçekleştirilmesi için toplu bir seferberlik olması gerektiğini açıklamıştır. Konu ile ilgili olarak Öğretide de aile içi şiddet ile ilgili olarak birçok sosyal, ekonomik, kültürel sebeplerin olduğu ve bu durumun sadece bir kanun ile değil uzun soluklu toplumsal farkındalıkla gerçekleşeceği kabul görmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Köksal Bayraktar, Fulya Eroğlu, “Aile İç Şiddete İlişkin Ceza Kanunu Çerçevesinde Genel Bir İnceleme” (2012) 8 (2), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 63-111.

6284 sayılı Kanun m 2’de “Kanunun uygulanması ve uyulmasında esas alınacak temel ilkeler” verilmiş Anayasa ve yürürlükteki diğer kanuni düzenlemelerin beraberinde bir metin olarak oldukça kapsamlı ve dönemi için büyük bir adım ve ilk olarak görülmüştür²⁹.

Toplumun ihtiyaçları ve sorunları da oldukça iyi analiz edilerek ortaya konan 6284 sayılı Kanun’da şiddet kavramı tanımlanmış ve bunun yanında şiddeti uygulayan ve şiddete maruz kalan ile bunlar hakkında verilecek önleyici tedbirler genişletilmiş, 4320 sayılı Kanun’da yer almayan ve mülki amir ile hâkim tarafından verilecek koruyucu tedbirler öngörülmüş, uzun süren ceza yargılamalarının önüne geçmek adına derhal uygulanabilecek zorlama hapsi getirilmiştir.

Şiddet, bir insan hakkı ihlali olarak görülmesi sebebi ile bu sorun bir “özel alan” sorunu olmaktan çıkarılarak toplumsal alanda tartışılmaya başlanmıştır. Ayrıca bununla olan mücadelede bir devlet politikası olarak kabul edilmiştir³⁰. Bu sebeplerdir ki 6284 sayılı Kanun’da tanımı yapılan şiddetin, şiddet ile mücadele açısından kurumsal bir boyuta taşınması amaçlanmıştır. Kanun şiddetin önlenmesi ve verilen tedbir kararlarının etkili uygulanabilmesi ve izlenebilmesi amacıyla yedi gün/yirmi dört saat esası ve tek kapı ilkesini benimsemiştir. Bu paralelde şiddet önleme ve izleme merkezlerinin (ŞÖNİM) kurulması öngörülmüş (m 14), şiddet mağdurları kadar şiddet uygulayan faillerin de destek hizmet almaları ve topluma kazandırılmalarına yönelik faaliyet alanları geliştirilmiştir (m 15/3). Aynı zamanda bu çalışma içerisinde de vurgulanacak olan şiddetle mücadele konusunda oldukça önemli ve proaktif bir faaliyet olan kurumlar arası koordinasyon ve eğitimler de ilgili bir madde (m 16) ile vurgulanmıştır³¹.

1. 6284 Sayılı Kanun ve “Kadının Beyanı Esastır” İlkesi

6284 sayılı Kanun’un temelini oluşturan ve bugün konu ile ilgili çalışma yapan pek çok kesimin bildiği gibi kadına karşı şiddet vakalarında temel olarak alınan kadının beyanının esas olmasıdır. Ontolojik olarak bakıldığında kadına karşı şiddet konusunda toplumların farklı gelenek göreneklerinin ötesinde, temelde ataerkil bir düzenin hakim olması erkeğin -erkeklik çalışmaları perspektifini ayrı tutarak yaklaşıldığında- avantajlı bir konumda olduğu ve “kadının sözünün” özellikle de şiddet durumu söz konusu olduğunda “kadının beyanının” ne kadar büyük bir durum eşitleyici olabileceğinden yola çıkarak kabul edilen bir uygulama olduğu bilinmekte ve göz ardı da edilmemektedir. Ancak sadece kadının beyanı üzerinden 6284 sayılı Kanun’un uygulamaya koyulmasına yönelik olumsuz

²⁹ Öztürk (n 5) 913-966; Akın (n 6) 271-278; Özgür Beyazıt ve Arzu Beyazıt “4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun Üzerine Değerlendirmeler” (2011) (40) Adalet Dergisi, 42, 58.

³⁰ 1/572 esas numaralı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından hazırlanan tasarının genel gerekçesi <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss181.pdf>> Erişim Tarihi 04.12.2020.

³¹ Öztürk (n 3) 1-32; Moroğlu (1) 357-380.

eleştiriler ve yükselen sesler bugün birçok farklı platformda dile getirilir hale gelmiştir³².

Bu noktada eleştiri oklarının yöneltildiği 6284 sayılı Kanun'da yer alan kullanımın değerlendirmesinden önce 6284 sayılı Kanun'un öncesindeki kanun içeriğinde nasıl bir durum kullanıldığı ve aynı zamanda kanunların geliştirilmesi ve eleştirisi için önemli bir mercii olduğundan yola çıkarak geçmiş dönemde bir üst derece mahkemesi olan Yargıtay tarafından konu ile ilgili ne gibi kararlar alındığına değinilmesi gerekmektedir³³. Bunun yanında 6284 sayılı Kanun öncesinde yürürlükte olan ve şiddete yönelik olarak kapsam açısından dönemin ihtiyaçlarını tam olarak karşılayamamakla beraber şiddete uğrayanın beyanının korunduğu bir diğer yasa olan 4320 sayılı Kanun üzerinde durma gerekliliği de görülmüştür.

İlgili geçmiş dönem 4320 sayılı Kanun'da³⁴ m 1'de "... aile içi şiddete maruz kalanların veya Cumhuriyet Başsavcılığının bildirilmesi üzerine Sulh Hukuk Hakimi meselenin mahiyetini göz önünde bulundurarak re'sen... tedbire/tebirlere başvurabileceği" düzenlenmiştir. Ancak Sulh Hukuk Hakiminin³⁵, kendisine bir müracaat olmadan koruma kararı verebilmeyi kendiliğinden başlatabileceğine dair kanunda açık bir hüküm bulunmadığından, hakim bu süreci kendiliğinden başlatamamaktaydı. Aynı zamanda hakimin aile içi şiddete maruz kalma hadisesine ilişkin dosyanın incelemesini duruşma açarak veya evrak üzerinde yürüteceğine ilişkin açık bir hüküm de bulunmamaktaydı. Bu iki durumun yanında Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin konuya yönelik kararları³⁶ paralelinde 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m 105, m 106, m 107 ve m 108. maddelerinde belirlenen prosedür uyarınca yargılama yürütülecek ve m 105/2'de yer alan "Müstacel veya müddeinin hukukunu derhal muhafaza zaruri olan hallerde her iki taraf davet edilmeksizin dahi ihtiyati tedbire karar verilebilir." hükmü gereğince aile içi şiddete maruz kalanın derhal korunmasının gerekli olduğu hallerde, kusurlu eş veya aile içi şiddete maruz kalan davet edilmeden evrak üzerinde karar verilebilecektir, şeklinde bir uygulama izlenmekteydi. Bu uygulama ile hakimin yürüteceği yargılamada, aile içi şiddete maruz kalan eşin şiddete maruz kaldığını ispat etme yükümlülüğü kalmamaktaydı³⁷.

³² Yağcıoğlu, (n 3) 913-966; Kübra Ercoşkun Şenol, "Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Üzerine Bir İnceleme" (2019) 13, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 423-459; Ali Balkan, "Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesinde Uygulanabilecek İdari Koruma Tedbirleri", (2017) 3 (14), International Journal of Academic Value Studies, 183-191.

³³ Yusuf Solmaz Balo, "Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Uygulanması" (2003) 2(6), Aile ve Toplum, 23-33; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 26.4.1999 tarihli ve Esas: 1998/4506, Karar: 1999/40 ; <<https://m.bianet.org/bianet/toplumsal-cinsiyet/211141-7-soru-7-yanit-istanbul-sozlesmesi-nedir-ne-getiriyor>> Erişim Tarihi 04.12.2020; <<https://t24.com.tr/haber/kadinin-beyani-esastir-ilkesi-nedir-ne-degidir,807070>> Erişim Tarihi 04.11.2020; <<https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-47129398>> Erişim Tarihi 04.12.2020.

³⁴ Ailenin Korunmasına Dair Kanun, Kanun numarası: 4320, Kabul Tarihi: 14.01.1998, RG 17.01.1998/23233 Kanunun ilk hali için bkz.: <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23233.pdf>> Erişim Tarihi 04.12.2020.

³⁵ 5636 sayılı Kanun m 1 ile Sulh Hukuk Hakimi ifadesi, "Aile Mahkemesi Hakimi" şeklinde değiştirilmiştir.

³⁶ Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 26.4.1999 tarihli ve Esas: 1998/4506, 1999/40-2 sayılı kararı

³⁷ "Sulh hukuk mahkemesi kadının tekrar şiddete uğrama ihtimalini göz önüne alarak başvurunun hemen ardından tanık ya da karşı tarafın dinlenmesine gerek olmadan bu kararı verebilecektir. Kadının mahkemede şiddete uğrama ihtimalini kanıtlaya yükümlülüğü de bulunmamaktadır." 4320 sayılı Kanun m 1 gereğince.

4320 sayılı Kanun'un devamında bugün bu çalışmanın da konusu olan 6284 sayılı Kanun'un hazırlanma sürecinde, toplumun dönem sürecindeki ihtiyaçlarına, yaşanan şiddet durumlarına ve şiddet mağdurlarının koşullarına bakılarak bir çerçeve çizildiği söylenebilir. Bunun yanında 6284 sayılı Kanun'un ön hazırlığı amacıyla sayılı 4320 sayılı Kanun'un "amaç, kapsam ve temel ilkeleri" (m 1) ile tanımlarına (m 2) bakılmıştır. 4320 sayılı Kanun'un amacının şiddete uğrama tehlikesi bulunan ya da şiddete uğrayan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması olduğunun belirtilmesi yeterli görülmemiştir. Bu sebeple 6284 sayılı Kanun'da 4320 sayılı Kanun'daki kullanımdan farklı olarak m 2'de, aile fertleri ve kadının yanı sıra cinsiyeti ne olursa olsun şiddete doğrudan ya da dolaylı olarak maruz kalan veya kalma tehlikesi bulunan kişiler ile şiddetten etkilenen veya etkilenme tehlikesi bulunan kişiler şiddet mağduru olarak sayılmıştır³⁸. Dolayısıyla 6284 sayılı Kanun ile beraber cinsiyetinden bağımsız olarak kadın ya da erkek her birey şiddete uğradığı sürece şiddet mağduru olarak kabul edilmektedir. Buradan hareketle kamuoyunda ve birçok farklı tartışma dahilinde yapılan "Kadının beyanı esastır" ilkesinden yola çıkarak öncelikle belirtilmesi gereken 6284 sayılı Kanun kapsamında "Kadının beyanı esastır" şeklinde bir kullanımın yer almadığı; ancak bu kapsam dahilinde şiddet mağduru "bireyin" şiddetin uygulandığına dair beyanının herhangi bir ispat istenmeden değerlendirilmesinin bazı hallerde mümkün olduğu belirtilmiştir³⁹. Dolayısıyla "Kadının beyanı esastır" ilkesine yönelik olarak bu uygulamanın yanlış olduğunu savunan görüşler, 6284 sayılı Kanun kapsamında vurgulanan ve şiddet mağduru olarak belirtilen kapsayıcı tanımı göz ardı etmektedirler. Kanun kapsamında herhangi bir delil aranmaksızın koruma altına alınmaya çalışılan ve beyanı esas alınan şiddet mağduru; sadece kadın değil şiddete uğrayan herhangi bir birey olarak değerlendirilmelidir. Diğer bir deyişle, bu değerlendirme ile kanunun sadece kadınlar için değil, toplumdaki şiddet mağduru her bireyi koruma çabasından yola çıkılarak oluşturulduğu da anlaşılmaktadır. Gerek kadın hakları gerekse cinsiyet eşitliği ilkeleri açısından oldukça önemli ve gelişmiş bir adım olarak belirtilen 6284 sayılı Kanun'un şiddet mağduru kişinin beyanından hareket etmesi ve şiddetin kanıtının aranmaması ilkesi ile hareket etmesi çağdaş ve gelişmiş bir kanun içeriği ile paralellik taşımaktadır. Kaldı ki, kanun ile her bireyin şiddete maruz kaldığını dile getirmesi ile şiddet mağduru sayılması, kötü amaçlar ile kullanıldığına ya da suiistimal edildiğinin tartışılmasından önce şiddete uğradığını beyan eden kişinin, şiddetin boyutu ne olursa olsun o şiddet anında olur da o şiddet anından kurtulursa ve mahkemeye giderse kendini haklı çıkaracak delil ya da kanıt peşinde koşamayacak bir haleti ruhiye içinde olması sebebiyle zaten şiddet mağdurundan şiddete uğradığına dair delil istenmesi ayrıca devlet tarafından uygulanan bir başka psikolojik şiddete dönüşecektir düşüncesindeyiz.

³⁸ Detaylı bilgi için bkz. 6284 Sayılı Kanun 2/1-b

³⁹ 6284 sayılı Kanun m 8/3: "Koruyucu Tedbir kararı verilebilmesi için, şiddetin uygulandığı hususunda delil veya belge aranmaz."

2. 6284 Sayılı Kanun m 4 ve m 5 Kapsamında Hakimin Takdir Yetkisi

6284 sayılı Kanun çerçevesinde uygulanan tedbirler, hakim tarafından verilecek koruyucu tedbir kararları (m 4) ve önleyici tedbir kararları (m 5) olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Bu tedbirler kişinin cinsiyetine bakılmaksızın şiddete uğradığını ve bunun sonucu olarak da kendisi veyahut şiddet uygulayan hakkında bir tedbir kararı uygulanmasına dair talebini ilgili mercilere (Bakanlık, kolluk görevlileri ya da Cumhuriyet savcısı) bildirdiği takdirde tedbir kararının aile mahkemeleri hakimleri vasıtasıyla verilen gerekçeli kararlar ile mümkün olmaktadır (m 8/1). Dolayısıyla hakimlerin vermiş olduğu gerekçeli kararların değerlendirilebilmesi ve doğru analizi için yol gösterici ilgili maddelerin açıklamasının yapılması ve tartışmalı noktalarına değinilmesi yerinde olacaktır.

6284 sayılı Kanun m 4 ve m 5'te şiddet mağdurlarının korumasıyla ilgili uygulanacak tedbirler hususunda hakime takdir yetkisi verilmiştir. Bu maddelerde aynı zamanda tedbir kararlarının alınması amacıyla çizilen çerçeve ile hakimin gerekçeli kararının ve yetkisinin alanını da belirlemiştir. Buna göre Hakim, “korunan kişilerle ilgili olarak” m 4'te yer alan tedbirlerden birine, birkaçına veya uygun görülecek benzer tedbirlere karar verebilecektir. Hakim “şiddet uygulayanlarla” ilgili olarak ise m 5 'de yer alan tedbirlerinden birine, birkaçına veya uygun görülecek benzer tedbirlere karar verebilecektir⁴⁰. Görüldüğü üzere hakime ilgili vaka üzerinden bir değerlendirme yapması ve bu değerlendirme kapsamında takdir yetkisini kullanarak bir karar verilmesi görevini yüklemiştir. Her iki madde için de hakime verilen takdir yetkisi, hem kanun metninde sayılan koruyucu ve önleyici tedbirlerden “yalnızca birine veya birkaçına” başvurabilmesi açısından hem de taraflara kanun metni dışındaki “benzer bazı tedbirler” in uygulanabilmesi açısından tanınmıştır.

6284 sayılı Kanun bireyden yola çıkarak şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi ile karşı karşıya olan kadınların, çocukların ve diğer kişilerin (m 1) işlenen şiddet veya şiddete uğrama tehlikesini engellemeye çalışmaktadır. Bunu gerçekleştirirken de şiddet mağdurunun beyanı üzerinden korunmasını amaçlasa da bu durumu düzenleyen spesifik bir madde bulunmamakla birlikte bunun etkilerinin görüldüğü maddeler bulunmaktadır. “Kadının beyanı esastır” ilkesinin bir yansıması olarak m 4'te düzenlenen koruyucu tedbirler şiddet mağduru kişiler hakkında ve şiddetin uygulandığına dair herhangi bir delil veya belge aranmaksızın uygulanabilmesi gösterilebilir (m 8/3). Şiddet mağduru kişilerden, kendilerinin şiddete uğradığına dair bir sağlık raporu vs. istenmesi, kararın verilmesinde bir gecikme doğurabilir ve hatta bu kişiye yönelik şiddetin devamına sebebiyet verebilir⁴¹. Burada şiddet mağduru kişilerin ivedilikle korunması amaçlanmıştır⁴².

⁴⁰ Detaylı bilgi için bkz. 6284 Sayılı Kanun m 5.

⁴¹ Mehmet Şerif Sağroğlu *Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun* (Legal Yayinevi 2013) 109.

⁴² Cansu Kaya Kızıllırmak, “İstanbul Sözleşmesi'nin Genel İlkeleri Işığında 6284 sayılı Kanun'un 4. Maddesi Uyarınca Hakim Tarafından Verilebilecek Koruyucu Tedbirler” (2020) *Public and Private International Law Bulletin*, 40 (2), 639.

Önleyici tedbirlerde ise durum farklıdır. Önleyici tedbirler “şiddet uygulayanlar” hakkında uygulanmasının haricinde önleyici tedbirler “şiddet uygulayanların” hareketlerini kısıtlayan diğer bir deyişle temel hak ve özgürlükler alanına (örneğin, seyahat özgürlüğü) müdahale eden kısıtlayıcı niteliği olan tedbirlerdir. Bu açıdan önleyici tedbirlerin uygulanabilmesi için kanun, kişinin şiddete maruz kaldığı veya maruz kalma tehlikesi altında bulunduğu hususunda olguların varlığı için herhangi bir “delil veya belge aranmaksızın” ifadesi kullanmamıştır. Bu sebeple önleyici tedbirlere başvuracak aile mahkemesi hakimlerinin şiddetin varlığına veya şiddete uğrama tehlikesine⁴³ dair birtakım delil veya belgenin varlığını araması gerekmektedir⁴⁴. Ancak yine de tedbir kararlarının “Gecikmeksizin verileceği ve bu kararın verilmesindeki gecikmenin de bu kanunun amacını gerçekleştirmeyi tehlikeye sokabilecek şekilde olmaması gerektiği” düzenlenmiştir (m 8/3). Bu açıdan şiddete maruz kalan kişinin şiddetin varlığını ya da şiddete uğrama tehlikesi altında bulunduğunu gösteren olguların varlığı gerekmektedir. Aksi halde bu durum, kişilere kanunla sağlanan hakkın kötüye kullanılmasına sebebiyet verecektir⁴⁵. Aşağı kısımda da Anayasa Mahkemesi’nin gerekçeli karar hakkının ihlali çerçevesinde değerlendirdiği Salih Söylemezoğlu başvurusunda da durum bu şekilde gerçekleşmiştir. Söz konusu verilen önleyici tedbirin “acil müdahale” olgusunu sağlamış olsa da bu amacın gerçekleşmesi adına tedbir kararında şiddetin var olduğuna yönelik kanaate nasıl ulaşıldığının açıklanması gerekmektedir⁴⁶.

Söz konusu önleyici tedbirlerin hükümde yer aldığı şekliyle “uygun görülecek benzer tedbirler” ifadesi ile sınırlı sayıda olmadığı belirtilmiştir. Somut olayın gösterebileceği özellikler çerçevesinde bu tedbirlerin sınırlı bir sayıda olmaması doktrinde isabetli olarak değerlendirilmiştir⁴⁷. Ancak şiddet uygulayanın bir temel hak ve özgürlüğüne etki etmesi, gecikmede tehlike bulunan hallerde yalnızca hakim kararı ile verilmesi, orantılı olması⁴⁸ geçici olması (6284 sayılı Kanun m 8/2), itiraz edilebilmesi (6284 sayılı Kanun m 9) yönlerinden 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda düzenlenen “koruma tedbirlerine” benzemektedirler. Hatta önleyici tedbir, 6284 sayılı Kanun’a özgü bir “adli kontrol” uygulamasıdır denilebilir. Ancak bilindiği üzere Ceza Muhakemesi Kanunu’nda düzenlenen koruma tedbirlerinin kişinin henüz hakkında bir hüküm bulunmaksızın soruşturma veya kovuşturma evresinde uygulanması ve bunlardan her birinin bir temel hak ve özgürlüğe bir

⁴³ Anayasa Mahkemesi, C.K. başvurusu, 2016/3114, 18.07.2019, par. 37.

⁴⁴ Yağcıoğlu (n 1) 948-949.

⁴⁵ Anayasa Mahkemesi, Salih Söylemezoğlu başvurusu, 2013/3758, 06.01.2016, par. 34-35.

⁴⁶ Anayasa Mahkemesi, Salih Söylemezoğlu başvurusu, 2013/3758, 06.01.2016, par. 39.

⁴⁷ Şenol, (n 29) 443; Mehmet Erdem, “Aile İçi Şiddet ve 4230 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun” (2007) 73 TBB Dergisi, 66; Öztürk, (n 5) 18.

⁴⁸ <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss181.pdf>> s. 47, Erişim Tarihi 04.12.2020.

müdahale niteliğinde olması sebebi ile bir kanunla düzenlenmesi kuraldır⁴⁹. Bu da koruma tedbirlerinin sınırlı sayıda olduğu⁵⁰ ve kanunda düzenlenen şekilde ancak uygulanabileceği anlamına gelmektedir. Diğer bir deyişle hakim yalnızca Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen koruma tedbirlerini uygulamakla görevli olup kıyas yoluyla yeni bir koruma tedbiri üretip uygulayamayacağı gibi kanunda yer alan bir koruma tedbiri için aranan şartlar ve sebepler de kıyas yoluyla genişletilemeyecektir⁵¹. Bu açıdan her ne kadar hakimın tedbir kararını verilebilmesi için birtakım delil ve belge şartı aranmış olsa da bu tedbir hakkında henüz bir ceza soruşturması dahi bulunmayan “şiddet uygulayan” kişi hakkında uygulanmaktadır. Bu sebeple 6284 sayılı Kanun m 5/1'deki “Şiddet uygulayanlarla ilgili olarak aşağıdaki önleyici tedbirlerden birine, birkaçına veya uygun görülecek benzer tedbirlere hakim tarafından karar verilebilir.” düzenlemesindeki “benzer tedbirler” ifadesinin, önleyici tedbirlerin şiddet uygulayanın bir temel hakkına müdahale etmesi sebebiyle hakimın hali hazırda var olan bir önleyici tedbire benzer, yeni bir önleyici tedbir yaratamayacağını ve dolayısıyla da bunu uygulayamayacağını aksi halde, temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin Anayasa m 13 ile bir çelişkiye düşüleceğini düşünmekteyiz⁵².

II. İlk Derece Mahkemeleri Kararlarına Yönelik olarak Anayasa Mahkemesi'nin Değerlendirmeleri ve Gerekçeli Kararlarının İncelenmesi

Karar taraması neticesinde elde edilen başvurulardan on bir tanesinde ihlal kararı verildiğini belirtmiştik. Ancak ihlal kararlarını değerlendirirken konu kapsamında ihlalin olmadığı yönünde karar veya kabul edilemezlik kararı verilen Azim Çiğil başvurusu (kabul edilemezlik), Semra Özel Ünel başvurusu (kabul edilemezlik), M.M.Ç. başvurusu (kabul edilemezlik), Özlem Tuncel Kaya başvurusu (kabul edilemezlik), M.M.E ve T.E. başvurusu (ihlal olmadığı) ve Gamze Armağan başvurusu (kabul edilemezlik) gibi diğer kararlardan da analiz sırasında faydalanılmıştır. Anayasa Mahkemesi başvurulardaki hukuki niteleme ile bağlı olmadığından⁵³ hak ihlali olduğu yönünde karar verdiği Salih Söylemezoğlu başvurusu, Erdal Türkmen başvurusu, S.M. başvurusu ve T.K. başvurusunu da “Hak arama hürriyeti (m 36, m 38/4)” kapsamında adil yargılanma hakkı ve gerekçeli karar hakkı çerçevesinde değerlendirilirken; K.Ş başvurusunu, Ö.T. başvurusunu ve A.Z.Ö başvurusunu konumuz dahilinde Anayasa'da yer alan “Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı (m 17)” hakkı çerçevesinde değerlendirmiştir. Kararları analiz ederken

⁴⁹ Cumhur Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I* (6. bası, Seçkin Yayıncılık 2015) 273; Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (12. bası, Seçkin Yayıncılık 2018) 538; Nur Centel ve Hamide Zafer *Ceza Muhakemesi Hukuku* (15. bası, Beta Yayıncılık 2018) 356.

⁵⁰ Şahin, (n 20) 273.

⁵¹ Şahin (n 20) 273.

⁵² Burhan Caner Hacıoğlu, “4230 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'la İhdas Edilen “Ailenin Korunmasına Dair Kanun'a Muhalefet Suçu” Üzerine Bir İnceleme” (1999) (3) 1 Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 41; Balo (n 30) 26.

⁵³ Anayasa Mahkemesi, Tahir Canan Başvurusu, 2012/969, 18.09.2013, par. 16.

Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmelerinin ne yönde yaptığını görebilmek açısından başvurucuların ihlal edildiğini düşündüğü diğer haklara da kısaca yer verilmiştir. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmeleri, gerekçeli kararları ve kararların analizi şu şekildedir:

A. “Hak Arama Hürriyeti” (Anayasa m 36) ve “Suçlu Sayılmama Hakkı” (Anayasa m 38/4) Açısından

Bu başlık altında incelenen tüm kararlardaki başvuruya sebep olan husus 6284 sayılı Kanun m 5'te düzenlenen “önleyici tedbir” kararının/kararlarının uygulanması sonucu oluşan durumlardır.

Salih Söylemezoğlu başvurusunda başvurucunun eşi ile devam etmekte olan boşanma davası sırasında hakkında 6284 sayılı Kanun çerçevesinde verilen önleyici tedbir kararlarına yaptığı itirazın, söz konusu iddiaların gerçeği araştırılmaksızın, inceleme yapılmaksızın ve hatta savunması alınmaksızın reddedilmesi sonucunda önleyici tedbir talebinde bulunanın “kadın” olmasının yeterli görülmesi nedeniyle ayrımcılığa (Anayasa m 10) maruz kaldığını ve bunun yanı sıra kişi dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlık (Anayasa m 17), “yerleşme ve seyahat hürriyeti” (Anayasa m 23) ve adil yargılanma hakkının (Anayasa m 36) ihlal edildiğini iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi ihlal edildiği iddia edilen eşitlik hakkı ve seyahat özgürlüğü açısından değil, yalnızca adil yargılanma hakkı açısından bir değerlendirme yapmıştır ve m 36 bağlamında ihlal kararı vermiştir.

Erdal Türkmen başvurusunda da⁵⁴ başvurucu hakkında bir süre birlikte yaşadığı bir kadının şikayeti üzerine 6284 sayılı Kanun çerçevesinde önleyici tedbir kararı, daha sonra buna uymadığı gerekçesiyle hakkında zorlama hapsi verilmiştir. Ancak buna yaptığı itirazda söz konusu tedbire aykırı davrandığını gösteren kesin bir kanıtın olmaması üzerine zorlama hapis kararı kaldırılmıştır. Ancak başvurucunun iddiasına göre yine herhangi bir kanıt olmaksızın hakkında tekrardan zorlama hapsine hükmedilmiş ve bunun sadece bir beyana dayalı olması sebebiyle kanuna aykırı olduğunu ve gerekçeli karar hakkının (Anayasa m 36) ihlal edildiğini iddia etmiştir. Anayasa mahkemesi m 36 bağlamında ihlal kararı vermiştir.

S.M. başvurusunda⁵⁵ ise, hakkında önleyici tedbir kararı verilen başvurucu, aynı zamanda açılan ceza soruşturmasında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi üzerine bu tedbir kararına itiraz etmiştir. Reddedilen itiraz üzerine başvurucu, sadece tek taraflı irade beyanı ile hakkında uygulanan önleyici tedbir kararında, kendisinin “şiddet uygulayan” şeklinde ifade edilmesinin kişilik haklarını zedelediğini ve “suçlu” izlenimi doğurduğundan şeref ve itibar hakkı (Anayasa m 17) ve “masumiyet

⁵⁴ Anayasa Mahkemesi, Erdal Türkmen başvurusu, 2016/2100, 04.04.2016.

⁵⁵ Anayasa Mahkemesi, S.M. başvurusu, 2016/6038, 20.06.2019.

karinesinin” (Anayasa m 36, m 38/4) ihlal edildiğini iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi sadece Anayasa m 36 ve m 38/4 kapsamında ihlal kararı vermiştir.

Yine T.K.⁵⁶ başvurusunda da aynı S.M. başvurusunda olduğu gibi başvuru, kendisinin herhangi bir savunmasının alınmadan, gerekçeli bir karar verilmeksizin sadece bir tarafın soyut beyanları üzerine “şiddet uygulayan” olarak hakkında önleyici tedbir kararı verildiğini iddia etmiştir. Bu durumun yine “şeref ve itibar hakkının” (Anayasa m 17) ve “masumiyet karinesinin” (m 38/4) ihlal edildiğini iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi m 17 ve m 36 kapsamında ihlal kararı vermiştir.

A.B. başvurusunda⁵⁷ da başvuru, eşi ile boşanma sürecindedir. Her ne kadar ayrı yaşasalar da eşine şiddet tehdidinde bulunma, hakaret etme gibi davranışlarda bulunması sebebi ile başvuru hakkında m 5 kapsamında tedbir kararı alınmıştır. Ancak başvuru hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin kararı olmasına rağmen itiraz merciinde “şiddet uygulayan” ifadesinin yer almasının “masumiyet karinesini” (Anayasa m 38/4) ve kendisine bir savunma hakkı tanınmadan itiraz merciinin talebini reddetmesi sebebi ile de “gerekçeli karar hakkının” (Anayasa m 36) ihlal edildiğini iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi de her iki hak açısından da ihlal kararı vermiştir.

Emre Kaya başvurusunda⁵⁸ başvuru, yine eşi ile boşanma sürecinde olup hakkında m 5 kapsamında verilen tedbirlerin bu kez polis olması sebebi ile uygulanamayacağını veyahut bazı tedbirlerin hükümsüz olduğunu iddia ederek bu karara itiraz etmiştir. Ancak reddedilen itiraz talebinin hem “yaşam hakkının” (Anayasa m 17) hem de “gerekçeli karar hakkının” (Anayasa m 36) çerçevesinde ihlal edildiğini iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi de yalnızca m 36 kapsamında ihlal kararı vermiştir.

6248 sayılı Kanun kapsamında verilecek olan tedbir kararlarının konusunu, suç niteliğinde olup olmamasına bakılmaksızın geniş anlamda şiddet sonucunu doğurabilecek eylemlerin oluşturduğu aşikardır. Tedbire konu olan fiilin bir suç oluşturması durundan kanunda bahsedilerek şiddet ve suç kavramları arasında ayrıma gidilmiştir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, 6284 sayılı Kanun çerçevesinde uygulanan tedbirler, hakim tarafından verilecek koruyucu tedbir kararları (m 4) ve önleyici tedbir kararları (m 5) olmak üzere ikiye ayrılmıştır. İlk derece mahkemesi tarafından hükmedilen ve suç niteliğinde olan ya da suç niteliğinde olmayan tedbir kararlarının konusunu şiddet sonucunu doğurabilecek eylemler oluşturmaktadır. Buradan hareketle de 6284 sayılı Kanun içerisinde tedbire konu fiilin bir suç oluşturması halinde suç ve şiddet tanımları arasındaki farka dikkat çekilmiştir⁵⁹.

⁵⁶ Anayasa Mahkemesi, T.K. başvurusu, 2017/27041, 11.12.2019.

⁵⁷ Anayasa Mahkemesi, A.B. başvurusu, 2018/2626, 14.10.2020.

⁵⁸ Anayasa Mahkemesi, Emre Kaya başvurusu, 2018/743, 10.02.2021.

⁵⁹ S.M. başvurusu, par. 48.; Salih Söylemezoğlu başvurusu, par. 40; Emre Kaya başvurusu, par. 28.

Koruyucu tedbirler, şiddet mağdurları (m 2/1-e) hakkında ve şiddetin uygulandığına dair herhangi bir delil veya belge aranmaksızın uygulanabilirken (m 8/3); önleyici tedbirler “şiddet uygulayanlar (m 2/1-g)” hakkında uygulanmaktadır. Önleyici tedbirler şiddet uygulayanların hareketlerini kısıtlar bir niteliğe sahiptir. Diğer bir deyişle bu tedbir kararları ile bir tarafın vücut dokunulmazlığı veya yaşam hakkı gibi kişi için vazgeçilmez hak ve menfaatleri korunmakla birlikte diğer tarafın kişi hak ve özgürlüklerine de önemli ölçüde sınırlamalar getirmektedir. Bu açıdan tedbir kararlarından olumlu ya da olumsuz etkilenen tarafın temel hak ve özgürlükleri arasındaki dengenin gözetilmesi gerekmektedir⁶⁰. Bu sebeptendir ki, önleyici tedbirlerin uygulanabilmesi için kanun, kişinin şiddete maruz kaldığı veya maruz kalma tehlikesi altında bulunduğu hususunda olguların varlığı için herhangi bir “delil veya belge aranmaksızın” ifadesi kullanmamıştır. Dolayısıyla önleyici tedbirlere başvuracak birinci derece mahkemesi hakimlerinin şiddetin varlığına veya şiddete uğrama tehlikesine⁶¹ dair olguların varlığı gerekmektedir⁶².

Bu kapsamda 6284 sayılı Kanun çerçevesinde uygulanan önleyici tedbirlerin kapsamında olan fiiller hakkında başlatılan, yürütülen veya sona eren bir ceza soruşturması olmaması durumunda suçlu sayılmama hakkı değerlendirmesinin yapılmaması gerekmektedir⁶³. Bu açıdan T.K. başvurusunda herhangi bir ceza soruşturması söz konusu olmadığından Anayasa Mahkemesi “şiddet uygulayan” ifadesinin kullanılmasını kişinin şeref ve itibar hakkının zedelenmesi açısından (Anayasa m 17) değerlendirerek ihlal kararı vermiştir.

S.M. başvurusunda ise diğer başvurudan farklı olarak önleyici tedbir kararı verildiği sırada devam etmekte olan bir ceza soruşturması bulunmaktadır. Ancak bu ceza soruşturması tedbir kararının verilmesinden sonra “kovuşturmaya yer olmadığı kararı” ile sona ermiştir. Ceza yargılaması tamamlandığında kişinin şöhreti ve kişinin kamu tarafından algılanma şeklini de risk altına alması⁶⁴ sebebi ile suçlu sayılmama hakkı açısından inceleme yapılması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi de suçlu sayılmama hakkı açısından değerlendirme yaparak tedbir kararlarında kullanılan “şiddet uygulayan” ifadesinin kişinin bu hakkın ihlal ettiği yönünde bir karar vermiştir⁶⁵. Yine aynı şekilde Mahkeme A.B. başvurusunda da hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilen başvurucu için “şiddet uygulayan” ifadesinin kullanılmasını suçlu sayılmama hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir⁶⁶.

⁶⁰ Salih Söylemezoğlu başvurusu, par. 36; A.B. başvurusu par. 45.

⁶¹ C.K. başvurusu, par. 37.

⁶² Salih Söylemezoğlu başvurusu, par. 35; T.K. başvurusu, par. 53.

⁶³ Anayasa Mahkemesi, T.K. başvurusu, par. 30; S.M. başvurusu, par. 38.

⁶⁴ Allen v Birleşik Krallık, 25424/09 <<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-140612>> par. 94, Erişim Tarihi 27.11.2020.

⁶⁵ S.M. başvurusu, par. 51.

⁶⁶ A.B. başvurusu, par. 36-37.

Masumiyet karinesi/Suçsuzluk karinesi/Suçlu sayılmama hakkı⁶⁷, Anayasa m 36'da güvence altına alınan asil yargılanma hakkının bir unsuru olmakla beraber, Anayasa m 38/4'te ayrı bir şekilde, suçluluğun hükmen sabit oluncaya kadar, kimsenin suçlu sayılmayacağı (AİHS m 6/2, İHEB m 11) olarak tanımlanmıştır. Bu çerçevede suçlu sayılmama hakkı, şüpheli veya sanık açısından “suçlu gibi davranılmaması” şeklinde bir güvence teşkil etmekte olup uygulama alanı ispat yükümlülüğüne ilişkindir⁶⁸. Bu açıdan ceza yargılaması kapsamında bir usul güvencesidir⁶⁹. Dolayısıyla kişiye suçsuzluğunu ispatlama yükümlülüğü de yüklenemez⁷⁰. Suçlu sayılmama hakkı, ceza yargılamasıyla alakalı olarak herhangi bir kamu merciinin adil yargılama hakkını zedeleyecek içerikte suçlayıcı bir işlem ya da fiillerine karşı olarak kişinin korunmasını amaçlamaktadır⁷¹. Ancak suçlu sayılmama hakkı yalnızca ceza yargılamasını yürüten mahkeme ile sınırlı olmayıp tüm adli ve de idari mercilerin yürüttükleri süreçler ve kararlarında kişinin suçluluğu hükmen sabitleninceye değin suçlu olduğuna dair herhangi bir ima ya da harekette bulunmamasını gerekli kılar. Dolayısıyla bir tek ceza yargılaması kapsamındaki suç durumlarına değil, ceza yargılaması ile aynı zamanda yürütülen idari, hukuk, disiplin gibi yargılamalarda da suçlu sayılmama hakkı ihlali mümkün olabilir⁷². Bu kapsamda “karar vericilerin kullandıkları dil” kritik bir önem taşımaktadır⁷³. Bunun için kararın gerekçesinin bir bütün halinde değerlendirilerek mahkeme tarafından kişinin suçlu olduğuna dair bir yargıda ya da imada bulunulup bulunulmadığının incelenmesi gerekmektedir⁷⁴.

Bir ceza soruşturmasının varlığı ve yokluğu açısından ihlale konu olan hak değişse de söz konusu “şiddet uygulayan” ifadesi 6284 sayılı Kanun m 2'1-g'de yer almaktadır⁷⁵. Bu çerçevede şiddet kavramı da m 2/1-d'de tanımlanmıştır. Bu tanım kapsamında yer alan birçok fiil, Türk Ceza Kanunu açısından (m 81, 82, 86, 96, 102, 105, 106, 109 vd.) suç teşkil etmektedir⁷⁶. Suç teşkil etsin veyahut etmesin

⁶⁷ Erkan Göğüş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Çerçevesinde Masumiyet Karinesi* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi SBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2019) 4 vd.

⁶⁸ Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulamaları* (Turhan Kitapevi 2016) 315.

⁶⁹ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar ve Murat Önok, *İnsan Hakları El Kitabı* (6. baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016) 319; Anayasa Mahkemesi, Mustafa Kıvrak başvurusu, 2013/3175, 20.02.2014, par. 36.

⁷⁰ Anayasa Mahkemesi, Kürşat Eyoğlu başvurusu, 2012/665, 13.06.2013, par. 26.

⁷¹ Anayasa Mahkemesi, T.K. başvurusu, par. 24.

⁷² Gözübüyük, Gölcüklü (n 31) 315; Anayasa Mahkemesi, Galip Şahin başvurusu, 2015/6075, 11.06.2018. <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/6075?BasvuruNoYil=2015&BasvuruNoSayi=6075>> par. 39, Erişim Tarihi 27.11.2020; Mustafa Kıvrak başvurusu, par. 36.

⁷³ Mustafa Kıvrak başvurusu, par. 36; A.B. başvurusu par. 26.

⁷⁴ Anayasa Mahkemesi, M.I. başvurusu, 2012/1268, 30.12.2014, par. 50.

⁷⁵ Her ne kadar “şiddet uygulayan” ifadesi 6284 sayılı Kanun'un uygulama alanını genişletse de Anayasa Mahkemesi'nin esas: 1999/35, karar: 2002/104 karar sayılı 29.03.2003 tarihli kararında, 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'da yer alan “kusurlu eş” ifadesinin eşitlik ilkesine aykırı olmadığı yönünde karar vermiştir. Bkz.: Pınar Bacaksız “6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Kapsamında Kadının Korunması” in Nur Centel (ed), *Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması* (XII Levha, 2013) 19-20.

⁷⁶ Detay için bkz: Berrin Akbulut “6284 Sayılı Kanunda Şiddet ve İstanbul Sözleşmesinin TCK Açısından Değerlendirilmesi” (2014) 5(16), TAAD, 157-169.

6284 sayılı Kanunu'nun gerekçesinde de belirtildiği gibi şiddet, geniş anlamda saldırganlıkla bağlantılı bir davranış biçimidir⁷⁷. Bu açıdan tedbir kararına hükmeden aile mahkemesi hakimlerinin kişi hakkında bir ceza soruşturması devam ederken bunu kullanmaktan imtina ederek bireylerin şeref ve itibarlarını zedeleyici fiil ve işlemlerden kaçınmaları gerekmektedir⁷⁸. Her ne kadar “şiddet uygulayan” ifadesi kanunda yer alsa da bu tabirin her olayda uygulayıcılar tarafından kullanılmasını zorunlu kılan bir hüküm bulunmamaktadır⁷⁹. Yine kullanılan dile özen göstererek “şiddet uygulayan” ifadesinin şablon olarak kullanılması yerine her somut olay özelinde veya diğer adli makamlarca değerlendirilerek titiz bir yaklaşım sergilenmesi gerekmektedir⁸⁰. 6284 sayılı Kanun m 2’de yer alan “şiddet uygulama tehlikesi bulunan” veya “aleyhine tedbir istenen” terimlerinin kullanabileceğini Anayasa Mahkemesi de belirtmiştir⁸¹. Çünkü devletlerin de kişilerin maddi ve manevi varlıklarına yapılan müdahaleler açısından pozitif ve negatif yükümlülükleri bulunmaktadır⁸². Bu çerçevede gerekli usule ilişkin güvenceleri sunan yargısal prosedürleri sağlayarak uyuşmazlıklarda etkili ve adil bir karar verilmesini temin etme sorumluluğunu da pozitif yükümlülük kapsamında yerine getirmesi gerekmektedir⁸³. Aksi takdirde böyle bir durum kişilerin suçlu sayılmama hakkını etkileyeceği gibi kişinin şeref ve itibar hakkını da zedeleyebilmektedir.

Adil yargılanma hakkı ayrıca gerekçeli karar hakkı kapsamında da değerlendirilmiştir. Gerekçeli karar hakkı incelenirken özellikle kararlarda “ilgili ve yeterli”lik açısından (Salih Söylemezoğlu, Erdal Türkmen, A.B., Emre Kaya, Mustafa Atak ve M.Ş.N. başvuruları,) inceleme yapıldığı dikkat çekmektedir.

Gerekçeli karar hakkı, adil yargılanma hakkının somut görünümlerinden biridir ve Anayasa m 141/1’e göre, “Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.” denilerek mahkemelerin uyması gereken bir yükümlülük olarak düzenlenmiştir⁸⁴. Bu çerçevede mahkemeler, kararlarını hangi temele dayandırdıklarını “yeterince açık” olması zorunludur⁸⁵. Ayrıca gerekçenin mantığa uygun, çelişkisiz, inandırıcı ve keyfilikten uzak da olması gerekmektedir⁸⁶. Dolayısıyla ya birinci derece mahkemesinin sebeplerine katılarak ya da bir başka şekilde kararlarını ortaya

⁷⁷ Anayasa Mahkemesi, T.K. başvurusu, par. 41-42; S.M. başvurusu, par. 47.

⁷⁸ T.K. başvurusu, par. 36.

⁷⁹ S.M. başvurusu, par. 51.

⁸⁰ S.M. başvurusu, par. 51; A.B. başvurusu, par. 35.

⁸¹ Mustafa Kıvrak başvurusu, par. 36; S.M. başvurusu, par. 51; A.B. başvurusu, par. 35.

⁸² Anayasa Mahkemesi, Esas: 2007/78, karar: 2010/120, 20.12.2010. <<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/ba5c18d3-9bd7-4515-b4a9-dc683e5ba583?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>> Erişim Tarihi 27.11.2020.

⁸³ Anayasa Mahkemesi, Özlem Tuncel Kaya başvurusu, 2013/8868, 10.03.2016, par. 56; Anayasa Mahkemesi, Hüdayi Erçoşkun başvurusu, 2013/6235, 10.03.2016, par. 94; Anayasa Mahkemesi, Semra Özel Ünel başvurusu, 2014/12009, 26.10.2016, par. 36.

⁸⁴ Anayasa Mahkemesi, Muhittin Kaya vd. başvurusu, 2013/1213, 04.12.2013, par. 25.

⁸⁵ Anayasa Mahkemesi, Sencer Başat vd. başvurusu, 2013/7800, 18.06.2014, par. 34.

⁸⁶ Çetin Aşçıoğlu, “Yargıda Gerekçe Sorunu” 48, TBB Dergisi, 109, 111.

koyarken sadece birinci derece mahkemesinin sonuçlarını onaylamakla kalmamalı aynı zamanda kendisine sunulan temel konuları gerekçede ele almalıdır⁸⁷.

Gerekçeli karar hakkı, kişilerin adil bir şekilde yargılanmasını ve denetlenmesini sağlamaktadır⁸⁸. Mahkeme kararlarının gerekçeli olması, tarafların muhakeme sırasında ileri sürdükleri iddiaların kurallara uygun biçimde incelenip incelenmediğini bilmek, kanun yoluna başvurma olanağını etkili kullanabilmek ve mahkemelere güveni sağlamak açısından hem tarafların hem de kamunun menfaatine olması sebebiyle gerekçenin açık bir şekilde gösterilmesini önemli kılmaktadır⁸⁹. Bunun yanı sıra şiddetin varlığına yönelik kanaate nasıl ulaşıldığının da hakim tarafından açıklanması ve bunu gerçekleştirirken de esnek bir yaklaşım usulünün benimseneceğini, ancak bu yaklaşıma ait sınırın da olayların özelliğine göre gerekçeli karar hakkının temel esaslarına zarar vermeyecek düzeyde belirlenmesi de gereklidir⁹⁰. Bu sebeple verilen tedbir kararlarında dosyaya sunulan delillerle sonuç arasında ne şekilde bağ kurulduğu asgari bir düzeyde ve atıf yapılarak açıklanmalıdır⁹¹. Bir kararda tam olarak hangi unsurların bulunmasının gerekliliği, davanın niteliğine ve koşullarına bağlıdır. Dolayısıyla muhakeme sırasında açık ve somut bir şekilde öne sürülen iddia ve savunmaların davanın sonucuna etkili olması, diğer bir deyişle davanın sonucunu etkileyebilecek nitelikteyse davayla doğrudan etkilidir ve bu hususların mahkeme tarafından “makul” bir gerekçe ile yanıt verilmesi gerekmektedir⁹². Diğer bir deyişle hükmün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koyacak olay ve olgular ile hüküm arasındaki bağlantıyı gösterecek nitelikte olması gerekir⁹³. Ayrıca mahkemenin davanın sonucuna etkili olduğunu kabul ettiği bir husus hakkında “ilgili ve yeterli” bir yanıt vermemesi veya yanıt verilmesini gerektiren usul ve esasa dair iddia veya savunmaların cevapsız bırakılması gerekçeli karar hakkının ihlaline neden olabilir⁹⁴.

Söz konusu her üç başvuruda da başvuruçular hakkında “önleyici tedbir” kararı verilmiş ve başvuruçular da bu kararlara itiraz etmişlerdir. Salih Söylemez ve Emre Kaya başvuruları açısından bu itiraz reddedilirken; Erdal Türkmen açısından da zorlama hapsine hükmedilmiştir. Aşikardır ki, 6284 sayılı Kanun kapsamında düzenlenen tedbir kararlarının, verildiği anda infaz kabiliyetini haiz olması, Kanun’da amaçlanan “acil müdahale” olgusunun bu aşamada sağlanmış olacağı ve yukarıda

⁸⁷ Salih Söylemezoğlu başvurusu, par. 29.

⁸⁸ Sencer Başat vd. başvurusu, par. 31.

⁸⁹ Anayasa Mahkemesi, Tahir Gökatalay başvurusu, 2013/1780, 20.03.2014, par. 66; Sencer Başat vd. başvurusu, par. 33.

⁹⁰ Salih Söylemezoğlu başvurusu, par. 40; Emre Kaya başvurusu, par. 27; Anayasa Mahkemesi, Mustafa Atak başvurusu, 2018/27304, 24.02.2021, par. 28; Anayasa Mahkemesi, M.Ş.N. başvurusu, 2018/3789, 07.04.2021, par. 33.

⁹¹ Salih Söylemezoğlu başvurusu, par. 41; Emre Kaya başvurusu, par. 28; Mustafa Atak başvurusu, par. 28; M.Ş.N. başvurusu, par. 33.

⁹² Sencer Başat vd. başvurusu, par. 35.; Salih Söylemezoğlu, par. 40,41,42; Emre Kaya başvurusu, par. 28.

⁹³ Anayasa Mahkemesi, İbrahim Ataş başvurusu, 2013/1235, 13.06.2013; par. 24.

⁹⁴ Anayasa Mahkemesi, Nurten Esen başvurusu, 2013/7970, 10.06.2015; par. 43..

da belirtildiği üzere “önleyici tedbirler” kişi hak ve özgürlüklerine önemli ölçüde sınırlamalar getirmesi sebebiyle olumlu ya da olumsuz etkilenen tarafların temel hak ve özgürlükleri arasındaki dengenin kurulması gerekmektedir⁹⁵. Dolayısıyla gerekçe açısından kararda şiddetin varlığına yönelik kanaate ne şekilde varıldığı bir diğer deyişle daha esnek bir değerlendirme tarzının izlenebileceği, ancak bu değerlendirmeye yönelik sınırların olayın özelliklerine göre gerekçeli karar hakkının birincil hususlarına dokunmayacak seviyede oluşturulmasının da gerekli olduğu aşıkardır. Bu kapsamda ilgili kararlarda yer verilen gerekçeler için ileri sürülen zarar riski ve olgulara göre talebin ilgili mevzuat çerçevesinde kabul görmesi adına temel unsurların olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir⁹⁶. Ancak söz konusu iki kararda da başvuruçuların dilekçelerinde belirttikleri delillerin değerlendirilmemesi, tanıkların dinlenmemesi, delillerle sonuç arasında bağ kurulmamış olması sebebiyle Gamze Armağan, M.M.Ç. ve Azim Çiđil⁹⁷ başvurularının aksine ihlal gerçekleşmiştir. Çünkü Anayasa Mahkemesi, bu başvuruda, birinci derece mahkemesinin 6284 sayılı Kanun kapsamında neden önleyici tedbire başvurduğunu gerekçede detaylı bir şekilde ifade etmesini adil yargılama hakkı kapsamında yeterli görmüştür⁹⁸.

B. “Kişinin Dokunulmazlığı, Maddi ve Manevi Varlığı” Hakkı Açısından (Anayasa m 17)

Maddi ve manevi dokunulmazlık hakkı kapsamında devletin bir başka pozitif yükümlülüğü ise, 6284 sayılı kanunda yer alan “koruyucu tedbirler (m 4)” açısından da gündeme gelmektedir. Devletin kişisel şeref ve itibara üçüncü kişilerin saldırılarını önleme şeklinde pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır⁹⁹. Anayasa m 17 açısından bu pozitif yükümlülüklerinin, her somut olay için alınması gereken tedbirlerin neler olduğu, o somut olayın kendi koşulları çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁰⁰. Bu konuyla ilgili olarak ise A.Z.Ö, Ö.T. ve K.Ş. kararları önem arz etmektedir¹⁰¹.

A.Z.Ö başvurusunun en önemli özelliklerinden birisi kadına yönelik şiddetle ilgili bir başvuruda devletin pozitif yükümlülüklerinin bulunduğunu ve bu yükümlülüklerin “bireylerarası ilişkiler” arasında da geçerli olduğunun belirtilmiş olmasıdır¹⁰². Bu başvuruda, başvuruçocuukları ile birlikte maruz kaldığı şiddet sonucu kimlik

⁹⁵ Salih Söylemezoğlu başvurusu, par. 36, 39.

⁹⁶ Salih Söylemezoğlu başvurusu, par. 39; Mustafa Atak başvurusu, par. 27; M.Ş.N. başvurusu, par. 32.

⁹⁷ Anayasa Mahkemesi, Azim Çiğil başvurusu, 2017/39439, 10.03.2020.

⁹⁸ Anayasa Mahkemesi, M.M.Ç. başvurusu, 2014/12971, 01.02.2017, par. 26; Anayasa Mahkemesi, Gamze Armağan başvurusu, 2013/8840, 15.12.2015, par. 47.

⁹⁹ Anayasa Mahkemesi, Adnan Oktar başvurusu, 2013/1123, 02.10.2013, par. 33.

¹⁰⁰ Anayasa Mahkemesi, A.Z.Ö. başvurusu, 2014/546, 19.12.2017, par. 63, Erişim Tarihi 04.12.2020.

¹⁰¹ T.K. başvurusunda da Anayasa m 17 kapsamında “kişinin şeref ve itibar hakkının” ihlal edildiği iddiası ve sonucunda çıkan bir ihlal kararı söz konusudur. Ancak bu hususun suçlu olmama karinesi altında değerlendirilmesi bütünlük açısından uygun bulunduğundan bu başlık altında ayrıca değerlendirilmemiştir.

¹⁰² Tijen Dündar Sezer, *İnsan Hakları Açısından Kadınlara Yönelik Şiddet* (Turhan Kitapevi, 2019) 280.

bilgilerinin değiştirilmesini ve geçici maddi yardım yapılmasına ilişkin tedbirlerin uygulanmasını talep etmiştir. Ancak yaşanan aksaklıklar nedeniyle m 17 kapsamında maddi ve manevi varlığın korunması hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi de m 17'nin ihlali yönünde karar vermiştir.

Ö.T. başvurusunda da başvurucu koruma tedbiri talep etmiş ve bu karar verilmiş¹⁰³, ancak şiddete yine de maruz kalmıştır. Bunun üzerine şiddet uygulayan kişi hakkında zorlama hapis kararı talep etmesine rağmen bu kararın reddi sonucunda başvurucunun şiddet uğramaya devam etmiştir. Buna bağlı olarak da başvurucu, devletin kendisini vücut bütünlüğüne yönelik tehditlerden korunamadığını iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi de Anayasa m 17 kapsamında Devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebi ile ihlal kararı vermiştir.

K.Ş. başvurusunda¹⁰⁴ ise başvurucu ve çocuğu şiddete maruz kalmaları sebebi ile kimlik bilgilerinin ve adreslerinin gizlenmesi yönünde bir tedbir kararı talep etmiştir. Bu kapsamda her ne kadar mağdurun “köşe bucak” kaçarak korunmaya çalışılabilmesi yeterli ve kabul edilebilir değilse de¹⁰⁵ mağdurun korunmasını amaçlayan iş yeri değişikliği tedbirine hükmedilmemiş ve bu sebeple de başvurucu şiddete maruz kalmaya devam etmiştir. Bu sebeple de maddi ve manevi varlığının korunması hakkının ihlal edildiğini iddia etmiş ve Anayasa Mahkemesi de Anayasa m 17 kapsamında ihlal olduğu yönünde karar vermiştir.

6284 sayılı Kanun'da “şiddete uğrayan veya uğrama tehlikesi bulunan kadınların çocukların, aile bireylerinin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi” amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin usul, esas ve yaptırımları düzenlemiştir. Ancak bunları gerçekleştirirken de etkili ve süratli bir yöntem izlemesi¹⁰⁶ ve devletin koruma yükümlülüğü açısından gerekli yasal alt yapının oluşturulması gerekmektedir. Bu açıdan şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunanların korunması yönünden kurulan hukuk sisteminin yetersiz olmadığını ve ayrıntılı düzenlemelere yer verildiği görülmektedir¹⁰⁷. Ancak Anayasa Mahkemesi, A.Z.Ö., Ö.T. ve K.Ş. başvurularında talep edilen koruyucu tedbirlerin tam anlamıyla uygulanmamasını veya uygulanmakta geç kalınmasını “somut olayın gerektirdiği ölçüde makul pratik tedbirlerin” alınıp alınmadığı çerçevesinde bu başvuruları incelemiştir¹⁰⁸. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi her ne kadar kamu makamlarının hareketsiz kalmamış olmasını ve başvurucunun şikayeti üzerine soruşturma ve kovuşturma süreçlerinin

¹⁰³ Anayasa Mahkemesi, Ö.T. başvurusu, 2015/16029, 09.02.2019.

¹⁰⁴ Anayasa Mahkemesi, K.Ş. başvurusu, 2016/14613, 17.07.2019.

¹⁰⁵ Kızılırmak CK, (n 39) 643.

¹⁰⁶ A.Z.Ö. başvurusu, par. 70.

¹⁰⁷ Anayasa Mahkemesi, M.M.E ve T.E. başvurusu, 2013/2910, 05.11.2015, par. 146; Anayasa Mahkemesi, Semra Özel Ünel başvurusu, par. 39.

¹⁰⁸ Özlem Tuncel başvurusu, par. 46; Anayasa Mahkemesi, T.A. Başvurusu, 2014/1150, 22.11.2017; Ayrıca T.A. başvurusunda Anayasa Mahkemesi ihlal kararı vermemiştir: Bkz. par. 38.; Söz konusu ilkelerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından kullanılmış olması açısından bkz.: Sezer, (n 89) 283.

başlatılmış olmasını devletin koruma yükümlülüğünü yerine getirdiği yönünde karar verse de¹⁰⁹, genel olarak devletin kurumlarının koordinasyon ve organizasyon eksikliğinden kişilerin mağduriyet yaşadığı sonucuna varılmıştır¹¹⁰.

Bunun yanı sıra koruyucu tedbirler her ne kadar başvuruçunun kendisi ve/veya çocukları hakkında uygulansa da önleyici tedbirlerin farklı nitelik taşıdığı ve diğer eski/yeni eşe uygulandığının, Anayasa Mahkemesi önüne gelen K.Ş. başvurusunda birinci derece mahkemesinin göz ardı ettiği görülmektedir. Şöyle ki bu başvuruda her ne kadar başvuruçunun hakkında uygulanan koruyucu tedbirin varlığı sebebiyle başvuruçunun devam etmekte olan can güvenliği riski, maddi ve manevi bütünlüğü tüm somut olaylara rağmen herhangi bir “somut açıklama, değerlendirme ve gerekçe” ortaya konmaksızın önleyici tedbirin mahkeme tarafından hükmedilmemesi maddi ve manevi dokunulmazlık hakkı bağlamında “ilgili ve yeterli” olmadığı ortaya koyulmuştur¹¹¹.

III. Kadına Karşı Şiddet Ekseninde Kanunların Uygulanması Açısından Öneriler

6284 sayılı Kanun yeterli mi?

Hakimlerin ve gerekli hukuk sisteminin bir eleştirisi de Anayasa Mahkemesinin kendisi tarafından gelmiştir¹¹². Kadına karşı şiddetin ve ailenin korunmasının sağlanabilmesi adına kanun koyucunun izlemesi gereken yöntem, 6284 sayılı kanun ile belirli standartlara bağlanmıştır. Kanun koyucunun şiddete maruz kalan veya şiddete uğrama tehlikesi altındaki kişinin korunmasına yönelik olarak yürürlükte olan ve bugün işlerlik açısından oldukça büyük bir görev taşıyan 6284 sayılı Kanun ile şiddetin önlenmesi amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin usul ve esaslar ile yaptırımların düzenlendiği görülmektedir. Bu Kanun varlık sebebi itibarıyla hukuk sistemimizin hem şiddet yaşandığı durum sonrasında hem de şiddet yaşanma potansiyeli olan durumlar da hiçbir ayrımcılık gözetmeden her bireyin korunmasına yönelik olarak yeterli olduğunun altının çizilmesi gereken bir kanundur diyebiliriz.¹¹³

6284 sayılı Kanun kendinden önce gelen ulusal boyuttaki yasalara göre oldukça detaylı ve kadına karşı şiddet konusunda hassas dengelerin gözetildiği bir kanun özelliği taşımaktadır. Ancak gerek yakın dönemde gerek de yasanın ışığında alınan kararların analizine yönelik olarak kamuoyunda, hukuk ve cinsiyet eşitliği

¹⁰⁹ Anayasa Mahkemesi, Eylem Çetin başvurusu, 2014/2302, 09.11.2017, par. 41.

¹¹⁰ Detay için bkz. Kızılırmak CK, (n 39) 642-646.

¹¹¹ K.Ş. başvurusu, par. 44.

¹¹² Anayasa Mahkemesi: “Devletin koruma yükümlülüğü çerçevesinde gerekli yasal altyapının oluşturulduğu ve şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunanların korunması yönünden kurulan hukuk sisteminin yetersiz olmadığını anlaşılmaktadır.” Bkz: Semra Özel Üner başvurusu, par. 39; A.Z.Ö. başvurusu, par. 76; Ö.T. başvurusu, par. 32.

¹¹³ Benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. Semra Özel Üner, par. 39; A.Z.Ö. başvurusu, par. 76.

çalışmalarına yönelik araştırmalarda bazı eleştiriler yapılmaktadır¹¹⁴. 6284 sayılı Kanun'a gelen süreçte ve bugün yasanın koruduğu ve alınan önlemler ile engellenen birçok şiddet durumu olduğu kadar ülkemizde özellikle medyaya yansıdığı boyutuyla da göze çarpan kadına karşı şiddet ve kadın cinayeti vakası yaşanmaktadır¹¹⁵. Sadece uluslararası sözleşmelerin itici gücüyle değil; içinde yaşadığımız toplumun ihtiyaç ve temel sorunlarını da göz önünde bulundurarak ve pek tabii akademik çalışmaların ortaya koyduğu uygulama aksaklıkları ve bu aksaklıkların giderilme yöntemleri de dikkate alınarak daha kapsamlı ve şiddetin her türüsüne karşı güçlü bir duruş sergileyecek kanun revizyonları ya da yeni kanun tekliflerinin gelmesi gereklidir.

Hakimlere meslek içi eğitim ve hukuk sisteminin işleyişi eleştirisi

6284 sayılı Kanun'un uygulayıcısı olan birinci derece mahkemeleri hakimlerinin aldıkları kararlarda kullandıkları dilin özellikle oldukça hassas bir nokta olduğu bu çalışmanın en önemli çıktılarından biridir. Şiddete mağdur kalmış bir bireyin haklarının savunulması ve yaşamak istediği adalet halinin yerine getirilmesi adına, Devletin de vermiş olduğu hukuki imkan ile taraflar arasında oluşturulan çözüm, bir sonraki aşamaya -Anayasa Mahkemesi'ne- taşınan bireysel hak ihlallerine yol açabilecek şekilde gerçekleşmemelidir.

Bu paralelde Kaboğlu'nun meslek içi eğitim vurgusu yapan ve hakimlerin hukuki sistem içerisindeki durumlarına dair eleştirisinin altını çizmek yerinde olacaktır. Hakimlerin birinci derece mahkemelerde şiddet mağduru lehine 6284 sayılı Kanun paralelinde verdikleri kararlar karşı tarafın Anayasa Mahkemesi'ne götürebilmesine sebep olacak bir dil kullanılarak hazırlandığından mağdur olan tarafın ikinci bir mağduriyete uğradığı çalışmanın bir çıktısı olarak ele alınmalıdır. Bu paralelde nitelik açısından yargısal denetime yönelik eleştiri getiren Kaboğlu'nun da dile getirdiği gibi yargıçların gerek hukuk eğitimi gerekse meslek içi eğitim eksikliği nedeniyle mesleki yetiştirme yönünden de yeterli olmadıkları ortaya konmaktadır¹¹⁶. Yine aynı şekilde şiddetle mücadele konusunda 6284 sayılı Kanun gibi bir düzenlemenin çıkarılmış olması ülkemiz için oldukça olumlu bir adım olarak değerlendirilmekte beraber bu yasanın uygulanması aşamasında davaları alan hakimlerin belirli cinsiyet temelli meslek içi eğitimleri almış olmaları farkındalık ve kararlarda kullandıkları dil açısından oldukça yerinde olacaktır. Bu duruma yönelik olarak AB müktesebatında yer alan ve cinsiyet farkındalığına yönelik devlet memurlarına verilen veyahut verilmesi

¹¹⁴ Şenol, (n 29).

¹¹⁵ Bkz: Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) "İstatistiklerde Kadın, 2020" <<https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=İstatistiklerde-Kadin-2020-37221>> Erişim Tarihi 28.02.2022; Aylin Görgün Baran, Canet Tuba Sarıtaş, Birsen Şahin Küçük, "Medyada Kadına Yönelik Şiddet Haberlerinin İçerik ve Sunum Açısından Analizi" (2017) 1, Journal of Sociological Studies/ Sosyoloji Konferansları, 107-132.

¹¹⁶ İbrahim Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku 1* (İmge Kitapevi 2013) 138.

gereken eğitimlerin olduğu da bilinmektedir¹¹⁷. Dolayısıyla bu eğitim içeriklerinin de öncülüğünde özellikle karar verici mercilerin eğitimlerine hassasiyetle dikkat edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Uluslararası Düzeyde kadına karşı şiddet/ şiddet ve toplumsal cinsiyet eğitimlerinin verilmesi

Hakimler temelinde ele alınan ve meslek içi eğitim kapsamında oldukça detaylı ve faydalı olacağı; uzun vadede Anayasa Mahkemesine yapılan itirazlardan daha da öte farkındalık ve belli toplumsal alışkanlık ve reflekslerin yerleşmesine yardımcı olacak bu eğitimler, AB'nin "Beyaz Kağıt" olarak geçen cinsiyet eşitliği, kadının güçlendirilmesi gibi tematik başlıklar altında kategorileştirilen çalışmalarında da yer almaktadır¹¹⁸.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The authors have no conflict of interest to declare.

Grant Support: The authors declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Akbulut B, "6284 Sayılı Kanunda Şiddet ve İstanbul Sözleşmesinin TCK Açısından Değerlendirilmesi" (2014) 5/16, TAAD, 141-177.
- Alekseyeva A, "Domestic Violence in the Russian Federation" in Adem Sözüer (ed), *Kadına Yönelik Şiddet ve Ayrımcılık* (Adalet Yayınevi, 2012) 495-505.
- Akdeniz H, "Kadına Yönelik Şiddetle Mücadelede Hukuki Düzenlemelerin Yeterliliği ve Etkililiği", (2012) İnsan Hakları Standartlarının Etkili Uygulaması Bağlamında Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Uluslararası Sempozyumu, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları 545-557.
- Akın A, "Kadına Karşı Şiddet ve 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun Açısından Konuya Bakış" (2008) 30, Adalet Dergisi, 271-278.
- Akın M, "Ailenin Korunmasına Dair Kanunda Belirtilmeyen Tedbirlere Hükmedilmesi ve Danışmanlık Tedbirinin Uygulanması" (2007) 14, Terazi Hukuk Dergisi, 93-102.
- Aşçıoğlu Ç, "Yargıda Gereke Sorunu," 48, TBB Dergisi, 108-116.
- Ateş M, "4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Bu Kanundaki Değişiklikler Üzerine Düşünceler", (2007) 3, Ankara Barosu Dergisi, 161-172.
- Ayata G, Eryılmaz S ve Kalem S, *Ailenin Korunmasına Dair Kanun Kimi ve Neyi Koruyor? Hâkim, Savcı, Avukat Anlatıları* (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011).

¹¹⁷ Meryem Meltem Tatlıer Baş, (2011) Avrupa Birliği'nde Toplumsal Cinsiyet Eşitliğinin Ana Plan ve Politikalara Yerleştirilmesi: Hollanda, Romanya ve Türkiye Örneklerinin İncelenmesi. Ankara: T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü. <<https://www.ailevecalisma.gov.tr/media/2521/meltembas.pdf>> Erişim Tarihi 04.11.2020.

¹¹⁸ White Paper on Gender Equality 2019: <http://www.gender.go.jp/english_contents/about_danjo/whitepaper/pdf/ewp2019.pdf> Erişim Tarihi 04.12.2020.

- Ayata G, Eryılmaz SD ve Oder BE, *Kadın Hakları: Uluslararası Hukuk ve Uygulama* (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2010).
- Bacaksız P, “6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Kapsamında Kadının Korunması” in Nur Centel (ed), *Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması* (XII Levha, 2013) 13-39.
- Badur E, “Ailenin Korunması Alanındaki Son Gelişmeler” (2009) 84, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 62-92.
- Balo YS, “Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Uygulanması” (2003) 2(6), *Aile ve Toplum*, 23-33.
- Baran AG, Sarıtaş CT, Kütük BŞ, “Medyada Kadına Yönelik Şiddet Haberlerinin İçerik ve Sunum Açısından Analizi” (2017) 1, *Journal of Sociological Studies/ Sosyoloji Konferansları*, 107-132.
- Baş TMM, (2011) *Avrupa Birliği'nde Toplumsal Cinsiyet Eşitliğinin Ana Plan ve Politikalara Yerleştirilmesi: Hollanda, Romanya ve Türkiye Örneklerinin İncelenmesi*. Ankara: T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü. <<https://www.ailevecalisma.gov.tr/media/2521/meltembas.pdf>> Erişim Tarihi 04.11.2020.
- Bayraktar K ve Eroğlu F, “Aile İçi Şiddete İlişkin Ceza Kanunu Çerçevesinde Genel Bir İnceleme” (2012) 8(2), *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 63-113.
- Belknap J, Fleury RE, Melton HC, Sullivan CM, Leisenring A, “*To Go Or Not To Go? Preliminary Findings on Battered Women's Decisions Regarding Court Cases*” in Eigenberg H M (ed), *Woman Battering in the United States: Till Death Do us Part* (Prospect Heights, IL: Waveland Press 2001) 319-326.
- Beyazıt Ö ve A Beyazıt. “4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun Üzerine Değerlendirmeler”, (2011) *Adalet Dergisi*, 42-58.
- Buzawa ES and Buzawa CG, *Domestic Violence: The Criminal Justice Response* (3rd edn, California, Sage Publications 2003).
- Centel N ve Zafer, H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (15. bası, İstanbul, Beta Yayıncılık 2018).
- Charlesworth H and Chinkin C, “*Violence Against Women, a Global Issue*” in Julie Stubbs (ed), *Women, Male Violence and the Law* (Sydney Law School 1994).
- Byung-Sun Cho, “*Law and Practice in Sexual Violence Crimes and Sexual Harassment in South Korea*” in Adem Sözüer (ed), *Kadına Yönelik Şiddet ve Ayrımcılık* (Adalet Yayınevi, 2012) 431-449.
- Cook S and Bessant, J, *Women's Encounters with Violence* (SAGE 1997).; Davis, RC and Smith, B, “*Domestic Violence Reforms: Empty Promises or Fulfilled Expectations?*” (1995) 4 (41), *Crime & Delinquency* 541-552.
- Dawson M and Dinovitzer R, “*Victim Cooperation and the Prosecution of Domestic Violence in a Specialized Court*” (2001) (18) *Justice Quarterly* 593-622.
- Dobash RE, Dobash RO, Cavanogh K and Lewis R, *Changing Violent Men* (SAGE 2000).
- Dündar Sezer T, *İnsan Hakları Açısından Kadınlara Yönelik Şiddet* (Turhan Kitapevi, 2019).
- Eley S, “*Changing Practices: The Specialised Domestic Violence Court Process*” (2005) 2 (44) *The Howard Journal of Crime and Justice*, 113-124.
- Elizabeth VS, “*Country Report-India*” in Adem Sözüer (ed), *Kadına Yönelik Şiddet ve Ayrımcılık* (Adalet Yayınevi, 2012) 429-431.
- Ercoşkun Şenol K, “Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Üzerine Bir İnceleme” (2019) 13, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 423- 459.
- Hacıoğlu BC, “4230 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun’la İhdas Edilen “Ailenin Korunmasına Dair Kanun’a Muhalefet Suçu” Üzerine Bir İnceleme” (1999) (3) 1 *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* 39-47.

- Mehmet E, “Aile İçi Şiddet ve 4230 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun” (2007) 73 TBB Dergisi, 46-77.
- Göğüş AE, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Çerçevesinde Masumiyet Karinesi* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi SBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2019).
- Gözübüyük AŞ ve Gölcüklü F, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması* (Turhan Kitapevi 2016).
- Heise LL, *Violence Against Women: The Hidden Health Burden* (World Bank 1996).
- Jiwani A, “Addressing Violence and Discrimination Against Women: Lessons Learned from the Canadian Experience” in Adem Sözüer (ed), *Kadına Yönelik Şiddet ve Ayrımcılık* (Adalet Yayınevi, 2012) 325-351.
- Johnson H, *Dangerous Domains: Violence Against Women in Canada (The Nelson Crime in Canada Series)* (Nelson Canada 1996).
- Kaboğlu İ, *Özgürlükler Hukuku I.* (İmge Kitapevi 2013).
- Karınca E, “Kadının Eş Şiddetinden Korunması İçin 4320 Sayılı Kanun’da Yapılabilecek İyileştirmeler” (2010) 1(3), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 325-348.
- Kaya Kızıllırmak C, “İstanbul Sözleşmesi’nin Genel İlkeleri Işığında 6284 sayılı Kanun’un 4. Maddesi Uyarınca Hakim Tarafından Verilebilecek Koruyucu Tedbirler” (2020) Public and Private International Law Bulletin, 40 (2), 625-655.
- Kocaçi M, “Countries Reports: Albania&Kosovo” in Adem Sözüer (ed), *Kadına Yönelik Şiddet ve Ayrımcılık* (Adalet Yayınevi, 2012) 305-325.
- Leite AL, “Violence and Discrimination Against Women in Mexico” in Adem Sözüer (ed), *Kadına Yönelik Şiddet ve Ayrımcılık* (Adalet Yayınevi, 2012) 541-553.
- Locke W, “The Threatment of Men and Women Who Kill Their Mates in Anglo-American Law” in Adem Sözüer (ed), *Kadına Yönelik Şiddet ve Ayrımcılık* (Adalet Yayınevi, 2012) 601-623.
- Manes V, “Sexual Violence Against Women in Italy” in Adem Sözüer (ed), *Kadına Yönelik Şiddet ve Ayrımcılık* (Adalet Yayınevi, 2012) 555-565.f
- Millaleo S, “Violence and Discrimination Against Women in Chile” in Adem Sözüer (ed), *Kadına Yönelik Şiddet ve Ayrımcılık* (Adalet Yayınevi, 2012) 209-229.
- Moroğlu N, “Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi 6284 Sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi”, (2012) Mart- Nisan, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 357-380.
- Öztürk B ve Erdem M. R, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (12. bası, Seçkin Yayıncılık 2018).
- Öztürk N, “Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Öneriler”, (2017) 8 (1), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1-32.
- Rimo AA, “The Fight Against Gender-Based Violence in Spain: Lights and Shadows” in Adem Sözüer (ed), *Kadına Yönelik Şiddet ve Ayrımcılık* (Adalet Yayınevi, 2012) 377-389.
- Römkers R, “Prevalence of Wife Abuse in the Netherlands: Combining Quantitative and Quantitative Methods in a Survey” 1997 (12) Journal of Interpersonal Violence 99-125.
- Mehmet Şerif Sağıroğlu, *Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun* (Legal Yayınevi, 2013)
- Silverberg H, “Sexual and Domestic Violence Laws in the United States” 287-305 in Adem Sözüer (ed), *Kadına Yönelik Şiddet ve Ayrımcılık* (Adalet Yayınevi, 2012) 287-305.
- Sönmez EY, “İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye’de Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi” 2020, 1-17 İstanbul Üniversitesi Kadın Araştırmaları Dergisi 1-18.

- Szomora Z, “*The Legal and Institutional Approach to Violence Against Women in Hungary*” in Adem Sözüer (ed), *Kadına Yönelik Şiddet ve Ayrımcılık* (Adalet Yayınevi, 2012) 407-429.
- Şahin C, *Ceza Muhakemesi Hukuku I* (6. bası, Seçkin Yayıncılık 2015)
- Tezcan D, Erdem MR, Sancakdar O ve Önok M, *İnsan Hakları El Kitabı* (6. bası, Seçkin Yayıncılık, 2016).
- Yağcıoğlu AH, “6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, (2017) Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 913-966.

Kararlar

- Anayasa Mahkemesi, A.B. başvurusu, 2018/2626, 14.10.2020.
- Anayasa Mahkemesi, A.Z.Ö. başvurusu, 2014/546, 19.12.2017.
- Anayasa Mahkemesi, Adnan Oktar başvurusu, 2013/1123, 02.10.2013.
- Anayasa Mahkemesi, Azim Çiğil başvurusu, 2017/39439, 10.03.2020.
- Anayasa Mahkemesi, C.K. başvurusu, 2016/3114, 18.07.2019.
- Anayasa Mahkemesi, Emre Kaya başvurusu, 2018/743, 10.02.2021.
- Anayasa Mahkemesi, Erdal Türkmen başvurusu, 2016/2100, 04.04.2016.
- Anayasa Mahkemesi, esas: 2007/78, karar: 2010/120, 30.12.2010.
- Anayasa Mahkemesi, esas: 1999/35, karar 2002/104, 29.03.2003.
- Anayasa Mahkemesi, Eylem Çetin başvurusu, 2014/2302, 09.11.2017.
- Anayasa Mahkemesi, Galip Şahin başvurusu, 2015/6075, 11.06.2018.
- Anayasa Mahkemesi, Gamze Armağan başvurusu, 2013/8840, 15.12.2015.
- Anayasa Mahkemesi, Hüdayi Erçoşkun başvurusu, 2013/6235, 10.03.2016.
- Anayasa Mahkemesi, İbrahim Ataş başvurusu, 2013/1235, 13.06.2013.
- Anayasa Mahkemesi, K.Ş. başvurusu, 2016/14613, 17.07.2019.
- Anayasa Mahkemesi, Kürşat Eyol başvurusu, 2012/665, 13.06.2013.
- Anayasa Mahkemesi, M.I. başvurusu, 2012/1268, 30.12.2014.
- Anayasa Mahkemesi, M.M.E. ve T.E. başvurusu, 2013/2910, 05.11.2015.
- Anayasa Mahkemesi, M.Ş.N. başvurusu, 2018/3789, 07.04.2021.
- Anayasa Mahkemesi, M.M.Ç. başvurusu, 2014/12971, 01.02.2017.
- Anayasa Mahkemesi, Muhittin Kaya vd. başvurusu, 2013/1213, 04.12.2013.
- Anayasa Mahkemesi, Mustafa Atak başvurusu, 2018/27304, 24.02.2021.
- Anayasa Mahkemesi, Mustafa Kıvrak başvurusu, 2013/3175, 20.02.2014.
- Anayasa Mahkemesi, Nurten Esen başvurusu, 2013/7970, 10.06.2015.
- Anayasa Mahkemesi, Ö.T. başvurusu, 2015/16029, 09.02.2019.
- Anayasa Mahkemesi, Özlem Tuncel Kaya başvurusu, 2013/8868, 10.03.2016.
- Anayasa Mahkemesi, S.M. başvurusu, 2016/6038, 20.06.2019.
- Anayasa Mahkemesi, Salih Söylemezoğlu başvurusu, 2013/3758, 06.01.2016.
- Anayasa Mahkemesi, Semra Özel Ünel başvurusu, 2014/12009, 26.10.2016.
- Anayasa Mahkemesi, Sencer Başat vd. başvurusu, 2013/7800, 18.06.2014.

- Anayasa Mahkemesi, T.A. Başvurusu, 2014/1150, 22.11.2017.
Anayasa Mahkemesi, Tahir Canan Başvurusu, 2012/969, 18.09.2013.
Anayasa Mahkemesi, Tahir Gökatalay başvurusu, 2013/1780, 20.03.2014.
Anayasa Mahkemesi, T.K. başvurusu, 2017/27041, 11.12.2019.
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 26.4.1999 tarihli ve Esas: 1998/4506, Karar: 1999/40-2.

Elektronik Kaynaklar

- 1/572 esas numaralı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından hazırlanan tasarımın genel gerekçesi <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss181.pdf> > Erişim Tarihi 04.12.2020.
- 2/145 esas numaralı teklifin genel gerekçesi <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss181.pdf> > Erişim Tarihi 04.12.2020.
- 2/38 esas numaralı teklif ve gerekçesi <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss181.pdf>> Erişim Tarihi 04.12.2020.
- 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un ilk hali için bkz.: <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23233.pdf> > Erişim Tarihi 04.12.2020.
- 5636 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun: <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/05/20070504-2.htm>> Erişim Tarihi 04.12.2020.
- <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>> Erişim Tarihi 08.12.2020.
- Allen v Birleşik Krallık başvurusu, 25424/09, <<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-140612>> Erişim Tarihi 27.11.2020.
- Birleşmiş Milletler Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) Türkiye Gölge Raporu 2010-2021 arası, <<https://kadinininsanhaklari.org/yayinlar/raporlar/>> , Erişim Tarihi 28.02.2022.
- <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/743?MevzuatTuru=2&MevzuatNumarasiIsmi=347>> Erişim Tarihi: 30.03.2021.
- <<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/ba5c18d3-9bd7-4515-b4a9-dc683e5ba583?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>> Erişim Tarihi 27.11.2020.
- Opuz v Türkiye 33401/02 (9.06.2009). <<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-92945>> Erişim Tarihi 27.11.2020.
- Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) “İstatistiklerde Kadın, 2020” <<https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Istatistiklerle-Kadin-2020-37221>> Erişim Tarihi 28.02.2022.
- White Paper on Gender Equality 2019: <http://www.gender.go.jp/english_contents/about_danjo/whitepaper/pdf/ewp2019.pdf> Erişim Tarihi 04.12.2020.
- <<https://m.bianet.org/bianet/toplumsal-cinsiyet/211141-7-soru-7-yanit-istanbul-sozlesmesi-nedir-ne-getiriyor>> Erişim Tarihi 04.12.2020.
- <<https://t24.com.tr/haber/kadinin-beyani-esastir-ilkesi-nedir-ne-degildir,807070> > Erişim Tarihi 04.11.2020.
- <<https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-47129398>> Erişim Tarihi 04.12.2020.



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 29.12.2021
Revizyon Talebi: 11.05.2022
Son Revizyon Tarihi: 11.05.2022
Kabul: 15.08.2022

Teslimat Platformu Kuryelerini İşçi Olarak Kabul Eden İspanyol Kraliyet Kararnamesi “El Real Decreto Ley 9/2021” Üzerine Bir İnceleme

Burcu Ezer*

Öz

Dijital platform çalışmaya ve bu platformlarda çalışanların hukuki statüsüne yönelik tartışmalar son yıllardaki en önemli konulardan biridir. Bu yeni çalışma ilişkilerinin geleneksel bağımlı çalışma ilişkilerinden farklılıklar içermesi, platform çalışanlarının hukuki statüsüne yönelik farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Çeşitli sosyo-kültürel ve ekonomik sebeplerle platform çalışma, İspanya’da çoğu Avrupa ülkesine kıyasla kısa sürede oldukça büyük bir yaygınlık kazanmış; İspanya, son yıllarda dijital platformlarda çalışanların çalışan nüfusa oranı en yüksek Avrupa ülkesi konumuna ulaşmıştır. Bu dijital platformların en yaygın olanlarından biri ise teslimat platformları olmuştur. Bu yaygınlığın da etkisiyle teslimat platformu çalışanlarının hukuki statüsü, İspanyol Hukukundaki en önemli konulardan biri haline gelmiştir. Özellikle teslimat platformu çalışanı kuryelerin hukuki statüsüne yönelik farklı yönde yargı kararlarına hükmedilmesiyle birlikte, konunun içtihadı birleştirme kararıyla çözülmesi bir gereklilik halini almıştır. 2020 yılında İspanyol Yüksek Mahkemesi, vermiş olduğu kararla teslimat platformu kuryelerinin İspanyol Hukukuna göre işçi statüsünde olduklarına karar vermiştir. Bu kararın ardından 9/2021 sayılı İspanyol Kraliyet Kararnamesiyle 2/2015 sayılı İşçi Kanununa teslimat platformu çalışanı kuryelerin işçi kabul edilmesine ilişkin adi bir karine eklenmiştir. Devamla, çalışma koşullarını düzenlemek adına algoritmalar kullanan işverenlere ve platformlara, işçi temsilcilerini kullanılan algoritmalar hakkında bilgilendirme yükümlülüğü getirilmiştir. Bu kanun değişikliği ile birlikte İspanya, teslimat platformu kuryelerini kanuni bir düzenlemeyle işçi olarak kabul eden ilk Avrupa ülkesi olmuştur. Bu çalışmada öncelikle İspanyol Yüksek Mahkemesinin içtihadı birleştirme kararına yer verilecek, ardından 9/2021 sayılı İspanyol Kraliyet Kararnamesiyle getirilen düzenlemeler incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Dijital Platform, Platform Ekonomisi, Teslimat Platformu, Platform Çalışanı, Kurye, İşçi

An Evaluation of *El Real Decreto Ley 9/2021* The Spanish Royal Decree Accepting Delivery Platform Couriers as Employees

Abstract

Discussions on working via digital platforms and the legal status of those working on digital platforms have become two significant issues in recent years. The fact that these emerging new work relations differ from traditional dependent labor relations has led to the emergence of different views on the legal status of platform workers. For various sociocultural and economic reasons, platform work has gained widespread popularity in Spain in a short time compared to most European countries, with Spain ranking as the European country with the highest ratio of workers working on digital platforms out of the overall working age population in recent years. Of these digital platforms, delivery platforms are some of the most common. Through the effects of their prevalence, the legal status of delivery platform workers has become a significant issue in Spanish Law. In particular, resolving the issue of rulings that go in different directions regarding the legal status of delivery platform couriers has become necessary with the decision on the unification of conflicting judgments. In 2020, the Spanish Supreme Court ruled that delivery platform couriers have the status of employees under Spanish

* **Sorumlu Yazar:** Burcu Ezer (Arş. Gör. Dr.), Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuk Anabilim Dalı, Eskişehir, Türkiye. E-posta: burcuezer@anadolu.edu.tr ORCID: 0000-0003-4376-656X

Atf: Ezer B, “Teslimat Platformu Kuryelerini İşçi Olarak Kabul Eden İspanyol Kraliyet Kararnamesi “El Real Decreto Ley 9/2021” Üzerine Bir İnceleme” (2022) 80(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 785. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.3.0003>



Law. Following this ruling, a disputable presumption was added to Workers Law No. 2/2015 by Spanish Royal Decree No. 9/2021. Furthermore, employers and platforms that use algorithms to regulate working conditions are obliged to inform workers' representatives about which algorithms are used. With this change in law, Spain became the first European country to accept delivery platform couriers as employees through a legal regulation. This study will first cover the Spanish Supreme Court's ruling to unify jurisprudence and then examine the regulations enacted by Spanish Royal Decree No. 9/2021.

Keywords

Digital Platform, Gig Economy, Delivery Platform, Platform Worker, Courier, Employee

Extended Summary

With the widespread use of digital platforms over a short time, the legal status of those working on digital platforms has become an important issue in recent years. The fact that these new labor relations differ from traditional dependent labor relations and are non-uniform has led to the emergence of different views on the legal status of digital platform workers.

Due to the experienced economic crisis, the effects of which are still ongoing, as well as various other socio-cultural reasons, platform work has become widespread in Spain in a short time compared to most European countries. Spain has created an important employment opportunity for its working age population, especially in terms of on-location platform work, and ranks as the European country with the highest ratio of digital platform workers out of the entire working age population in recent years. Some of the most common digital platforms in the country are delivery platforms. With the effect of their prevalence, the legal status of delivery platform workers has quickly become an important issue in Spanish Law. Disputes regarding the legal status of delivery couriers began being brought to the judiciary, with different rulings rapidly being made on the subject in various autonomous regions of the country. Resolving these various rulings regarding the legal status of couriers, working on delivery platforms have become necessary as per the decision to combine jurisprudence.

The Spanish Supreme Court decided with its ruling to consolidate its case-law on 9/25/2020 that delivery platform couriers have the status of employees in accordance with the Spanish Labour Law. The Supreme Court stated digital delivery platforms to not only be an intermediary but to also be a company that has the required organization and digital tools to carry out its activities. The court decided that the essential features of the employment contract form an employment relationship between the courier and the platform and that couriers are employees who provide labor only as part of this organization and operate alongside the delivery platform in accordance with the dependency relationship.

Following this ruling, a draft law was prepared with the meeting of social partners, and a disputable presumption was added to Workers Law No. 2/2015 by Spanish

Royal Decree No. 9/2021 in parallel with the Supreme Court's ruling. In addition, employers and platforms that use algorithms to regulate working conditions are obliged to inform workers' committees about the algorithms that are used. With this change in law, Spain became the first European country to accept delivery platform couriers as employees in accordance with a legal regulation.

With the accepted disputable presumption, the activity of persons who provide paid services consisting of the delivery or distribution of any consumer product or merchandise by employers who exercise the business powers of organization, management, and control, whether directly, indirectly or implicitly and by means of algorithmic management of the service or working conditions through a digital platform, is presumed to be included within the scope of Workers Law No. 2/2015. With this regulation, the general presumption of employment as accepted in Article 8.1. of the Workers Law No. 2/2015 was also applied to delivery platform couriers.

According to this new regulation, delivery platform couriers working in Spain will henceforth be considered employees and be subject to Workers Law No. 2/2015, and the provisions of Workers Law No. 2/2015 will be applied to the employment relationship between couriers and digital platforms. Thus, couriers will be considered employees as of the date they start working on a digital platform and have the opportunity to claim their rights retroactively in terms of their labor.

Another adopted regulation provided worker committees in workplaces with the right to be informed by the company of the parameters, rules and instructions upon which algorithms or artificial intelligence systems are based that affect decision-making and that may impact working conditions as well as access to and maintenance of employment, including profiling, as these committees have the authority to represent workers collectively.

In line with these principles, this study first examines general information about the legal status of workers in Spain and platform workers, then evaluates the ruling of the Spanish Supreme Court to unify Case Law 9/25/2020. Lastly, the study examines the articles that were added to Workers Law No. 2/2015 by Spanish Royal Decree No. 9/2021, their criticisms, and the possible consequences of these regulations in practice.

Teslimat Platformu Kuryelerini İşçi Olarak Kabul Eden İspanyol Kraliyet Kararnamesi “El Real Decreto Ley 9/2021” Üzerine Bir İnceleme

Giriş

Dijital platform aracılığıyla çalışmanın kısa süre içerisinde yaygınlık kazanmasıyla birlikte, bu platformlarda çalışanların hukuki statüsü son yıllardaki en önemli tartışmalardan biri haline gelmiştir. Bu yeni çalışma ilişkilerinin geleneksel bağımlı çalışma ilişkilerinden farklılıklar içermesi ve tek tip olmaması, platform çalışanlarının hukuki statüsüne yönelik farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Geçirmiş olduğu ve etkileri halen süren ekonomik kriz nedeniyle ve diğer çeşitli sosyo-kültürel sebeplerle platform çalışma, İspanya’da çoğu Avrupa ülkesine kıyasla kısa sürede büyük bir yaygınlık kazanmıştır. İspanya, özellikle yerinden platform çalışma (*on-location platform work*) bakımından çalışabilir nüfusa önemli bir istihdam olanağı yaratmış ve son yıllarda dijital platformlarda çalışanların çalışan nüfusa oranı en yüksek Avrupa ülkesi konumuna ulaşmıştır. Ülkedeki dijital platformların en yaygın olanlarından biri ise teslimat platformları olmuştur. Bu yaygınlığın da etkisiyle teslimat platformu çalışanlarının hukuki statüsü, kısa zamanda İspanyol Hukukundaki önemli konulardan biri haline gelmiştir. Teslimat kuryelerinin hukuki statüsüne yönelik uyuşmazlıklar yargı önüne taşınmaya başlanmış; ülkenin çeşitli özerk bölgelerinde konuya ilişkin farklı yönde kararlar verilmiştir. Teslimat platformu çalışanı kuryelerin hukuki statüsüne yönelik bu çeşitli kararlar, konunun içtihadı birleştirme kararıyla çözülmesini zorunluluk haline getirmiştir.

İspanyol Yüksek Mahkemesi, 25.09.2020 tarihinde vermiş olduğu içtihadı birleştirme kararıyla teslimat platformu kuryelerinin İspanyol Hukukuna göre işçi statüsünde olduklarına karar vermiştir. Bu kararın ardından, sosyal tarafların da bir araya gelmesiyle bir taslak metin hazırlanmış ve Yüksek Mahkemenin kararına paralel bir şekilde, 9/2021 sayılı İspanyol Kraliyet Kararnamesiyle 2/2015 sayılı İşçi Kanununa teslimat platformu çalışanı kuryelerin işçi kabul edilmesine ilişkin adi nitelikli bir karine eklenmiştir. Ayrıca, çalışma koşullarını düzenlemek adına algoritmalar kullanan işverenlere ve platformlara, kullanılan algoritmalar hakkında işçi temsilcilerini bilgilendirilme yükümlülüğü getirilmiştir. Bu kanun değişikliği ile birlikte İspanya, kanuni bir düzenleme uyarınca teslimat platformu kuryelerini işçi statüsünde kabul eden ilk Avrupa ülkesi olmuştur.

Açıklanan hususlar doğrultusunda çalışmamızda öncelikle İspanya’daki çalışan statülerine ve platform çalışanlara ilişkin genel bilgilere yer verilecek; ardından İspanyol Yüksek Mahkemesinin 25.09.2020 tarihli içtihadı birleştirme kararı ve bu kararda ortaya koyulan içtihat değerlendirilecek; son olarak, 9/2021 sayılı İspanyol Kraliyet Kararnamesiyle 2/2015 sayılı İşçi Kanununa eklenen düzenlemeler, bu

düzenlemelere yönelik eleştiriler ve bu düzenlemelerin uygulamadaki muhtemel sonuçları incelenecektir.

I. İspanya'da Çalışan Statüleri ve Platform Çalışanlarına İlişkin Genel Esaslar

İspanyol Hukukunda dijital platform çalışanlarının hukuki statüsüne ilişkin tartışma zemini esas itibarıyla bu kişilerin bağımlı veya bağımsız çalışan olup olmadıkları ekseninde gelişme gösterdiğinden; öncelikle İspanyol Hukukunda kabul edilen çalışan statülerine değinmek ve ardından İspanya'daki platform çalışanlarını kısaca ele almak yerinde olacaktır.

A. İspanya'da yasal çalışan statüleri

İspanyol Hukukunda çalışma ilişkilerinde işçi, bağımsız çalışan ve -ekonomik anlamda bağımlı- bağımsız çalışan olmak üzere üç¹ farklı yasal statüden söz etmek mümkündür:

İşçi statüsü, 2/2015 sayılı İşçi Kanununda (Estatuto de los Trabajadores - ET)² düzenlenmiş olup ET 1.1.'e göre işçi "*ücretli hizmetlerini serbest iradesiyle bir gerçek veya tüzel kişi işveren hesabına, işverenin organizasyon ve yönetimi kapsamında yerine getiren gerçek kişi*"dir. Bu hüküm uyarınca İspanyol hukukunda işçi kavramının temel unsurları; ücret, kişisel olarak iş görme, bağımlılık, başkası hesabına çalışma (*ajenidad*) ve irade serbestisidir³. Bağımlı iş ilişkisi kural olarak belirsiz süreli iş sözleşmeleriyle, istisnai olarak ise belirli süreli iş sözleşmeleri yoluyla kurulmakta; her iki sözleşme türünde de işçinin tam veya kısmi süreli çalışmasına imkân tanınmaktadır⁴.

Bir diğer statü olan bağımsız çalışan, 20/2007 sayılı Bağımsız Çalışanlar Kanununda (Estatuto del Trabajo Autónomo - LETA)⁵ düzenlenmiştir. LETA 1.1'e göre bağımsız çalışan "*işçi çalıştırsın ya da çalıştırmayın, mutlak olarak, bizzat ve doğrudan, kendi hesabına ve bir başkasının yönetim ve organizasyonundan bağımsız olarak, kar amacıyla ekonomik veya mesleki bir faaliyette bulunan kimse*"dir. Buna göre İspanyol Hukukunda bağımsız çalışanı işçiden ayıran en önemli unsurlar

¹ İspanyol Hukukunda çalışanların statüsüne ilişkin üç farklı kategoriden söz edilemeyeceği; TRADE statüsünün üçüncü bir kategori ya da ara bir kategori olmayıp bağımsız çalışan statüsünün bir alt kategorisi olduğu yönünde bkz Adrian Todoli Signes, "Workers, the self-employed and TRADEs: Conceptualisation and collective rights in Spain" (2019) 10(3) European Labour Law Journal, 258.

² Tam adıyla "Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores" <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-11430-consolidado.pdf>> Erişim Tarihi 02 Kasım 2021.

³ Todoli Signes, (n 1) 255-257.

⁴ Rocío Gallego Losada, "A critical analysis of the job instability in platform economy", (2021) 11(2) Lex Social, 127-128.

⁵ "Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo" <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-13409-consolidado.pdf>> Erişim Tarihi 02 Kasım 2021.

bağımsızlık ve kendi hesabına çalışıyor olmaktadır⁶. Bağımsız çalışan ile kast edilen; kurdukları şirkete zamanlarının ve emeklerinin bir kısmını kişisel olarak veren bireysel girişimciler veya kendi şirketi olmayıp bir veya birden fazla şirket tarafından talep edilen işleri gören bağımsız çalışanlardır⁷.

2007 yılında İspanyol Hukukunda gerçekleşen reform uyarınca, çalışanlar bakımından kullanılan ikili geleneksel ayrıma üçüncü bir grup olarak -ekonomik anlamda bağımlı- bağımsız çalışan statüsü (trabajadores autónomos económicamente dependientes - TRADE) eklenmiştir⁸. Kanunda TRADE statüsündekiler “düzenli, kişisel ve doğrudan bir temelde, esas itibarıyla müşteri olarak bilinen bir gerçek veya tüzel kişi adına kâr amacıyla ekonomik veya profesyonel bir faaliyet yürüten ve gelirinin en az %75’i tek bir müşteriye bağlı olan kimse” olarak tanımlanmıştır (LETA 11). Ancak bir kimsenin TRADE olarak kabul edilmesi için bazı ek koşulları taşıması gerekmekte olup bunlar;

- Kanunda öngörülen istisnalar saklı olmak kaydıyla kendisine bağımlı çalışanı bulunmamak (işçi çalıştırmamak) veya faaliyetlerinin bir kısmını yahut tamamını üçüncü kişilere yaptırmamak (taşeron/yüklenici kullanmamak),
- Faaliyetini müşteri adına hizmet veren diğer işçilerle aynı şekilde yürütmemek,
- Faaliyetlerinin icrası için gerekli altyapı ve üretim materyallerine, -ekonomik olarak bu faaliyetle ilgili olduğu müddetçe- müşterisinininkinden bağımsız olarak sahip olmak,
- Müşterisinden alabileceği teknik talimatlar saklı kalmak kaydıyla, faaliyetlerini kendi organizasyon kriterleriyle geliştirmek,
- Müşteriyle kararlaştırılanla uyumlu olacak şekilde faaliyetlerinin ekonomik riskini üstlenmek

şeklinde (LETA 11.2.)⁹. Bu koşullar aynı zamanda TRADE statüsündekileri işçi veya bağımsız çalışanlardan ayırt etmek için kullanılan kriterlerdir.

Kanunda yer alan TRADE tanımından anlaşıldığı üzere, TRADE’lere gelirinin en az %75’ini tek bir işverenden elde etme koşulu getirilerek bu kişilerin “ekonomik anlamda bağımlı” oldukları kabul edilmiştir. Ayrıca bu çalışanlar bakımından bir diğer ayırt edici ölçüt olarak, hizmetlerini ilgili işverene “süreklilik” unsuruna,

⁶ Todolí Signes, (n 1) 258; Fernando Valdés Dal-Ré, “El estatuto del trabajador autónomo en la legislación española” (2021) Extraordinario Revista de Derecho de la Seguridad Social, 40-41.

⁷ Gallego Losada, (n 4) 128.

⁸ Her ne kadar bağımsız çalışan statüsündekiler bakımından kanunda böyle bir ayırım oluşturulmuş olsa da, uygulamada TRADE statüsünün bağımsız çalışan statüsüne kıyasla daha iyi koşullar sağlamadığı yönünde bkz Daniel Pérez del Prado, “The Legal Framework of Platform Work in Spain: The New Spanish ‘Riders’ Law”, (2021) Dispatch 36 Comparative Labor Law and Policy Journal, 2.

⁹ TRADE statüsü hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz Todolí Signes, (n 1) 258 vd; Valdés Dal-Ré, (n 6) 31 vd

çalışma günleri ve çalışma tatili esaslarına uymak koşuluyla yerine getirmeleri gerektiği düzenlenmiştir¹⁰.

İspanyol Hukukunda işçiler, diğer ülke hukuklarında olduğu gibi, iş hukukunun korumasından doğrudan yararlanan kişilerdir. Diğer bir anlatımla çalışanı koruyucu düzenlemeler ve çalışma hayatına ilişkin sınırlama ve kurallar ağırlıklı olarak işçiler üzerinden gelişme göstermiştir.

Öte yandan, bazı sektörlerdeki spesifik düzenlemeler bir kenara bırakılacak olursa, bağımsız çalışanların çalışma koşullarıyla ilgili herhangi bir düzenlemeye (çalışma saatleri, dinlenme süreleri, yıllık ücretli izin, asgari ücret, kanuni izinler vb.) LETA'da yer verilmemiş¹¹; bağımsız çalışanların faaliyetlerini irade serbestisi uyarınca yerine getirmesine üstünlük tanınmıştır.

TRADE'ler bakımından ise durum işçi ve bağımsız çalışanlardan biraz daha farklıdır. Çalışma koşullarının belirlenmesi bakımından TRADE statüsündekiler için bireysel veya toplu iş sözleşmesi hükümlerine üstünlük tanınmış; çalışma ve dinlenme saatlerinin, hafta tatili izni ve günlük/haftalık/aylık çalışma sürelerinin ve çalışma koşullarına ilişkin diğer hususların taraflarca belirleneceği kabul edilerek bu esaslar bakımından sınırlayıcı ya da düzenleyici hükümlere kural olarak yer verilmemiştir¹². Öte yandan TRADE'nin faaliyetlerine ara vermesini haklı kılan sebepler (m 16), yıllık ücretli izin hakkı (m 14) ve haksız feshe karşı koruma rejimi (m 15) Kanunda özel olarak düzenlenmiştir. Kanunun açık hükmü gereğince bu kişilere İşçi Kanununun hükümlerinin doğrudan yahut kıyasen uygulanması da engellenmiştir¹³.

İspanyol Hukukunda sosyal güvenlik hakları bakımından da çalışanlar yönünden iş hukukundakine benzer ayrımlara gidilmiştir. İspanya'da sosyal sigorta kapsamı bakımından "genel rejim", "bağımsız çalışanlar rejimi" ve diğer "özel rejimler" olmak üzere üçlü bir ayrımdan söz etmek mümkündür¹⁴.

Genel rejim (Régimen General) işçilerin büyük çoğunluğunu kapsarken bağımsız çalışan rejimi (Régimen Especial de Trabajadores Autónomos-RETA) bağımsız çalışanlar ile TRADE'leri; çeşitli sayıda olan özel rejimler ise sigortalının mesleki niteliğine veya statüsüne göre belli başlı kişileri (örneğin öğrenciler, denizciler, maden işçileri, devlet memurları vb.) kapsamına almaktadır. Görüldüğü üzere sosyal güvenlik hakları bakımından İspanyol Hukukunda bağımsız çalışanlar ile TRADE'ler

¹⁰ Valdés Dal-Ré, (n 6) 45.

¹¹ Todolí Signes, (n 1) 259.

¹² Todolí Signes, (n 1) 261-262.

¹³ Bu yasaklamamın tek istisnasının ergin olmayan bağımsız çalışanlar yönünden olduğu yönünde ayrıca bkz Valdés Dal-Ré, (n 6) 37.

¹⁴ Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz María Luisa Pérez Guerrero ve Miguel Rodríguez-Piñero Royo, "Social security for Spain's platform workers: self-employed or employee status?" (2021) 74(3-4) International Social Security Review, 179 vd Ayrıca bkz <<https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/Afiliacion/10548>> Erişim Tarihi 09 Kasım 2021.

aynı statüde kabul edilerek aynı sigorta kapsamına (RETA) alınmışlardır¹⁵. Genel rejimde sigortalıyı tescil etme ve prim ödeme yükümlüsü işveren iken, bağımsız çalışan rejimi RETA’da bu yükümlülükler bağımsız çalışana veya TRADE’ye aittir.

Çalışma koşullarında olduğu gibi, sosyal sigorta edimleri de esas itibariyle genel rejim kapsamında -işçiler üzerinden- şekillenmektedir. Diğer bir anlatımla, sosyal sigortanın kapsamı ve türleri genel rejime tabi işçiler bakımından daha kapsamlı bir biçimde düzenlenmiştir. Ancak 2018 yılından beri yapılan reformlarla bağımsız çalışan rejiminin genel rejimle eşit hale getirilmesine yönelik iyileştirmelere gidilmiştir¹⁶.

B. İspanya’da platform çalışma ve platform çalışanlarının statüleri

Teknolojinin ilerlemesiyle birlikte, çalışma hayatında önemli bir dönüşüm başlamış ve klasik çalışma şekillerinin yanı sıra yeni atipik yöntemler ortaya çıkmıştır. Platform ekonomisi (gig ekonomi) bu yeni istihdam tiplerinden yalnızca biri olup İspanya’nın çalışma düzeninde kısa sürede kendine önemli bir yer edinmiştir¹⁷. Öyle ki, İspanya’da dijital istihdam platformları ve bu platformlar aracılığıyla çalışanların sayısı günden güne artış göstermiştir. Konuya ilişkin ulusal ve resmi bir istatistik bulunmasa da, uluslararası ve informal ulusal istatistiklere göre günümüzde İspanya, dijital platformlarda çalışanların çalışan nüfusa oranı en yüksek Avrupa ülkesi konumundadır¹⁸.

İspanya’nın sosyo-ekonomik durumu, platform ekonomisinin bu denli gelişme kaydetmesinde ve dijital platformların özellikle belli başlı sektörlerde daha fazla yaygınlaşmasında en önemli faktör olmuştur¹⁹. Ülkede yaşanan ekonomik sıkıntılar ve yüksek işsizlik oranları, dijital istihdam platformlarının artmasına ve devamlı çalışma çağındaki kişilerin hatırı sayılır bir kısmının en az haftada bir bu dijital platformlar aracılığıyla faaliyet göstermesine neden olmuştur²⁰.

Her ne kadar yapılan araştırmalar, İspanya’da Upwork, Amazon Mechanical Turk gibi çevrimiçi platformlar üzerinden çalışmaların (*online platform work*) yerinden

¹⁵ Konuya ilişkin detaylı açıklamalar için bkz Pérez Guerrero ve Rodríguez-Piñero Royo, (n 14) 182 vd

¹⁶ Örneğin RETA kapsamındaki işsizlik, iş kazası ve meslek hastalığı riskleri bakımından koruma altına alınmışlar ve bu riskler için prim ödemeye başlamışlardır. Pérez Guerrero ve Rodríguez-Piñero Royo, (n 14) 181.

¹⁷ İspanya’da platform çalışmanın gelişimi için bkz Digital Future Society, *El trabajo en plataformas digitales en España: ¿qué sabemos? Una revisión bibliográfica*. (Mobile World Capital 2020) 8 vd; Miguel Rodríguez-Piñero Royo, “Platforms and Platform Work in Spanish Industrial Relations” (2020) 41(2) *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 444 vd Ayrıca bkz Borja Suárez Corujo, “la gran transición: la economía de plataformas digitales y su proyección en el ámbito laboral y de la seguridad social” (2018) 141 *Temas Laborales*, 41-44.

¹⁸ Collaborative Economy and Employment (COLLEEM) 2018 verilerine göre İspanya’da asıl mesleğini dijital platform üzerinden yürütenlerin oranı %2,6 iken, ek iş olarak çalışanlarla birlikte dijital platform üzerinden çalışanların toplam oranı %18’dir. Bu verilerle İspanya, Avrupa ülkeleri içinde ilk sırada yer almaktadır. Digital Future Society, (n 17) 8, 12, 17.

¹⁹ Örneğin yazara göre turizmin ülke ekonomisi için önemi, AirBNB gibi geçici konaklama platformlarının büyük oranda gelişme göstermesine sebep olurken; ülkedeki toplu taşıma sisteminin başarısı Uber gibi platformların daha küçük çapta kalmasına neden olmuştur. Rodríguez-Piñero Royo, (n 17) 444.

²⁰ Rodríguez-Piñero Royo, (n 17) 444.

platform çalışmalarına (*on-location platform work*) kıyasla daha büyük bir payı olduğunu gösterse de²¹, dijital platform çalışmalarının ve bu platform çalışanlarının hukuki statüsüne yönelik tartışmalar, yerinden platform çalışmaları üzerinden gelişme göstermiştir²². İspanya'da yerinden platform çalışmalarındaki en yaygın üç sektör ise yemek ve ürün teslimat platformları (Glovo, Deliveroo, Uber Eats vb), ulaşım platformları (Uber, Cabify vb) ve geçici konaklama platformları (AirBNB) olmuştur²³. Nitekim platform ekonomisine ilişkin İspanya'daki ilk uyuşmazlık da, dijital ulaşım platformu Uber yönünden ortaya çıkmıştır²⁴. Çevrimiçi platformlar üzerinden yapılan çalışmalar ve bu çalışanların hukuki statüsü ise platform çalışmalarına yönelik tartışmaların şimdilik dışında kalmıştır²⁵.

Çalışmamızın konusunu oluşturan teslimat platformları, ülkede en yaygın olan yerinden platform çalışma türüdür. Nitekim İspanya, teslimat platformları aracılığıyla yarattığı istihdam ile Avrupa Birliği üyesi ülkeler arasında da ilk sıralara yükselmiştir²⁶. Ancak bu yaygınlık, teslimat platformlarının aynı zamanda en fazla uyuşmazlık konusu olan dijital platform türü olmasına da sebep olmuştur. Söz konusu uyuşmazlıkların ve bu makalenin konusunu oluşturan İşçi Kanununda yapılan değişikliğin nedenlerini anlayabilmek adına, öncelikle İspanya'daki teslimat platformu çalışanlarının statüsüne kısaca değinmek gerekir.

Aşağıda değinilecek Yüksek Mahkeme kararından önce, İspanya'daki teslimat platformları kapsamında çalışanların büyük çoğunluğu, platform çalışanlarına yönelik özel bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, LETA'ya tabi (bağımsız çalışan veya TRADE) olarak faaliyet göstermekteydi²⁷. Ancak platform çalışanlarının bu iki kategoriden hangisine girmesi gerektiği de kendi içinde bir karmaşa barındırmaktaydı.

²¹ Hertfordshire Üniversitesi'nin 2019 yılında gerçekleştirdiği araştırmanın verileri için bkz Digital Future Society, (n 17) 18.

²² Digital Future Society, (n 17) 29-30.

²³ Rodriguez-Piñero Royo, (n 17) 458-461.

²⁴ Platform çalışma yönünden İspanya'daki ilk dava 2015 yılında, Uber İspanya'da faaliyete henüz başlamışken görülmüştür. İş teftişleri sonucunda Uber'in şoförlerini işçi statüsüyle sosyal sigortaya tescil etmediği ve bu kişilerin sigorta primlerini ödemediği saptanmıştır. Uber ise bu şoförlerin işçi veya bağımsız çalışanlar değil yalnızca araçlarını diğer kişilerin kullanımına sunan kimseler olduğunu savunmuştur. Uber hakkında ayrıca, faaliyetlerinin haksız rekabet oluşturduğu iddiasıyla dava açılmıştır. Davada yetkili Barselona 3. Ticaret Mahkemesi, Uber'in İspanya'daki faaliyetlerinin 3/1991 sayılı Haksız Rekabet Kanununa göre haksız rekabet oluşturduğu yönündeki iddialar bakımından karar vermeden önce, Uber'in sağladığı hizmetin ulaşım faaliyeti veya bilgi toplumu hizmeti olup olmadığının tespiti için uyuşmazlığı ön sorun olarak Avrupa Birliği Adalet Divanı'na (ABAD) taşımıştır. ABAD ise Uber'in verdiği hizmetin yalnızca aracılık hizmeti olmadığına, platformun ulaşım alanında hizmet verdiğine karar vermiştir (Bkz CJEU, C-434/15 Elite Taxi v Uber Systems Spain, S.L. [2017]. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CJ0434&from=EN>> Erişim Tarihi 27 Kasım 2021). Belirtilim ki Barselona'da görülen bu dava, Uber'in faaliyetlerinin haksız rekabet oluşturup oluşturmadığı ve Uber'in bu faaliyeti yürütebilmek için idari bir izin almasının gerekip gerekmediğine ilişkindir. Diğer bir ifadeyle, bu davada taraflar arasındaki istihdam ilişkisinin hukuki niteliğine yönelik bir karar verilmemiştir. Ancak buna rağmen, ön sorun olarak verilen ABAD kararı, platform ekonomisi bakımından önemli hususlara yer veren yol gösterici kararlardan biri olmuştur. Ayrıca bkz Rodriguez-Piñero Royo, (n 17) 450-451; Suárez Corujo, (n 17) 42-43, 51-52.

²⁵ Digital Future Society, (n 17) 30.

²⁶ Dijital platform sektöründe faaliyet gösteren ADIGITAL sendikasının 2019 verilerine göre, İspanya'da yaklaşık 700.000 kişinin teslimat kuryeliği işini asıl meslekleri olarak yürüttüğü yönünde bkz Rodriguez-Piñero Royo, (n 17) 444.

²⁷ Uygulamada platformların büyük bir çoğunluğu çalışanıyla (özellikle kuryelerle) "bağımsız çalışan" şeklinde sözleşme ilişkisi kursa da, hukuken bu kişilerin girmesi gereken statünün TRADE olduğu yönünde bkz Pérez Guerrero ve Rodríguez-Piñero Royo, (n 14) 182-183.

TRADE statüsü, İspanyol Hukukunda kabul edilen üçüncü bir çalışan statüsü olmasına rağmen uygulamada işçi ve bağımsız çalışan statüleri kadar yaygınlik kazanamamıştır²⁸. Her ne kadar ilk bakışta dijital platform kapsamındaki çalışmalar için uygun bir statü olduğu düşünülebilse de, kendini TRADE olarak tescil eden sayısı çeşitli sebeplerle çok düşük seviyelerde kalmıştır. Şüphesiz bunun en önemli nedeni, TRADE statüsündekiler için yeterli bir koruma rejiminin sağlanmamış olmasıdır. Bu koruma eksikliği nedeniyle çalışanların kendilerini TRADE olarak tescil etmeleri için “cezbedici” herhangi bir sebep bulunmamaktadır²⁹. Konuya platform çalışanı kuryeler açısından bakıldığında ise, bir diğer önemli sebep TRADE sayılabilmek için getirilen “ekonomik bağımlılık” koşuludur. TRADE sayılabilmek için gelirinin en az %75’ini tek bir müşteriden/platformdan sağlamak gerektiğinden; birden fazla platforma hizmet veren ve “bir müşteriden en az %75’lik gelir” koşulunu sağlayamayan kurye, TRADE statüsünde sayılamamaktaydı. Bu nedenle TRADE statüsünde faaliyet gösterenlerin birden fazla dijital platforma hizmet sunmaları teorik olarak mümkün değildi.

TRADE rejiminin sözü edilen sıkıntıları nedeniyle, çalışma koşulları itibariyle ekonomik anlamda bağımlı olan çalışanların çok büyük bir kısmı kendini TRADE olarak tescil etmemekteydi³⁰. Bu çalışanlar büyük çoğunlukla LETA’ya tabi bağımsız çalışan olarak faaliyetlerini yürütmekteydi. Kuryelerin statüsü sosyal sigorta perspektifinden değerlendirildiğinde ise farklı problemler de barındırmaktaydı. Sosyal sigorta sisteminin kendi içinde barındırdığı sıkıntılar nedeniyle, LETA’ya tabi kuryelerin bir kısmı kendini sosyal sigorta sistemine (RETA’ya) tescil etmekte; önemli bir diğer kısmı ise kendini RETA’ya bağımsız çalışan veya TRADE olarak tescil ettirmeksizin kayıt dışı bir biçimde çalışmaktaydı. Bu durumun en önemli sebebi, İspanyol Hukukunda kısmi süreli bağımsız çalışanların sosyal sigorta statülerine ilişkin düzenlemelerin eksikliğidir.

İspanyol sosyal sigorta sistemine göre RETA’ya tabi bağımsız çalışanlar ve TRADE’ler, asgari/azami sınırları gelirleri uyarınca belirlenen sigorta primini aylık olarak ödemekle yükümlüdür. Ancak dijital platform üzerinden çalışan kişilerin asgari bir gelir güvencelerinin bulunmaması nedeniyle, aylık gelirlerinin tespiti bu denli öngörülebilir değildir. Öte yandan bağımsız çalışan rejiminde, genel rejimin aksine, kısmi süreli (part-time) bağımsız çalışan bir kimsenin bu çalışması uyarınca kısmi prim ödeme imkânı bulunmamaktadır³¹. Diğer bir ifadeyle, bağımsız çalışan kişi

²⁸ TRADE statüsünün teoride mevcut olup uygulamada var olmadığı; TRADE’lerin İspanya’daki çalışanların %0.05’inden azını oluşturduğu yönünde bkz Todolí Signes, (n 1) 258; Suárez Corujo, (n 17) 48.

²⁹ Todolí Signes, (n 1) 266.

³⁰ Yazarın aktardığına göre İspanya Ulusal İstatistik verileri uyarınca İspanya’da gelirinin büyük çoğunluğunu ya da tamamını tek bir müşteriden kazanan çalışan sayısı 1.200.000’den fazla olmasına rağmen, kendini TRADE olarak tescil eden kişi sayısı 10.000 civarıdır. Diğer bir anlatımla, ekonomik anlamda bağımlı bir bağımsız çalışan olması gerekirken yasal rejim kapsamına girmeyen kişi sayısı 1.000.000’dan fazladır. Todolí Signes, (n 1) 266.

³¹ Pérez Guerrero ve Rodríguez-Piñero Royo, (n 14) 181, 184.

kısmi süreli çalışsa da, sosyal sigorta primlerini tam süreli çalışıyormuş gibi ödemek zorundadır³². Dijital platformlar kapsamında çalışanların büyük çoğunluğunun kısmi zamanlı çalışması ve asgari gelir güvencesinden yoksun olması karşısında, tüm bu hususlar kendilerinin sosyal güvenlik sisteminden dışlanmalarına ve sosyal sigorta yönünden kayıt dışı olarak faaliyet göstermelerine sebep olmuştur³³.

Gerek platform çalışmaya ve platform çalışanlarına yönelik yasal düzenlemelerin eksikliği, gerek bu çalışanlar bakımından işçilik haklarının, iş güvencesinin, asgari gelir güvencesinin yokluğu ve diğer çeşitli çalışma koşulları bakımından ortaya çıkan sorunlar ve gerekse bu çalışanların sosyal sigorta kapsamı dışında kalmaları, İspanya'da dijital platform çalışanlarının hukuki statülerine ilişkin tartışmaların zaman içerisinde artmasına ve yüksek sesle ifade edilmesine neden olmuştur. Öyle ki platform çalışanları bu süre zarfında örgütlenerek³⁴ grev dâhil çeşitli toplu eylemler aracılığıyla konuyu ülke gündeminde tutmuşlardır. Nihayetinde konuya ilişkin uyuşmazlıklar yargı önüne de taşınmıştır.

İspanyol Mahkemeleri, 2018 yılının ortalarından itibaren teslimat platformu kuryelerine ilişkin birbiri ardına karar vermişlerdir. Konuya ilişkin ilk kararı veren Barcelona 11. Sosyal Mahkemesi, 29.05.2018 tarihli kararıyla "Take Eat Easy" platformu çatısı altında çalışan kuryelerin ET 1.1. uyarınca işçi statüsünde olduğuna karar vermiştir³⁵. Hemen ardından 01.06.2018'de verilen ikinci kararda da, Valensiya 6. Sosyal Mahkemesince "Deliveroo" platformuna çalışan kuryelerin ET 1.1. uyarınca işçi statüsünde olduğuna karar verilmiştir³⁶.

Teslimat platformu kuryelerinin hukuki statüsüne ilişkin ilk iki karar bu yönde çıksa da, "Glovo" platformu hakkında açılan çeşitli şehirlerdeki davalarda mahkemeler görüş ayrılığına düşmüşlerdir³⁷. Mahkemelerin bir kısmı Glovo ile kurye arasındaki

³² Esasında İspanyol Hukukunda konuya ilişkin bir yasa değişikliği yapılmış ve bağımsız çalışanların kısmi süreli çalıştıkları takdirde primlerini bu çalışmalarına göre ödeyebilecekleri kabul edilmiştir. 2014'te yürürlüğe girmesi planlanan bu yasa değişikliğinin yürürlüğü, çıkarılan Bütçe Kanunları ile ertelenmiş ve ilgili değişiklik 2021 yılı itibarıyla halen yürürlüğe koyulamamıştır. Bilgi için bkz Gallego Losada, (n 4) 136.

³³ Pérez Guerrero ve Rodríguez-Piñero Royo, (n 14) 183-184. Platform çalışanlarının sosyal güvenlik sistemi karşısındaki durumları hakkında değerlendirmeler için ayrıca bkz Suárez Corujo, (n 17) 56 vd

³⁴ Kuryeler ilk olarak *Riders x Derechos* adlı bir Facebook grubu çatısı altında birleşmeye başlamış ve ardından aynı isimle bir örgüt kurmuşlardır. *Riders x Derechos*, 2017 yazından itibaren çeşitli şehirlerde düzenlediği toplu eylem ve grevlerle kuryelerin çalışma koşullarını iyileştirmeyi amaçlamıştır. Platform kuryeleri tarafından oluşturulan ve bu yönde faaliyetler yürüten diğer örgütlere bisikletli kuryelerin kurduğu *Asociación Nacional de Ciclomensajería*'yı, farklı platformlardan bir araya gelen kuryelerin oluşturduğu dağıtım kooperatifi *Mensakas*'ı örnek vermek mümkündür. Ayrıca bkz <<https://www.eurofound.europa.eu/nl/data/platform-economy/initiatives/riders-x-derechos-riders-for-rights>> Erişim Tarihi 25 Kasım 2021.

³⁵ Kararın gerekçesi için bkz Eusebi Colás Neila, "Prestación de servicios a través de plataformas digitales en la doctrina judicial española. ¿Trabajadores por cuenta ajena o autónomos?" (2019) 5(1) *Labour & Law Issues*, 28-30.

³⁶ Kararın gerekçesi için bkz Colás Neila, (n 35) 30-34; Mercedes López Balaguer, "Trabajo en plataformas digitales en España: primeras sentencias y primeras discrepancias" (2018) 4(2) *Labour & Law Issues*, 54-55.

³⁷ Platform çalışanı kuryelerin hukuki statüsüne ilişkin farklı yönde kararlar için bkz Josep Moreno Gené, "El Carácter Laboral de la Prestación de Servicios de Reparto a Tráves de la Plataforma Digital Glovo: El Tribunalsupremo Zanja el Debate", (2020) 3 *IUSLabor*, 28. Ayrıca bkz Colás Neila, (n 35) 45-46; Raquel Poquet Catalá, "Reflexión en torno al encuadramiento jurídico de las personas repartidoras de plataformas digitales" (2021) 45 *Lan Harremanak*, 84 vd

ilişkinin işçi-işveren ilişkisi olduğunu belirtirken; bir diğer kısmı bu kuryelerin TRADE statüsünde olduğu yönünde karar vermiştir³⁸. Öyle ki doktrinde de benzer görüş ayrılıkları yaşanmış; kimileri teslimat kuryelerinin de işçi statüsünde sayılması gerektiğini belirtirken³⁹, kimileri bu kişilerin bağımsız çalışan olduğunu savunmuş, kimileri ise işçilere yönelik mevzuatın platform çalışmaya tam olarak uygun olmadığını ve mevzuatın bu çalışanlara göre uyarlanması (ve yeni bir iş ilişkisi türü yaratılması) gerektiğini belirtmiştir⁴⁰. Tüm bu görüş ayrılıkları, İspanyol Yüksek Mahkemesinin aşağıda değinilecek olan içtihadı birleştirme kararını vermesine neden olmuştur.

II. El Real Decreto Ley 9/2021'in Kabul Edilmesini Sağlayan Süreç: İspanyol Yüksek Mahkemesinin 25.09.2020 Tarihli Kararı

İspanyol Yüksek Mahkemesinin (Tribunal Supremo) 25.09.2020 tarihli kararıyla⁴¹ yukarıda sözü edilen içtihat ayrılıklarını gidermek amaçlanmıştır. İctihadın birleştirilmesi talebiyle Yüksek Mahkemenin önüne gelen olayda, GLOVO APP 23 SL (kısaca Glovo) çatısı altında çalışan bir teslimat kuryesinin hukuki statüsü incelenmiş ve bu çalışanın İspanyol Hukukuna göre “işçi statüsünde” olduğuna karar verilmiştir.

Davacı-davalı taraflar arasındaki iş ilişkisini ve Yüksek Mahkemenin kararını anlayabilmek adına, Glovo platformuna ve bu platform aracılığıyla dijital teslimat platformlarının çalışma yöntem ve koşullarına kısaca değinmek yerinde olacaktır.

A. Glovo Dijital Platformuna İlişkin Genel Bilgiler

Glovo⁴² 09.09.2014 yılında İspanya’da kurulan ve ticaret sicil kaydına göre esas itibarıyla nakliye ve komisyon acentesi olmak üzere faaliyete başlayan bir şirkettir⁴³. Uygulamada Glovo, mobil ve bilgisayar uygulamalarından çeşitli tüketim ürünlerinin teslimatını gerçekleştirmek üzere faaliyet göstermektedir. Her ne kadar çiçek, hediye, eczanelerden alınan ilaç ve diğer ürünler gibi çeşitli ürünlerin teslim edilmesine yönelik faaliyetleri bulursa da, Glovo’nun faaliyetlerinin büyük bir kısmı (%76) eve yemek teslimine yöneliktir⁴⁴. 2021 yılsonu itibarıyla 24 ülkede hizmet vermekte olan Glovo; ilgili ülkedeki yerel işletmelerle yaptığı ticari anlaşmalarla bu işletmelere/

³⁸ Detaylı bilgi için bkz Colás Neila, (n 35) 34 vd Ayrıca bkz López Balaguer, (n 36) 57 vd; Poquet Catalá, (n 37) 92 vd

³⁹ Bu görüştekilerin argümanları için bkz Gallego Losada, (n 4) 130.

⁴⁰ Gallego Losada, (n 4) 131-132; Suárez Corujo, (n 17) 55. Ayrıca bkz Eva María Blázquez Agudo, “La protección jurídica-laboral de los “riders”. El trabajo en plataformas en la encrucijada de la laboralidad” (2021) 15 Revista Derecho Social y Empresa, 19-20.

⁴¹ Tribunal Supremo, 4746/805, 25.09.2020.

<<https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/05986cd385feff03>> Erişim Tarihi 26 Ekim 2021.

⁴² Glovo web sitesi için bkz <<https://glovoapp.com/>> Erişim Tarihi 30 Ekim 2021.

⁴³ Mahkeme kararlarına konu olan uyumsuzluklar ışığında Glovo platformu hakkında detaylı bilgi için bkz María Belén Fernández Docampo, “Análisis casuístico de la prestación de servicios de los riders de Glovo a través del contenido fáctico de las resoluciones judiciales” (2020) 151 Temas Laborales, 160 vd

⁴⁴ Digital Future Society, (n 17) 8.

mağazalara bir dizi ürün ve hizmet sunma taahhüdü vermektedir⁴⁵. Glovo'nun finansmanını da büyük ölçüde bu anlaşmalarda belirlenen ücretler oluşturmaktadır.

Platformca sunulan teslimat sisteminde; dijital platform (Glovo), yerel işletme/ mağaza/restoran, teslimat görevlisi kurye (Glover) ve satın alma veya taşıma konusunda yardıma ihtiyacı olan kişi (nihai tüketici/müşteri) şeklinde dördü bir yapılanma söz konusudur⁴⁶. Glovo App veya Glovo Web'i kullanan nihai tüketici, talep ettiği ürünün nakliye dâhil olmak üzere ücretini ödeyerek, platforma bu ürünü satın alma yetkisini vermektedir. Böylelikle Glovo, anlaşmalı olduğu işletmeye gidecek bir teslimat elemanı sağlayarak ürünü teslim almakta ve nihai tüketiciye ulaştırmaktadır. Glovo ayrıca, mal ve ürünlerin satın alınmaksızın bir noktadan diğerine taşınması hizmetini de vermektedir.

Glovo, vaat ettiği hizmetleri en iyi ve en hızlı şekilde sunmak ve maliyetlerini minimuma indirmek adına algoritmalar kullanmaktadır. Hangi kuryenin hangi saat aralığında ve hangi bölgede hizmet vereceği bu algoritmalar uyarınca belirlenmektedir.

Glovo-Glover ilişkisini kısaca özetlemek yerinde olacaktır. Platformda kurye olarak çalışmak isteyenlerle öncelikle uygulamanın işleyişi hakkında bilgilendirme amaçlı/eğitici görüşmeler yapılmakta, ardından kuryenin kendini RETA'ya (bağımsız çalışan veya TRADE statüsünde) tescil ettiğine dair kanıt sunması istenmekte; bu aşamaların sonunda ise kurye ile sözleşme imzalanmaktadır⁴⁷. Bu ilişkiye göre glover (kurye), çalışmak istediği günü ve zaman aralığını seçmekte serbesttir. Ancak zaman aralığının seçiminde, kuryenin "çalışan derecelendirme sistemi" uyarınca belirlenen derece ve puanı da önem taşımaktadır. Yüksek puana sahip kuryelerin hizmetlerin tercihinde öncelikli seçim hakkı bulunmaktadır. Kuryenin belli sayıda görevi yerine getirme gibi bir yükümlülüğü olmadığı gibi haftalık veya günlük asgari bir çalışma saati de bulunmamaktadır. Ancak çalışacağını belirttiği zaman aralığında haklı bir nedene dayanmaksızın sistemde aktif olmayan kuryeye *puan cezası* verilir.

Sistemde çalışma durumunu "işe hazır" olarak değiştiren kurye, bu an itibariyle coğrafi bölgesine ve seçtiği zaman aralığına göre sistemde kendisine verilen teslimat görevlerini kabul etmek ve yerine getirmekle yükümlüdür⁴⁸. Kuryenin görevi kabul ettikten sonra reddetmesi halinde ise, ilgili görev aynı teslimat bölgesindeki başka bir kuryeye -reddeden kuryeye herhangi bir ceza veya düşük puan verilmeksizin- atanır. Teslimat görevinin (siparişin) kabul edilmesiyle birlikte kurye, hizmeti gerçekleştirmek adına müşteriye dair gerekli bilgilere erişebilir hale gelir. Kurye, müşterinin talep

⁴⁵ Bkz <<https://glovoapp.com/>> Erişim Tarihi 30 Ekim 2021.

⁴⁶ Tribunal Supremo, (n 41) 3; Moreno Gené, (n 37) 30; Fernández Docampo (n 43) 162.

⁴⁷ Fernández Docampo (n 43) 165.

⁴⁸ Görevlerin kabul edilmesinde "otomatik" ve "manuel" olmak üzere iki türlü seçenek vardır. Otomatik modda sistem kuryeye manuel olarak reddedebileceği bir teslimat görevi atamaktadır. Manuel modda ise teslimat görevi kuryeye otomatik olarak atanmamakta; teslimat görevlerinden hangisini yerine getireceğini kurye seçmekle yükümlü olmaktadır. Ayrıca bkz Tribunal Supremo, (n 41) 3; Fernández Docampo (n 43) 166-167.

ettiği şekilde siparişi yerine getirmek ve siparişin yerine getirilmesinde bir tereddüdü varsa müşteriyle doğrudan iletişime geçmekle yükümlüdür. Nitekim kurye, siparişi ancak müşteriye memnun edecek şekilde yerine getirdiği hallerde bu sipariştan ücrete hak kazanabilmektedir. Kurye ayrıca, ürün veya malların nakliye sırasındaki herhangi bir hasarından da müşteriye karşı sorumlu tutulmuştur.

Bu sistemde Glovo, teslimat kuryelerini kıdemsiz (*principiante*), az kıdemli (*junior*) ve kıdemli (*senior*) olmak üzere üç gruba ayırmıştır. Teslimat kuryesinin bu sıralama sistemindeki puanı nihai müşterinin kendisi hakkındaki puanına, son zamanlardaki siparişlerin tamamlanmasındaki verimliliğine ve kuryenin en yoğun saatlerdeki performansına göre belirlenmektedir. Bu sınıflandırmaya göre platform, üç aydan fazla süreyle görev kabul etmeyen kuryeyi bir alt kategoriye indirme yetkisine sahiptir. Yukarıda değinildiği üzere, kendisi tarafından rezerve edilen saat diliminde sistemde haklı bir nedeni olmaksızın aktif olmayan kuryeye 0,3 puanlık ceza uygulanır.

Bu sistemde kuryenin hareketliliği GPS aracılığıyla sistemde takip edilmekte ve kat ettiği kilometre sisteme kaydedilmektedir. Ancak kuryenin sipariş tesliminde kullanacağı rotayı seçme özgürlüğü bulunmaktadır. Kuryeye bu kapsamda getirilen sınırlama, hangi güzergâhı seçerse seçsin hizmeti en çok 60 dakika içerisinde yerine getirmekle yükümlü olmasıdır⁴⁹.

Teslimat kuryesi ücretini Glovo'dan almaktadır. Kuryenin ücreti, esas itibarıyla teslim edilen her siparişin gönderi ücreti üzerinden hesaplanmakta olup Yüksek Mahkeme önüne taşınan somut olayda 2,75 Euro tutarındaki gönderi ücretinin 2,50 Euro'luk kısmı kuryeye verilmektedir⁵⁰. Geri kalan 0,25 Euro'luk tutar ise aracılık komisyonu olarak Glovo'da kalmaktadır. Bunun dışında kuryenin ücretine, siparişi teslim alma noktasındaki bekleme süresine ve kat etmiş olduğu kilometreye göre eklemeye yapılmaktadır. Kuryelerin ücreti genellikle iki haftada bir ödenmektedir.

Taraflar arasında yapılan anlaşmalar uyarınca genellikle TRADE olarak kabul edilen kuryelerin, kanunda düzenlendiği üzere yıllık 18 günlük izin hakları da bulunmaktadır. Kuryelerin bu izni kullanabilmeleri için platforma önceden bildirmeleri yeterli olup sebep gösterme yükümlülükleri bulunmamaktadır. Son olarak Glovo-Glover ilişkisinde iletişim eposta kanalıyla yürütülmektedir.

B. Somut Olayın Özeti

Davacı, Glovo ile 08.09.2015 tarihinde yaptığı sözleşme ile teslimat işlerini “bağımsız çalışan” olarak yürütme görevini üstlenmiştir. Bu anlaşma uyarınca kuryenin Glovo dışındaki üçüncü kişilerle her türlü faaliyet yapmak adına sözleşme yapma serbestisi korunmuştur. Ancak davacının gelirinin %75'inden fazlasının

⁴⁹ Fernández Docampo (n 43) 170-171.

⁵⁰ Tribunal Supremo, (n 41) 3; Fernández Docampo (n 43) 168.

Glovo'dan aldığıının anlaşılması üzerine, 20.06.2016 tarihli sözleşme ile davacı ile "TRADE" statüsü uyarınca anlaşma yapılmıştır. Somut olayda davacı teslimat işlerini kendine ait motosiklet ve cep telefonu aracılığıyla üstlenmiştir ve bu araçlara ilişkin masrafları kendisi karşılamıştır⁵¹.

Bu süreç içinde hastalanan davacı, Glovo ile eposta yoluyla irtibata geçerek 19.10.2017 ila 22.10.2017 tarihleri arasındaki slotlarının üzerinden alınmasını talep etmiş ve bu talepleri işverence kabul edilmiştir. 24.10.2017 ve 25.10.2017 tarihlerinde ise davacı işe gitmiş ve eski çalışma rutinine geri dönmüştür. 27.10.2017 tarihinde Glovo ile yine eposta yoluyla irtibata geçen davacı, kendisini iyi hissetmediğini ve üstündeki slotların geri alınmasını talep etmiştir. Bu mesajı davalı 31.10.2017'de gecikmeli olarak yanıtlamış ve problemi çözmede geç kaldıklarını belirtmiştir. Bu tarihten sonra ise kendisine herhangi bir görev verilmeyerek kuryeyle olan iş ilişkisi firma tarafından (eylemli fesih yoluyla) sonlandırılmıştır. Bunun üzerine kurye, İspanyol Hukuku uyarınca sırasıyla uyuşmazlık çözüm yollarını tüketmiştir.

Arbuluculuk aşamasında davacı, Glovo ile olan çalışma ilişkisinin "bağımlı çalışma" niteliğinde olduğunu ve hastalığı nedeniyle 19.10.2017 tarihi itibarıyla kendisine iş verilmeyerek (işverenin olumsuz eylemiyle) işten çıkarıldığını iddia etmiştir. Devamla, Ekim 2017'den bu yana ücretinin ödenmediğini belirtmiştir. Tarafların arbuluculuk aşamasında anlaşmaya varamaması üzerine 23.02.2018'de uyuşmazlık yargı önüne taşınmıştır⁵².

İlk derece mahkemesi, 03.09.2018 tarihli kararıyla taraflar arasında bağımlı bir iş ilişkisinin bulunmadığına ve davacı kuryenin İspanyol Hukukuna göre TRADE statüsünde olduğuna hükmederek davacının taleplerini reddetmiştir. Davacının karara itirazı sonrasında Madrid Yüksek Mahkemesi (özerk topluluk temyiz mercii) de, 19.09.2019 tarihli kararıyla ilk derece mahkemesinin kararını onayarak taraflar arasındaki ilişkinin işçi-işveren ilişkisi olduğunu reddetmiştir⁵³.

Davacı, benzer bir uyuşmazlığa ilişkin Asturias Yüksek Mahkemesinin kararı⁵⁴ ile Madrid Yüksek Mahkemesi kararının birbirinin aksi yönde olduğundan hareketle ve içtihat farklılığını gidermek adına, uyuşmazlığı İspanyol Yüksek Mahkemesine taşımıştır. Temyiz itirazları, davacı ile davalı arasındaki ilişkinin iş ilişkisi olduğu ve taraflar arasında iş ilişkisinin olmadığı kabulü halinde, mahkemenin konuya ilişkin karar vermeye görevli olmadığı (görev itirazı) şeklinde iki aşamalıdır⁵⁵.

⁵¹ Tribunal Supremo, (n 41) 4.

⁵² Tribunal Supremo, (n 41) 5.

⁵³ Madrid Yüksek Mahkemesinin kararında değindiği gerekçeler için bkz Moreno Gené, (n 37) 34-35.

⁵⁴ Asturias Yüksek Mahkemesinin önüne gelen olayda da davacı, Glovo bünyesinde teslimat görevini üstlenen bir kuryedir. Yüksek Mahkeme, ABAD'ın Asociación Profesional Elite Taxi v Uber Systems Spain, C-434/15 kararındaki gerekçelerine dayanarak ve dijital araca sahip olan kişiyi belirlemek suretiyle Glovo-Glover arasındaki ilişkinin işçi-işveren ilişkisi olduğuna hükmetmiştir. Asturias Yüksek Mahkemesinin kararı hakkında geniş bilgi için bkz Moreno Gené, (n 37) 38-41.

⁵⁵ Tribunal Supremo, (n 41) 6.

C. Yüksek Mahkemenin Somut Olayı Değerlendirmesi

Somut olayı değerlendiren Yüksek Mahkeme, özetle; çalışanın performansı ile ilgili bazı serbestilere sahip olmasının, statüsünün belirlenmesinde yeterli olmayacağı ve bir iş ilişkisinin kurulmasında önemli olan unsurun, “dijital araca kimin sahip olduğu” yönünde bir değerlendirme yapmıştır⁵⁶. Yüksek Mahkemeye göre somut olayda müşteriler ile kuryeleri eşleştirmeye ve teslimat fiyatlarını hesaplamaya yarayan dijital araca ve sistemin algoritmasına sahip şirket Glovo olup, Glovo ile kurye arasında bağımlılık ilişkisi mevcuttur.

Kararın gerekçesine bakıldığında, Yüksek Mahkeme’nin Glovo-Glover ilişkisini; kendi yerleşik içtihadı, AB mevzuatı ve Avrupa Birliği Adalet Divanının (ABAD) içtihadı doğrultusunda ele aldığından ve somut olayı bağımlılık unsurunun lehe ve aleyhe unsurları ışığında değerlendirdiğinden söz edilebilir⁵⁷. Yüksek Mahkemenin somut olay bakımından ulaştığı en önemli sonuçları aşağıdaki gibi sıralamak mümkündür⁵⁸:

Yüksek Mahkemeye göre Glovo, işletmeler ile kurye arasında yalnızca aracılık görevi üstlenmediği gibi müşteriler ile kuryenin temasa geçebilmesi için sadece elektronik aracılık hizmeti de sunmamaktadır. Glovo aynı zamanda, sistemin koordinasyonunu ve servislerin organize edilmesini de yürütmektedir. Nitekim Glovo, sağlanan servisler için ücret ve ödeme koşullarını belirleyen, tüm ticari kararları alan ve taahhüt edilen hizmetlerin temel koşullarını sağlayan şirket ve aynı zamanda faaliyetleri yürütmek için gerekli varlıkların sahibidir⁵⁹.

Tüm bu faaliyetleri yerine getirmek için Glovo, kendi bağımsız iş organizasyonu olmayan kuryeler kullanmaktadır. Bu kuryeler, hizmetlerini işverenin iş organizasyonunda yerine getiren çalışanlardır. Glovo, hizmetlerin yerine getirilme sürecinin kontrolünü sağlayacak organizasyon ağını ve talimatları oluşturmuştur. Mahkemeye göre işin yürütümünde algoritmaların kullanılması, yönetim ve kontrol gücünün bir uygulaması olarak düşünülmelidir⁶⁰. Bu organizasyona göre kuryenin üretim faaliyetlerini kendi başına organize etme yetkisi bulunmamaktadır. Kuryenin hizmet sunduğu işletmelerle ücret veya hizmet koşulları ile ilgili pazarlık ya da görüşme yapması mümkün olmadığı gibi nihai müşteriden ayrıca bir hizmet bedeli

⁵⁶ Mahkeme kararına ilişkin detaylı değerlendirmeler için bkz Moreno Gené, (n 37) 42 vd; José Luis Monereo Pérez ve María Rosa Martín Muñoz, “La laboralidad de quienes prestan servicios a través de plataformas digitales” (2020) 9 Revista de Jurisprudencia Laboral, 3 vd; Eduardo Rojo Torrecilla, “De la sentencia del TS de 25 de Septiembre de 2020 al RDL 9/2021. La relación laboral de los repartidores de las empresas de reparto” (2021) 158 Temas Laborales, 15-19; Adrián Todolí Signes, “Notes on the Spanish Supreme Court ruling that considers riders to be employees”, (2020) Dispatch 30 Comparative Labor Law and Policy Journal, 4-7; Poquet Catalá, (n 37) 84-86.

⁵⁷ Tribunal Supremo, (n 41) 10 vd Ayrıca bkz Monereo Pérez ve Martín Muñoz, (n 56) 5-7. Todolí Signes (n 56) 5-6; Rojo Torrecilla, (n 56) 16-17.

⁵⁸ Tribunal Supremo, (n 41) 14 vd

⁵⁹ Tribunal Supremo, (n 41) 14-15.

⁶⁰ Tribunal Supremo, (n 41) 15.

alması da mümkün değildir. Nihai müşteriye ürün satın alması gerektiğinde kuryenin kullanacağı kredi kartı da Glovo tarafından tahsis edilmiştir. Buna göre davacı kurye, sadece platform şirket tarafından belirlenen talimatlara tabi olup çalışma koşullarını organize etme özerkliğine ve kapasitesine sahip değildir.

Glovo, dijital platform aracılığıyla kuryenin teslimat görevini yerine getirip getirmediğini GPS aracılığıyla eş zamanlı olarak kontrol etme yetkisine sahip olup bu husus da bağımlılık ilişkisinin varlığının işaretlerinden biridir. Ayrıca Glovo, kuryenin nihai müşteriyle nasıl bir iletişimde olacağını da kendisi belirlemiştir; kuryenin yapmaması gereken hal ve hareketleri ve kullanmaması gereken kıyafet ve aksesuarları yine kendisi belirlemiştir⁶¹. Böylelikle kuryeler hizmetlerin yerine getirilmesinde Glovo'nun katı kurallarına uymakla yükümlü tutulmuşlardır. İşverenin yönetim hakkının bir göstergesi olarak, Glovo'nun çeşitli durumlarda kuryeyi cezalandırma yetkisi de bulunmaktadır.

Somut olaya göre kuryenin çok sınırlı bir özerkliğinin bulunduğundan söz etmek mümkündür. Bunlar; kuryenin hangi ulaşım aracını kullanacağı ve teslimat yaparken hangi rotayı/yolu izleyeceği ile (ki kullanılan rota GPS uyarınca sistemde görünmektedir) sınırlıdır⁶². Ancak kurye, İspanyol Hukukuna göre TRADE statüsünde kabul edilmek için öngörülen koşulları sağlamamaktadır. Kuryenin geleneksel çalışma ilişkilerinin aksine çalışma gün ve saatlerini belirleme özgürlüğü bulunmakla birlikte bu seçim hakkının sınırları da yine Glovo tarafından belirlenmiştir. Kuryenin kendi organizasyon kriterleri ile faaliyetlerini gerçekleştirme durumu olmadığı gibi kurye, faaliyetlerinin icrası için gerekli üretim altyapısı ve malzemeden de yoksundur. Nitekim kuryenin faaliyetlerin yürütülmesi bakımından sahip olduğu tek şey motosikleti ve cep telefonu olup bunlar yalnızca tamamlayıcı nitelikte araçlardır⁶³. Teslimat faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi için gerekli altyapı, işletmelerin nihai müşterilerle temasa geçebilmesini sağlayan ve Glovo tarafından geliştirilen bilgisayar programıdır. Nitekim gerek işletmelerin gerek teslimat kuryelerinin ve gerekse nihai müşterinin bu platform olmaksızın hizmetlerin tarafı olması mümkün değildir. Kurye, bağımsız olarak çalışmasına imkân sağlayacak bu altyapı olanağından yoksun olup faaliyetlerini Glovo çatısı altında yürütmüştür.

Gerçekten de somut olayda bağımlı iş ilişkisinin tüm unsuları mevcuttur. Kuryeler kendi iradeleriyle Glovo uygulamasına kaydolmak suretiyle, kişisel olarak ve Glovo hesabına (ekonomik riskleri üstlenmeksizin) iş görmekte; kuryeler ile Glovo arasında ekonomik, teknik ve hukuki bağımlılık ilişkisi bulunmakta (kuryelerin GPS aracılığıyla takibi, kuryelerin hizmetleri yerine getirirken Glovo'nun talimatlarına göre hareket etmesi, kuryelerin eğitiminden Glovo'nun sorumlu olması, disiplin

⁶¹ Tribunal Supremo, (n 41) 13; Monereo Pérez ve Martín Muñoz, (n 56) 7-8; Poquet Catalá, (n 37) 85.

⁶² Tribunal Supremo, (n 41) 15.

⁶³ Tribunal Supremo, (n 41) 16; Monereo Pérez ve Martín Muñoz, (n 56) 8.

yetkisinin Glovo'nun elinde bulunması vb.) ve kuryenin ücreti, yaptığı işe göre Glovo tarafından ödenmektedir⁶⁴.

Açıklanan nedenlerle Yüksek Mahkeme özetle Glovo'nun yalnızca bir aracı olmadığına, faaliyetlerin yürütülebilmesi için gerekli organizasyona sahip şirket konumunda olduğuna; somut olayda iş sözleşmesinin temel özelliklerinin (irade serbestisi, ücret, başkası adına iş görme ve teknik-organizasyonel bağımlılık) bulunduğu, kuryenin yalnızca bu organizasyonun bir parçası olarak işgücü sağlayan ve Glovo ile bağımlılık ilişkisi uyarınca faaliyet gösteren bir işçi olduğuna karar vermiştir⁶⁵.

III. El Real Decreto Ley 9/2021'in Yürürlüğü

A. El Real Decreto Ley 9/2021'in Kapsamı

Uygulamada kısaca “*Ley Rider*” olarak ifade edilen Real Decreto Ley 9/2021⁶⁶, 12.05.2021 tarihli İspanya Resmi Gazetesinde yayımlanmıştır. Hukuki niteliği itibariyle kraliyet kararnamesi olan bu düzenlemeyle 2/2015 sayılı İşçi Kanununda değişikliğe gidilmiştir. Bu değişiklik kapsamına giren işverenlere ise üç aylık bir geçiş süresi verilmiştir. Böylelikle ilgili düzenleme 12.08.2021 tarihi itibariyle yürürlüğe girmiş bulunmaktadır.

El Real Decreto Ley 9/2021, esas itibariyle İspanyol Yüksek Mahkemesinin, Glovo için çalışan kuryelerin “işçi” statüsünde olduklarına hükmeden 25.09.2020 tarihli kararını yasa metnine dönüştürme amacının bir sonucudur. Kararnamenin gerekçesinde de düzenlemenin temel amacının bu olduğu hususu yinelenmiştir⁶⁷. Nitekim bu değişiklikle birlikte Yüksek Mahkemenin platform çalışanı teslimat kuryelerinin işçi sayılmalarına yönelik yapmış olduğu İşçi Kanunu yorumu, açık bir düzenleme olarak kanuna eklenmiştir⁶⁸.

Yüksek Mahkemenin kararı sonrasında işçi ve işveren örgütleri ile hükümet yetkilileri bir araya gelmiş ve çekişmeli tartışmaların ardından taraflar 01.03.2021 tarihinde bir anlaşmaya varabilmiştir⁶⁹. Bu sosyal diyalog anlaşması uyarınca,

⁶⁴ Poquet Catalá, (n 37) 95-99.

⁶⁵ Tribunal Supremo, (n 41) 18-19; Monereo Pérez ve Martín Muñoz, (n 56) 4 vd; Rojo Torrecilla, (n 56) 18-19; Poquet Catalá, (n 37) 92. Mahkemenin bu kararı uyarınca, işverenin talimatlarına tabi olsun olmasın, sadece emek sağlayanların her zaman işçi sayılacağı yönünde bkz Todolí Signes (n 56) 7.

⁶⁶ “Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales” <<https://www.boe.es/boe/dias/2021/05/12/pdfs/BOE-A-2021-7840.pdf>> Erişim Tarihi 26 Ekim 2021.

⁶⁷ Real Decreto-ley 9/2021, (n 66) 2.

⁶⁸ Pérez del Prado, (n 8) 4; Adrian Todolí Signes, “Cambios normativos en la digitalización del trabajo: comentario a la “Ley Rider” y los derechos de información sobre los algoritmos”, (2021) 2 IUSLabor, 33-34.

⁶⁹ Tarafların görüşmeler sırasında sundukları öneri metinleri ve nihai anlaşma metni için bkz Rojo Torrecilla, (n 56) 23-32. Süreç hakkında ayrıca bkz Antonio Baylos Grau, “Una breve nota sobre la ley española de la laboralidad de los riders” (2021) 7(1) Labour & Law Issues, 3-5; Todolí Signes, (n 68) 31-32.

platform çalışanı kuryelerin işçi olarak kabul edilmesi gerektiği ve işçi temsilcilerinin modern teknolojik sistemler kullanan şirketlerde, algoritmaların çalışma koşullarını nasıl etkilediği konusunda bilgilendirileceği konusunda mutabık kalmıştır. Böylelikle AB üyesi ülkeler arasında dijital platform çalışanı teslimat kuryelerini yasal bir düzenlemeyle “işçi” kabul eden ilk ülke İspanya olmuştur⁷⁰.

Bu düzenlemenin bir diğer önemli özelliği, platform çalışanlarına ilişkin soruna yaklaşım şeklidir. Uyuşmazlık taraflarının müzakereleri sonucunda ortaya çıkan bu düzenleme, İspanya’yı aynı zamanda söz konusu uyuşmazlığı “sosyal diyalog” yoluyla çözen ilk ülke konumuna da taşımıştır⁷¹. Böylelikle uzunca bir süredir yargıyı meşgul eden konu, tarafların fikir birliği uyarınca çözümlenmiştir.

Söz konusu yasa değişikliği özünde iki yeni düzenlemeden oluşmaktadır. Bunların ilki dijital platformu çalışanı kuryeler bakımından öngörülen bağımlılık karinesine (ET Ek 23), ikincisi ise işçi temsilcilerinin çalışma koşullarını düzenlemek adına işverenlerce/platformlarca kullanılan algoritmalar hakkında bilgilendirilmelerine (ET 64.4-d) ilişkindir.

1. Teslimat Platformu Kuryelerine İlişkin Bağımlılık/İstihdam Karinesi (ET Ek 23)

İlk olarak, İşçi Kanununa eklenen Ek 23. maddeyle birlikte dijital teslimat platformlarında çalışanlar bakımından bir istihdam/bağımlılık karinesi düzenlenmiştir. Bu hükme göre “*Organizasyon, yönetim ve kontrol yetkilerini doğrudan, dolaylı veya zımnen hizmet ve çalışma koşullarının algoritmik yönetimi yoluyla kullanan bir işveren için, dijital bir platform aracılığıyla herhangi bir tüketim ürünü veya ticari eşyanın teslim ya da dağıtımına ilişkin ücretli hizmet sunan kişilerin faaliyetlerinin ET 8.1. bendi uyarınca İşçi Kanunu kapsamına gireceği*” kabul edilmiş; ancak bu karinenin “*ET 1.3. te yer alan ve kanunun kapsamı dışına alınan çalışanlar bakımından herhangi bir hüküm doğurmayacağı*”⁷² düzenlenmiştir (ET Ek 23).

Esasında bu düzenleme, İspanyol Hukuku uyarınca “işçi” kavramının kapsamını değiştirmemekte olup hâlihazırda ET 8.1. kapsamında düzenlenen istihdam/bağımlılık karinesini yalnızca dijital platform uyarınca çalışan kuryeler bakımından yinelemektedir⁷³. Nitekim Yüksek Mahkeme de içtihadı birleştirmek adına verdiği

⁷⁰ Avrupa Sendikalar Konfederasyonu (ETUC) tarafından yapılan açıklamada, Avrupa Birliğinin de İspanya’nın düzenlemesini örnek alması gerektiği belirtilmiştir. <<https://www.etuc.org/en/pressrelease/eu-must-follow-spains-riders-law>> Erişim Tarihi 26 Ekim 2021.

⁷¹ Todolí Signes, (n 68) 56.

⁷² ET 1.3. te sayılan kimseler, İşçi Kanununa göre işçi sayılmayan kişiler olup bunlara İşçi Kanunu uygulanmaz. Real Decreto Legislativo 2/2015 (n 2) 9-10.

⁷³ Todolí Signes, (n 68) 35; Adrian Todolí Signes, “Spanish riders law and the right to be informed about the algorithm” (2021) 12(3) European Labour Law Journal, 400. Aynı yönde bkz Miguel C. Rodríguez-Piñero Royo, “Por Fin, La Ley Rider” <<http://grupo.us.es/iwpr/2021/05/13/por-fin-la-ley-rider/>> Erişim Tarihi 04 Kasım 2021; Blázquez Agudo (n 40) 8. ET Ek 23’te düzenlenen yeni karine, genel nitelikli ET 8.1.’e göre daha fazla koşul öngördüğünden, bu halde genel düzenlemeye (ET 8.1.) başvurmanın daha kolay olacağı yönünde bkz Gallego Losada, (n 4) 133.

kararında ET 8.1. hükmünün yorumundan hareket etmiştir. Buna göre yönetim ve organizasyon yetkilerini doğrudan veya dolaylı olarak algoritmalar yoluyla kullanan bir işveren için dijital bir teslimat platformu aracılığıyla ya da -algoritma kullanımına bağlı olmaksızın- doğrudan dijital bir teslimat platformuna bağlı olarak ücretli bir şekilde iş gören kimse, ET 1.1 kapsamında karineten işçi kabul edilecektir⁷⁴. Ancak hükümde “*ET 8.1. bendi uyarınca*” şeklinde yapılan atıf nedeniyle, bu düzenleme de aksi ispatlanabilir/adi nitelikte bir karinedir⁷⁵. Bu halde ET Ek 23’te sayılan koşulları sağlayan işçinin, işverene ücret karşılığında hizmet sağladığını ispatlaması yeterli olacak; aksini iddia eden işverenin/platformun ise bunu ispatlaması gerekecektir⁷⁶. Platforma sunduğu hizmetleri işçi statüsünde gerçekleştirmediği iddiasında olan kurye de bunu ispatlamakla yükümlü olacaktır.

Bu düzenleme bakımından önem taşıyan husus, bağımlılık ilişkisinin tespitinde başvuru kriterlerinden biri olan “organizasyon, yönetim ve kontrol yetkileri”nin kullanım seviyesine ilişkindir. Düzenlemede bu yetkilerin işveren tarafından “doğrudan” kullanılması aranmayarak bağımlılık karinesinin seviyesi bir anlamda düşürülmüştür⁷⁷. Ayrıca “dolaylı algoritmik işveren”den açıkça söz edilerek konuya ilişkin uyumsuzluklar bakımından önemli bir gelişme kaydedilmiştir⁷⁸. Böylelikle yönetim ve organizasyon yetkilerinin algoritmalar aracılığıyla kullanılması halinde, bağımlılık şartının sağlanmış olacağı kabul edilmiştir.

Bu esaslar doğrultusunda, çalışana geleneksel iş ilişkisinden farklı olarak çeşitli seçenekler arasından tercih hakkı sunulması, iş ilişkisinin niteliğini değiştirmez. Hizmetlerin sağlanmasını veya çalışma koşullarını etkilediği sürece, kuryeye veya nihai müşteriye bazı seçenekler sunan şirket algoritmaları bağımlılığın varlığının bir tür göstergesidir⁷⁹. Örneğin Glovo-Glover ilişkisinde olduğu gibi, siparişleri reddetme ve çalışma saatlerini seçebilme seçeneklerinin platform şirket tarafından belirlenmiş olması dahi, işçi-işveren ilişkisinin bulunduğu sonucuna varmak için yeterlidir⁸⁰.

Her ne kadar Real Decreto Ley 9/2021’in yayımlanma tarihinden üç ay sonra (12.08.2021) yürürlüğe gireceği belirtilse de, bu durum ET Ek 23 kapsamına giren çalışanlar bakımından bir sonuç doğurmaz. Diğer bir anlatımla, dijital teslimat platformunda kurye olarak çalışan ve ET Ek 23 kapsamına girdiğinin aksi işveren platformca ispatlanamayan kimse, *platformda çalışmaya başladığı tarih itibariyle işçi statüsünde kabul edilecektir*⁸¹.

⁷⁴ Blázquez Agudo, (n 40) 9.

⁷⁵ Rodríguez-Piñero Royo, (n 73); Blázquez Agudo (n 40) 8.

⁷⁶ ET Ek 23’te yer alan karinenin niteliğine ilişkin iki farklı yaklaşım için bkz Todolí Signes, (n 68) 36-37.

⁷⁷ Bağımlılık unsurunun yoğunluğunun azaltılması hakkında ayrıca bkz Todolí Signes, (n 68) 39-41.

⁷⁸ Cristóbal Molina Navarrete, “La “Ley” de personas repartidoras en plataformas online (“riders”): ¿pequeño paso legal, gran paso para humanizar el precariado digital?”, <<https://www.transformaw.com/blog/la-ley-de-personas-repartidoras-en-plataformas-online-riders-pequeno-paso-legal-gran-paso-para-humanizar-el-precariado-digital/>> Erişim Tarihi 08 Kasım 2021.

⁷⁹ Todolí Signes, (n 73) 400; Todolí Signes, (n 68) 41.

⁸⁰ Todolí Signes, (n 73) 400; Todolí Signes, (n 68) 41.

⁸¹ Todolí Signes, (n 68) 53.

2. İşçi Örgütlerinin Algoritmalar Hakkında Bilgilendirilme Hakkı (ET 64.4-d)

Kraliyet kararnamesi ile düzenlenen ikinci önemli husus, işçi temsilcilerine yönelik getirilen hak ve yükümlülüklerdir. İşçi Kanununun 2. kısmında yer alan "bilgi alma ve danışma hakları ve yetkileri" başlıklı 64. maddesine yeni bir fıkra eklenmiştir⁸². İlgili düzenlemeye göre işçileri toplu olarak temsil yetkisine sahip işyerinde yetkili işçi komitesine; "Profil detaylandırma da dâhil olmak üzere çalışma koşullarını, istihdama erişimi ve istihdamın sürdürülmesini etkileyebilecek karar vermeyi etkileyen algoritmaların veya yapay zekâ sistemlerinin dayandığı parametreler; kurallar ve talimatlar hakkında şirket tarafından bilgilendirilme hakkı" tanınmıştır (ET 64.4-d)⁸³.

Madde metninde ve Yüksek Mahkemenin başta olmak üzere konuya ilişkin tüm yargı kararlarında geçen "algoritma" sözlük anlamı itibarıyla "bir problemi çözmeyi veya belli bir amaca ulaşmayı mümkün kılan sıralı ve sonlu işlemler dizisi"dir⁸⁴. Buna göre algoritma, bilgisayar yazılımlarından farklı olup; (her ne kadar uygulamada işlemlerin uygulanmasını basitleştirmek ve hızlandırmak için genellikle kullanılsa da) bilgisayar programı kullanmaksızın bir sorunu çözmeyi mümkün kılan metodolojik bir prosedürdür⁸⁵. ET 64.4-d'de kullanılan anlamı itibarıyla ise algoritma, "otomatik bir şekilde gerçekleştirilen, girişimcinin daha yüksek düzeyde bilgi ile kararlar almasına izin veren her türlü matematiksel işlem ve hesaplamalar"dır⁸⁶. Yine madde metninde yer alan "yapay zekâ sistemi" ise algoritma kavramından çok daha geniş bir kapsama sahiptir. Yapay zekâ sistemi; "öğrenme veya mantıksal akıl yürütme gibi insan zihni tarafından gerçekleştirilen işlemlerle bir dereceye kadar karşılaştırılabilir işlemleri gerçekleştiren/kopyalayan her türlü bilgisayar programları"dır⁸⁷. Nitekim çalışma yaşamında yapay zekâ, belirli kararların alınması bakımından işverenin veya işveren vekilinin yerini de alabilmektedir.

ET 64.4.-d düzenlemesiyle birlikte işçi temsilcileri ilk kez, şirketler tarafından kullanılan algoritmaların, yapay zekâların, akıllı teknolojilerin ya da diğer sıralı işlemler dizisinin çalışma koşullarını, görev dağılımını, işçi profillerinin

⁸² ET 64.4-d düzenlemesi hakkında geniş bilgi için bkz Rafael Gómez Gordillo, "Algoritmos y derecho de información de la representación de las personas trabajadoras" (2021) 157 Temas Laborales, 164 vd

⁸³ Bu bilgilendirilme hakkının, yasa değişikliği öncesinde Dijital Haklar Bildirgesinde (Carta de los Derechos Digitales) zaten tanınmış olduğu yönünde bkz Rodríguez-Piñero Royo, (n 73). Konuya ilişkin ayrıca bkz Baylos Grau, (n 69) 10.

⁸⁴ İspanyol Kraliyet Akademisi Sözlüğü (Real Academia Española Diccionario - RAE), <<https://dle.rae.es/algoritmo>> Erişim Tarihi 10 Kasım 2021. Oxford Sözlükte algoritma "belirli bir sorunu çözerken uyulması gereken kurallar dizisi" şeklinde benzer yönde tanımlanmıştır. <<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/algorithm?q=algorithm>> Erişim Tarihi 10 Kasım 2021. Türk Dil Kurumunun güncel Türkçe sözlüğünde ise algoritma "iyi tanımlanmış kuralların ve işlemlerin adım adım uygulanmasıyla bir sorunun giderilmesi veya sonuca en hızlı biçimde ulaşılması işlemi" şeklinde tanımlanmıştır. <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 10 Kasım 2021.

⁸⁵ Todolí Signes, (n 68) 45.

⁸⁶ Gómez Gordillo, (n 82) 176.

⁸⁷ RAE, <<https://dle.rae.es/inteligencia#2DXmhCT>> Erişim Tarihi 12 Kasım 2021. Gómez Gordillo, (n 82) 176. Oxford sözlükte ise yapay zekâ; "akıllı insan davranışlarını kopyalayabilen bilgisayar sistemlerinin incelenmesi ve geliştirilmesi" şeklinde tanımlanmıştır. <<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/artificial-intelligence?q=artificial+intelligence>> Erişim Tarihi 12 Kasım 2021.

detaylandırılması, işe alma, işten çıkarma ve işin sürdürülmesi süreçlerini nasıl etkilediği konusunda bilgilendirilme ve bu konu hakkında kendilerine danışılma hakkına sahip olmuşlardır⁸⁸. Böylelikle işçi temsilcileri, ilgili şirketin kullanmakta olduğu algoritma ve parametrelerin hukuka uygunluğunu denetleyebilme⁸⁹ ve bunları toplu pazarlık konusu yapma⁹⁰ imkânına erişmişlerdir.

Belirtelim ki işçi temsilcilerinin bilgilendirme hakkından söz edilebilmesi için algoritmaların veya diğer sıralı işlemler dizisinin *kullanılması* yeterli olup bunların nihai kararlar verilmesinde belirleyici olup olmamasının bir önemi yoktur⁹¹. Ancak bilgilendirme hakkının işlevsel olabilmesi için, şirket tarafından işçi temsilcilerine verilen bilgilerin açık ve gerçeğe uygun olması, işçi temsilcilerini ilgili konudan haberdar etme ve verileri analiz etmeye uygun nitelikte olmaları önemlidir⁹². Bu sebeple işçi temsilcilerine algoritmaların ne için kullanılacağına bilgisinin verilmesi gerektiği de doktrinde isabetli olarak ifade edilmektedir⁹³.

Bu düzenleme bakımından önem taşıyan bir diğer husus, bilgilendirilme hakkının öznesi olarak yalnızca işyerinde yetkili işçi komitesinin/işçi temsilcisinin belirlenmiş olmasıdır. Buna göre işyerinde ET 63 uyarınca yetkilendirilmiş bir işçi temsilcisinin bulunmaması durumunda, şirket yönünden ET 64.4-d kapsamında bilgilendirme yükümlülüğü de doğmaz⁹⁴. Son olarak bu düzenleme, ET Ek 23'ün aksine, sadece dijital platformları veya teslimat hizmeti veren platformları değil; Kanunda belirtilen nitelikte bir algoritma veya yapay zekâ kullanan ve -platform tabanlı olsun olmasın- her türlü sektörde faaliyet gösteren büyük veya küçük ölçekli tüm şirketleri veya gerçek kişi işverenleri kapsamına almıştır⁹⁵.

B. El Real Decreto Ley 9/2021'in Uygulamadaki Sonuçları

İşçi Kanununda değişiklik yapan 9/2021 sayılı İspanyol Kraliyet Kararnamesinin İş Hukukunda doğuracağı veya doğurması muhtemel sonuçlara kısaca değinmek gerekir. Nitekim Kararnamede teslimat platformu kuryelerinin karineten işçi kabul edileceği düzenlenmiş ancak bu kişilerin yeni statüleri bakımından herhangi bir maddi düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle teslimat platformu kuryeleri bakımından

⁸⁸ Her ne kadar kanun tasarnasında işçilerin de algoritma tarafından kullanılan değışkenleri ve matrisleri bilme hakkı yer alsa da, bu düzenleme kanunlaşmamıştır. İşveren örgütleri bunun bir ticari sır olarak kabul edilmesi gerektiğini savunduklarından, sosyal taraflar işçilerin algoritmayı bilme hakkı konusunda anlaşamamışlardır. Anna Ginés i Fabrellas, "El Derecho a Conocer El Algoritmo: Una Oportunidad Perdida De La 'Ley Lider'" (2021) 2 IUSLabor, 4

⁸⁹ Ginés i Fabrellas, (n 88) 3; Gómez Gordillo, (n 82) 178.

⁹⁰ Baylos Grau, (n 69) 12-13; Todolí Signes, (n 68) 52-53; Gómez Gordillo, (n 82) 172.

⁹¹ ET 64.4-d düzenlemesinin AB Genel Veri Koruma Tüzüğü ile karşılaştırması için ayrıca bkz Gómez Gordillo, (n 82) 169 vd; Todolí Signes, (n 68) 46-48.

⁹² Gómez Gordillo, (n 82) 172.

⁹³ Todolí Signes, (n 68) 50.

⁹⁴ Gómez Gordillo, (n 82) 173.

⁹⁵ Ginés i Fabrellas, (n 88) 2-3; Gallego Losada, (n 4) 133; Todolí Signes, (n 73) 401; Todolí Signes, (n 68) 45; Baylos Grau, (n 69) 11; Molina Navarrete, (n 78); Gómez Gordillo, (n 82) 173, 175.

ortaya çıkacak muhtemel sonuçlar, bu kişilere 2/2015 sayılı İşçi Kanununun (ET) uygulanması suretiyle gerçekleşecektir.

Dijital teslimat platformunda kurye olarak çalışan ve ET Ek 23 kapsamına girdiğinin aksi işveren platformca ispatlanamayan kişiler bundan böyle İşçi Kanununa tabi olacak ve dijital platformla aralarındaki iş ilişkisine ET hükümleri uygulanacaktır. Buna göre kuryeler platformda çalışmaya başladıkları tarih itibariyle işçi statüsünde kabul edileceklerinden; işçilik alacakları bakımından geriye dönük sonuçların doğması da muhtemel olacaktır. Böylelikle kuryenin, ET'ye tabi olsaydı elde edebileceği ancak bağımsız çalışan veya TRADE statüsünde çalıştırıldığı için elde edemediği haklarını, zamanaşımı süresi içerisinde talep etmesinde hukuken bir engel bulunmamaktadır.

Teslimat kuryeleri bakımından ortaya çıkan en önemli sonuç, şüphesiz bu kişilerin işçi olarak kabul edilmeleriyle birlikte çalışma koşullarında ortaya çıkacak değişikliklere ilişkindir. LETA bağımsız çalışan ve TRADE'ler bakımından tarafların iradesine üstünlük tanıdığından, uygulamada teslimat platformu çalışmaları büyük bir esneklik içinde yürütülmekteydi. Teslimat platformu kuryelerinin işçi olarak kabul edilmesinin en önemli sonucu, bu esnek çalışma şeklinin bir anlamda son bulacağına ilişkindir. Nitekim El Real Decreto Ley 9/2021'de teslimat platformu kuryelerinin çalışma süreleri için özel bir düzenleme getirilmediğinden⁹⁶, teslimat kuryeleri bakımından ET'nin işin düzenlenmesine ilişkin genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Buna göre ET'de "*çağrı üzerine çalışma*" düzenlenmediğinden, platformların talep üzerine kuryeyi işe çağırılmaları artık mümkün olmayacaktır⁹⁷. Devamla dijital platform, kuryelerin uymakla yükümlü oldukları asgari çalışma saatlerini ve çalışma çizelgelerini İşçi Kanununda düzenlendiği şekilde önceden belirlemek ve böylelikle kuryelere minimum bir çalışma saati garanti etmek zorunda kalacaktır⁹⁸.

Dijital platform kapsamında çalışanların geleneksel çalışma biçimlerinde çalışanlara kıyasla daha uzun saatlerle çalıştığına ilişkin veriler göz önünde bulundurulduğunda⁹⁹; teslimat platformu kuryelerinin çalışma saatlerinin sınırlandırılacak olması, 9/2021 sayılı Kararnamenin olumlu getirilerinden biridir. Aynı şekilde, dijital platform çalışmalarında minimum çalışma saati ve çalışma gününün olmamasının yarattığı güvencesizlik de bertaraf edilmiş olmakta; böylelikle kuryelerin *asgari gelir güvencesi* de dolaylı olarak sağlanmaktadır¹⁰⁰. Öte yandan bu değişiklik, platform

⁹⁶ Dijital platform çalışmalarının karakteristik özelliği olan esneklikten vazgeçmeden, çalışma sürelerinin platform çalışanları bakımından özel olarak düzenlenmesine yönelik çeşitli çözüm önerileri için ayrıca bkz Anna Ginès i Fabrellas, "El tiempo de trabajo en plataformas: ausencia de jornada mínima, gamificación e inseguridad algorítmica" (2020) 2(1) Labos, 35-37.

⁹⁷ Todolí Signes, (n 68) 55. Konuya ilişkin ayrıca bkz Ginès i Fabrellas, (n 96) 30.

⁹⁸ Todolí Signes, (n 68) 55.

⁹⁹ Ginès i Fabrellas, (n 96) 29.

¹⁰⁰ Ginès i Fabrellas, (n 96) 30-33.

çalışmanın doğasında var olan esnekliği bir anlamda azalttığından, bu esneklik nedeniyle platform ekonomisinin bir parçası olan çalışanların sistem dışına itilme riskleri ortaya çıkmaktadır¹⁰¹.

Teslimat kuryelerinin yeni hukuki statüleri bakımından önem arz eden ve çalışma koşullarını etkileyen bir diğer husus, kuryelerin aynı zamanda birden fazla dijital platform bünyesinde çalışıp çalışamayacaklarına ilişkindir. Değinildiği üzere, teslimat platformları ile kuryeler arasında yapılan anlaşmalarda kuryelerin platform dışındaki üçüncü kişilerle her türlü faaliyet yapmak adına sözleşme yapma serbestisi korunmuştur. Ancak ET'ye tabi işçiler bakımından, aynı anda birden fazla dijital platform için teslimat faaliyetlerini yürütmek haksız rekabet kapsamında değerlendirilmektedir (ET 21)¹⁰². Bu sebeple dijital platform, buna ilişkin bir izni kuryeye açıkça vermediği müddetçe, kuryenin aynı anda birden fazla platform için çalışma olanağı ortadan kalkacaktır¹⁰³. Devamla, işçilerin aynı anda birden fazla platform bünyesinde çalışamamaları da, kuryelerin platform kapsamındaki çalışmalarının azalmasına neden olabilecektir.

Teslimat kuryeleri bakımından işçi statüsünde sayılmanın bir diğer önemli sonucu, iş güvencesine ilişkindir. Bağımsız çalışan veya TRADE statüsünde çalışmakta iken LETA'ya tabi olan ve haksız feshe karşı işçi statüsündekiler gibi korunmayan teslimat kuryelerine bu anlamda istihdam güvencesi de sağlanmış olmaktadır.

Dijital teslimat platformunda kurye olarak çalışan ve ET Ek 23 kapsamına girdiğinin aksi işveren platformca ispatlanamayan kimselerin platformda çalışmaya başladığı tarih itibariyle işçi statüsünde kabul edilmeleriyle birlikte ortaya çıkan bir diğer sonuç, bu kişilerin sosyal sigorta haklarına ilişkindir. Yukarıda değinildiği üzere, dijital platform çalışanlarının büyük bir çoğunluğu uygulamada sosyal sigorta sistemi bakımından kayıt dışı (kendini RETA'ya tescil etmeksizin) çalışmaktaydı. Teslimat platformu kuryelerinin işçi statüsünde sayılmalarıyla birlikte, platformlara kuryeyi genel rejim uyarınca sosyal sigorta sistemine tescil etme ve kurye adına sigorta primlerini ödeme yükümlülüğü getirilmiştir. Belirtelim ki bu yükümlülük, tıpkı işçinin işçi özlük haklarında olduğu gibi geriye etkili olarak sonuçlarını gösterecektir. Diğer bir ifadeyle işverenlerin, işçinin platformda çalışmaya başlama tarihi itibariyle sigorta primlerini -gecikme cezalarıyla birlikte- ödeme sorumlulukları söz konusudur¹⁰⁴.

¹⁰¹ Konuya ilişkin görüş ve eleştiriler için bkz Todolí Signes, (n 68) 55.

¹⁰² Todolí Signes, (n 68) 56.

¹⁰³ Todolí Signes, (n 68) 56.

¹⁰⁴ Ayrıca bkz Todolí Signes, (n 68) 52-53. Glovo'nun 2017 yılından bu yana iş teftişleriyle muvazaalı bir biçimde bağımsız çalışan olarak faaliyet gösterdiği tespit edilen çalışanlarını genel rejime tescil ederek, bu çalışanlar adına sosyal sigorta sistemine 28.12.2020 itibariyle yüklü miktarda ödeme yapmak zorunda kaldığı yönünde bkz <<https://elpais.com/economia/2021-02-10/glovo-paga-21-millones-a-la-seguridad-social-por-los-repartidores.html>> Erişim Tarihi 10 Kasım 2021.

C. El Real Decreto Ley 9/2021'e Yönelik Eleştiriler

9/2021 sayılı İspanyol Kraliyet Kararnamesi, uygulamadaki adıyla *Ley Rider* düzenlemesi, özünde platform çalışma bakımından önemli bir yasa metni olsa da, ne işçi ne de işveren taraflarını tam anlamıyla memnun eden bir düzenleme olmuştur. Bunda düzenlemenin hazırlık aşamasında kamuoyunda yüksek bir beklentinin oluşmasının payı büyüktür¹⁰⁵. Ancak sonuç itibarıyla ortaya çıkan düzenleme, "*sosyal tarafların çıkar çatışmasının bir kompozisyonu*"¹⁰⁶ olmaktan öteye gidememiştir. Bu sebeple dijital platformlar kadar işçi örgütleri ve hatta işçi statüsünde kabul edilen kuryelerin bir kısmı tarafından da ilgili düzenlemeye yönelik çeşitli eleştiriler dile getirilmiştir.

Ley Rider düzenlemesine yönelik en önemli eleştiri, düzenlemenin oldukça sınırlı bir grubu kapsamına ilişkindir¹⁰⁷. Nitekim bu düzenleme tüm platform çalışanlarını değil, yalnızca dijital platform çatısı altında yemek veya tüketim ürünlerinin dağıtım görevini üstlenen kuryeleri (teslimat platformu kuryelerini) kapsamaktadır. Oysaki platform ekonomisi bir bütün olarak ele alındığında, dijital teslimat platformları bu bütünün yalnızca bir bölümünü ifade etmektedir. Her ne kadar yasa tasarısı görüşmelerinde işçi örgütleri tarafından daha geniş bir kapsam tartışma konusu yapılarak düzenlemenin tüm platform çalışanlarını kapsamaya ileri sürülse de, görüşmeler sırasında bu ihtimal Bakanlığın da yönlendirmeleriyle konu dışına itilmiş ve kanun değişikliğinin kapsamı Yüksek Mahkemenin kararına paralel -dijital teslimat platformlarıyla sınırlı- bir şekilde yasalaşmıştır. Buna göre diğer yerinden çalışma platformlarında veya çevrimiçi istihdam platformlarında çalışanlar, ET Ek 23'ün kapsamı dışındadır¹⁰⁸.

Öte yandan bu durumu, teslimat platformları dışındaki diğer dijital platformda çalışanlar bakımından aleyhe bir şekilde yorumlamamak gerekir. Nitekim söz konusu düzenleme mutlak bir koruma veya kapsama alma içermeyip aksi ispatlanabilir bir karineden ibarettir. Buna göre teslimat ve dağıtım dışında faaliyet gösteren dijital platformlarda çalışanların iş ilişkisinin tespiti bakımından benzer sorgulama ET Ek 23 uyarınca değil ancak ET 1 ve ET 8.1. genel hükümleri uyarınca yapılabilecektir¹⁰⁹. El Real Decreto Ley 9/2021 düzenlemesinin platform çalışanlarının statüsü bakımından bir ilk adım olduğu; bu düzenlemenin diğer sektörlerde faaliyet gösteren çalışanlar bakımından da referans olabileceği Çalışma Bakanınca da dile getirilmiştir¹¹⁰. Konuya

¹⁰⁵ Todoli Signes, (n 68) 31.

¹⁰⁶ Todoli Signes, (n 68) 36.

¹⁰⁷ Todoli Signes, (n 73) 401; Todoli Signes, (n 68) 54; Blázquez Agudo, (n 40) 8; Molina Navarrete, (n 78); Gallego Losada, (n 4) 133.

¹⁰⁸ Ginés i Fabrellas, (n 88) 2.

¹⁰⁹ Blázquez Agudo, (n 40) 8, 15.

¹¹⁰ <<https://elpais.com/economia/2021-05-11/el-consejo-de-ministros-aprueba-la-ley-de-riders-el-mundo-nos-esta-mirando.html>> Erişim Tarihi 25 Kasım 2021.

ilişkin benzer görüşler doktrinde de belirtilmiştir¹¹¹. Çünkü teslimat platformu çalışanlarının işçi olarak kabul edilmesini sağlayan kriterler (dijital platforma-ekonomik araca sahip olanın tespiti, işin yürütümünde algoritmaların kullanılması vb.) salt teslimat sektörüne özgü olmayıp diğer sektörlerde gerçekleşen platform çalışmalarına da kıyasen uygulanabilecek niteliktedir¹¹².

Düzenlemenin sınırlı kapsamına yönelik bir diğer eleştiri, düzenleme ile hedef kitle teslimat platformu çalışanları olsa da bu grubun dahi haklarının tam anlamıyla ele alınmamış olmasına ilişkindir. Platform çalışmasının kendine özgü nitelikleri ve esnek karakteri göz önünde bulundurulduğunda, 2/2015 sayılı İşçi Kanununun genel hükümlerinin bu ilişkiye doğrudan uygulanmasının uygulamada yaratabileceği sorunlar doktrinde de isabetle ifade edilmektedir¹¹³.

Düzenlemeye ilişkin olumsuz eleştirilerin bir diğer kısmı, ET Ek 23'ün bağlayıcılığı ve yaptırım gücüne ilişkindir¹¹⁴. Kararnamenin dijital teslimat platformu kuryelerinin işçi olarak kabul edilebileceklerine ilişkin karine niteliğindeki düzenlemesinin kurucu bir değer taşımayıp mevcut durumu açıklamakla yetinmesi doktrinde eleştirilen bir diğer husustur¹¹⁵. Nitekim bu düzenleme, belirtildiği üzere ET 8.1.'de yer alan bağımlılık/istihdam karinesini teslimat platformu çalışanları bakımından tekrar etmekten öteye gitmemektedir¹¹⁶. Bir diğer anlatımla, bu düzenleme hâlihazırda teslimat platformu bünyesinde çalışanların statüsünü doğrudan değiştirmemekte; aksine, bu statü değişikliğinde sorumluluğu platformlara yüklemektedir¹¹⁷. Böylelikle platformun harekete geçmediği hallerde kurye, bu değişikliği dava yoluyla talep edebilecektir. Ancak sektörde faaliyet gösteren platformların, herhangi bir mevzuat değişikliği olmadığı müddetçe çalışma modellerini değiştirmeyeceklerine ilişkin önceki açıklamaları göz önünde bulundurulduğunda¹¹⁸, Yüksek Mahkeme kararını ve hatta Kanundaki genel hükmü tekrar eden ET Ek 23 düzenlemesinin caydırıcı olacağı kuşkusuzdur.

Ley Rider düzenlemesine yönelik bir diğer eleştiri ise, teslimat platformu kuryelerinin işçi statüsünde kabul edilmesini istemeyen kesimden gelmiştir. 04.06.2020'de bazı teslimat platformu kuryesi örgütleri¹¹⁹, ortak bir kamuoyuna açık

¹¹¹ Bu görüşler için bkz Todolí Signes, (n 68) 42.

¹¹² Todolí Signes, (n 68) 57.

¹¹³ Ginès i Fabrellas, (n 96) 35; Todolí Signes, (n 68) 55-56.

¹¹⁴ İşçi örgütlerine göre ilgili kanunun oldukça "soft" bir düzenleme olduğu yönünde bkz <<https://www.politico.eu/article/spain-approved-a-law-protecting-delivery-workers-heres-what-you-need-to-know/>> Erişim Tarihi 26 Ekim 2021.

¹¹⁵ Molina Navarrete, (n 78); Todolí Signes, (n 68) 35, 54-55; Gallego Losada, (n 4) 133.

¹¹⁶ ET Ek 23 hükmünün, ET 8.1. hükmüne kıyasla işçinin ispat yükünü kolaylaştırmadığı yönünde bkz Todolí Signes, (n 68) 36.

¹¹⁷ Gallego Losada, (n 4) 133.

¹¹⁸ Ginès i Fabrellas, (n 96) 23.

¹¹⁹ Asociación Autónoma de Riders (AAR), Asociación Profesional de Riders Autónomos (APRA) ve Asociación Española de Riders Mensajeros (Asoriders).

mektup¹²⁰ yayımlayarak; kamuoyunda teslimat platformu kuryelerinin işçi statüsünde kabul edilmesi için çalışmalar yürüten *Riders x Derechos* topluluğunun, kuryeler arasında küçük bir azınlığı temsil ettiğini ve kendilerinin bağımsız çalışan statüsünde kalmayı istediklerini belirtmiştir. Bu örgütlere göre Ley Rider düzenlemesiyle birlikte dijital platformlar sektör dışına itilecek ve devamlı, platform kuryeleri temel gelir kaynaklarından yoksun kalacaktır.

Real Decreto Ley 9/2021'e yöneltilen eleştirilerin bir diğer kısmı ise dijital platformlardan gelmiştir. Kararname, gerek yürürlüğe konulmadan önce gerekse yürürlüğü sonrasında İspanyol platform ekonomisinde önemli sonuçlar doğurmaya başlamıştır. İspanya'da faaliyet gösteren dijital teslimat platformlarının büyük çoğunluğu (Glovo, Deliveroo, Uber Eats ve Stuart), önceleri teslimat kuryelerini işçi olarak kabul eden bu düzenlemenin sektörün gelişmesini riske attığı görüşünde birleşmiştir. Ancak zaman içerisinde bu platformların büyük çoğunluğu konuya daha ılımlı yaklaşarak çalışma modellerini Real Decreto Ley 9/2021'e göre uyarlamayı seçmiş; bir diğer kısım ise sektördeki çalışmalarını azaltmayı veya sonlandırmayı tercih etmiştir.

Örneğin ülkenin yemek teslimat sektöründeki en büyük platformu olan İspanyol menşeli *Glovo*, Real Decreto Ley 9/2021'in yürürlüğü ile birlikte ilk aşamada 2000 kuryeyi işçi statüsüyle işe alacaklarını açıklamıştır¹²¹. Öte yandan şirket, en kısa zamanda Kanun değişikliğine uygun yeni bir çalışma modeli uyarlayacaklarını ve ilerleyen süreçte bağımsız çalışan kuryelerle çalışmaya devam edeceklerini de belirtmiştir. Diğer bir anlatımla platform, getirilen yeni düzenlemenin bağlayıcılığını şimdilik kabul ettiklerini ancak en kısa sürede bu bağlayıcılıktan kurtulmanın yollarını arayacaklarını (kanun hükmünü dolanmaya çalışacaklarını) açıkça belirtmiş olmaktadır.

İngiliz yemek dağıtım şirketi *Deliveroo*, yeni bir yasal düzenleme yapılacağını duyurulmasıyla birlikte önce İspanya'daki faaliyetlerini geçici bir süreyle askıya aldığını duyurmuş¹²²; ardından Real Decreto Ley 9/2021'in yürürlük tarihinden kısa bir süre önce İspanya'dan ayrılacağını açıklamıştır. 29.11.2021 itibarıyla şirketin İspanya'daki faaliyetleri resmen sona ermiştir¹²³.

İspanya'daki yemek dağıtım sektörünün bir diğer önemli aktörü olan *Uber Eats* ise, Real Decreto Ley 9/2021'in yürürlüğe girmesinden sonra bağımsız çalışan statüsüyle

¹²⁰ <<https://s03.s3c.es/imag/doc/2020-06-04/carta-abierta-mintrab-062020.pdf>> Erişim Tarihi 27 Ekim 2021.

¹²¹ <https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/07/28/companias/1627486939_151153.html> Erişim Tarihi 12 Kasım 2021.

¹²² Firma açıklaması için bkz <<https://restaurants.deliveroo.com/es-es/>> Erişim Tarihi 26 Ekim 2021.

¹²³ <https://elpais.com/economia/2021-11-18/deliveroo-se-marchara-de-espana-el-29-de-noviembre.html?rel=buscador_noticias> Erişim Tarihi 19 Kasım 2021.

çalıştırmakta olduğu kuryelerin sözleşmelerini toplu bir şekilde feshetmiştir¹²⁴. Bu sebeple şirkete karşı toplu davalar açılmıştır. Uber Eats'in ayrıca, kuryelerini taşıyan firmalar aracılığıyla temin etmeye başladığı da iddia edilmiştir.

Bir diğer yemek dağıtım platformu olan *Just Eat*, diğer teslimat platformlarından farklı olarak, kuryelerin hukuki statülerine yönelik yasal değişikliğe sıcak bakmış ve sosyal taraflarla diyalog içinde kalmıştır. Nitekim kanun değişikliğinden önce, kuryelerinin önemli bir bölümünü işe alma sözü de vermiştir. *Just Eat* ayrıca, işçi sendikalarıyla toplu iş sözleşmesi görüşmelerine başlayan İspanya'daki ilk dijital teslimat platformu olmuştur¹²⁵.

Sektördeki nispeten küçük platformlardan biri olan Fransız-İspanyol şirketi *Stuart* ise *Glovo*'nun yaklaşımına benzer bir biçimde, çalıştırmakta olduğu kuryelerin bir bölümünü işe almış; kurye ihtiyacının diğer bölümünü ise taşıyan firmalar yoluyla gidermiştir¹²⁶.

IV. Sonuç ve Genel Değerlendirme

Dijital platform aracılığıyla çalışmanın son yıllarda yaygınlık kazanması, bu platformlarda çalışanların hukuki statüsüne yönelik tartışmaların artış göstermesine neden olmuştur. Bu atipik çalışma ilişkilerinin geleneksel çalışma ilişkilerinden farklılıklar içermesi ve çeşitlilik göstermesi, platform çalışanlarının hukuki statüsüne yönelik doktrinde ve uygulamada farklı görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır.

Çoğu ülkede olduğu gibi, İspanya'da da platform çalışma son yıllarda yaygınlık kazanmıştır. Bu hızlı artışta ülkede halen etkilerini sürdüren ekonomik krizin yanı sıra diğer sosyo-ekonomik sebepler de etkili olmuştur. Nitekim İspanya, son yıllarda dijital platformlarda çalışanların çalışan toplam nüfusa oranı en yüksek Avrupa ülkesi konumuna ulaşmıştır. Ülkedeki dijital platformların en yaygın olanlarından biri ise teslimat platformları olmuştur. Ancak teslimat platformu çalışanlarının hukuki statüsü, kısa zamanda İspanyol Hukukundaki önemli konulardan biri haline gelmiş; ülkenin çeşitli özerk bölgelerinde teslimat kuryelerinin hukuki statüsüne yönelik farklı yönde kararlar verilmeye başlanmıştır. Tüm bu içtihat ayrılıkları, konunun içtihadı birleştirme kararıyla çözümlenmesini bir zorunluluk haline getirmiştir.

İspanyol Yüksek Mahkemesi, 25.09.2020 tarihinde vermiş olduğu kararıyla teslimat platformu kuryelerinin İspanyol Hukukuna göre işçi statüsünde olduklarına hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme özetle, dijital teslimat platformunun (somut

¹²⁴ Uber Eats'e çalışan 3000'den fazla kuryenin sözleşmesinin toplu olarak feshedildiği yönünde bkz <https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/09/09/companias/1631215957_225936.html?rel=buscador_noticias> Erişim Tarihi 12 Kasım 2021.

¹²⁵ <https://www.eldiario.es/economia/just-eat-negocia-sindicatos-primer-convenio-colectivo-riders_1_8192639.html> Erişim Tarihi 19 Kasım 2021.

¹²⁶ <<https://www.lainformacion.com/empresas/auditor-recrimina-rival-glovo-stuart-provisionar-deuda-riders/2851817/>> Erişim Tarihi 19 Kasım 2021.

uyuşmazlıkta Glovo'nun) yalnızca bir aracı olmadığına, faaliyetlerin yürütülebilmesi için gerekli organizasyona ve dijital araca sahip şirket konumunda olduğuna; iş sözleşmesinin temel özelliklerinin (irade serbestisi, ücret, başkası adına iş görme ve teknik-organizasyonel bağımlılık) kurye ile platform arasındaki iş ilişkisinde bulunduğu, kuryenin yalnızca bu organizasyonun bir parçası olarak işgücü sağlayan ve teslimat platformu ile bağımlılık ilişkisi uyarınca faaliyet gösteren bir işçi olduğuna karar vermiştir.

Bu içtihadı birleştirme kararına istinaden sosyal taraflar bir araya gelmiş ve Yüksek Mahkemenin kararının yasa metnine dönüştürülmesine yönelik bir taslak metin hazırlanmıştır. Böylelikle 9/2021 sayılı İspanyol Kraliyet Kararnamesiyle 2/2015 sayılı İşçi Kanununa teslimat platformu çalışanı kuryelerin işçi kabul edilmesine ilişkin adi nitelikli bir karine eklenmiştir. Ayrıca, çalışma koşullarını düzenlemek adına algoritmalar kullanan işverenlere, işçi temsilcilerini kullanılan algoritmalar hakkında bilgilendirilme yükümlülüğü getirilmiştir. Bu düzenlemeyle birlikte İspanya, kanuni bir düzenleme uyarınca teslimat platformu kuryelerini işçi statüsünde kabul eden ilk Avrupa ülkesi olmuştur.

9/2021 sayılı İspanyol Kraliyet Kararnamesi, her ne kadar "ilk" özelliği taşısa da, uyuşmazlığın çözümüne yönelik tam anlamıyla tatmin edici bir düzenleme olamamıştır. Bu sebeple getirilen düzenlemeye işçi ve işveren taraflarının yanı sıra doktrinde de çeşitli eleştiriler yöneltmiştir. Öncelikle yöneltilen eleştirilerin büyük bir kısmında haklılık payının olduğunu belirtmek gerekir. Öyle ki ET Ek 23 hükmü, İşçi Kanununda önceden de mevcut olan istihdam karinesini tekrarlamaktan öteye gidememiş; teslimat platformu kuryelerinin doğrudan işçi statüsünde sayılmalarına yönelik bir bağlayıcı düzenleme getirmemiştir. Bu anlamda yeni düzenlemenin Yüksek Mahkemenin içtihadının üzerine hiçbir yenilik getirmedığı eleştirisi ilk bakışta haklılık payı içermektedir.

Öte yandan, 9/2021 sayılı İspanyol Kraliyet Kararnamesinin bütünüyle faydasız veya konunun çözümüne katkı sağlamayan bir düzenleme olduğunu belirtmek haksız bir eleştiri olacaktır. Nitekim teslimat platformu çalışanlarının hukuki statüsüne yönelik çoğu ülkede benzer tartışmalar yaşansa da, hiçbirinde bu yönde bir kanuni bir değişiklik yoluna gidilememiş ve bu konuda cesur adımlar henüz atılamamıştır. Benzer çekinceler Avrupa Birliği bünyesinde de ortaya çıkmıştır¹²⁷. Kararname, ilk olarak taşıdığı bu öncü niteliği nedeniyle değerlidir. Her ne kadar

¹²⁷ Örneğin Birleşik Krallık'ta görülen ve İspanya'daki uyuşmazlıklarla benzerlikler içeren bir davada teslimat platformu kuryelerinin hukuki statüsüne ilişkin bir uyuşmazlık ABAD önüne taşınmış; ancak ABAD, kendi yerleşik içtihadı doğrultusunda kurye ile şirket arasında bir bağımlılık ilişkisinin bulunmadığına karar vermiş; somut olaydaki kuryenin işçi statüsünde olup olmadığının tespitinin ise yerel mahkeme tarafından ulusal düzenlemeler uyarınca yapılması gerektiğine hükmetmiştir. Bkz CJEU, C-692/19 B v Yodel Delivery Network Ltd [2020]. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62019CO0692&from=en#Footnote*> Erişim Tarihi 10 Aralık 2021. Benzer şekilde, platform çalışanlarını da içeren bir işçi tanımı 2019/1152 sayılı AB direktifine eklenmeye çalışılsa da, bu açıdan da halen bir başarıya ulaşılamamıştır. Bu hususta bkz Todolí Signes, (n 68) 31.

Yüksek Mahkemenin yapmış olduğu hukuki nitelermeye yeni bir ekleme yapmasa da, kanunkoyucunun konuya ilişkin iradesini göstermek ve faaliyet gösteren dijital platformlara caydırıcılık sağlamak anlamında önem taşımaktadır. Nitekim Ley Rider düzenlemesinden önce platformlar, kuryelerin işçi statüsünde olduğuna hükmeden yargı kararlarına rağmen, kuryeleri işçi statüsünde çalıştırmamaya devam etmişlerdir. Devamla, bu düzenlemenin içtihadı birleştirme kararı sonrasında (içtihat ve uygulamadan yararlanılarak) ve işçi, işveren ve hükümet taraflarının ortak kabulü ile (sosyal diyalog sonucunda) yapılması da, bir diğer olumlu özelliğidir.

9/2021 sayılı İspanyol Kraliyet Kararnamesiyle getirilen düzenlemeye yönelik bir diğer eleştiri, kapsamının oldukça dar olmasına yöneliktir. Nitekim bu düzenlemeyle tüm platform çalışanları değil, yalnızca teslimat sektöründe faaliyet gösteren kuryeler kapsama alınmıştır. Düzenlemenin kapsamının dar olduğuna yönelik eleştiride haklılık payı bulunsa da, aksi yönde bir yaklaşımın platform çalışma yönünden başarılı bir çözüm yolu olmayacağını belirtmek gerekir. Bilindiği üzere platform ekonomisi çok sayıda ve çeşitli türde çalışma tiplerinden oluşmakta ve her çalışma türü kendine özgü bir karakter taşımaktadır. Genelleyici bir yaklaşımla tüm dijital platformların hizmet platformu olarak değerlendirilmesi mümkün olmadığı gibi, bu platformlarda hizmet sunan herkesin de işçi olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Amaçlanan düzenlemelerin, ülkedeki mevcut hukuki rejime, platform çalışmanın yapıldığı sektöre ve somut çalışma ilişkisinin özelliklerine göre getirilmesi yerinde olacaktır. Bu sebeple konuya ilişkin düzenlemelerin platform ekonomisinin bütününe yönelik/genel nitelikte olmasından ziyade sektör eksenli ve platform çalışmanın türüne ve özelliklerine göre getirilmesi kanımızca yerinde bir yöntemdir.

Bu aşamada değinilmesi gereken bir diğer husus, teslimat platformları bakımından yapılan hukuki nitelermenin ve belirlenen kriterlerin diğer sektörler bakımından da uygulanabilir nitelikte olmasıdır. Diğer bir anlatımla, her ne kadar getirilen düzenleme sadece dijital teslimat platformu kuryelerini kapsamına alsın da, zaman içerisinde diğer platform çalışanları bakımından da yol gösterici olacak ve diğer sektörlerde de benzer çözümlerin ve standartların yorum yoluyla oluşturulmasına hizmet edecektir. Nitekim İspanyol doktrinindeki genel yaklaşım da bu yöndedir¹²⁸.

Kanımızca bu düzenlemeye getirilebilecek olumsuz eleştiri, işçi statüsünde kabul edilen teslimat platformu kuryelerinin özellik arz eden iş ilişkilerine ilişkin özel hükümlerin getirilmemiş olmasıdır. Nitekim kuryelerin salt hukuki statüsünün tespiti, kuryelerin uygulamada karşılaştıkları tüm sorunların çözülmesini sağlayamamıştır. Örneğin iş güvencesi, sosyal sigorta kapsamına dâhil olma, asgari gelir gibi hususlar bakımından kuryelerin salt işçi statüsünde kabul edilmeleri ve İşçi Kanunu kapsamına alınmaları doğrudan sonuçlar doğurabilmişken; bu genel yaklaşım

¹²⁸ Konuya ilişkin görüşler için bkz. Todolí Signes, (n 68) 42.

çalışma süresi, çalışma şekli ve yöntemi gibi bu ilişkinin kendine özgü niteliğinden doğan diğer bazı problemlerin çözülmesinde yetersiz kalmıştır. Amaçlananın, bu kişilere ilişkin salt bir hukuki niteleme yapılması değil, hukuki bir koruma zeminin sağlanması olmalıdır. Diğer bir anlatımla, kişilere hukuki güvenceler sağlanırken platform çalışmanın kendine özgü çalışma şekli ve avantajları da dikkate alınmalı ve bu hususlar korunmalıdır. Bu sebeple, kendine özgü karakteri olan bu iş ilişkisine yönelik özel düzenlemelerin getirilmesi ve platform kuryelerinin iş ilişkisinin genel hükümlerin yanı sıra bu özel hükümlerle de düzenlenmesi daha faydalı olacaktır.

Sonuç itibarıyla 9/2021 sayılı İspanyol Kraliyet Kararnamesini İspanyol İş Hukuku bakımından önemli bir "ilk adım" olarak değerlendirmek ve ilerleyen süreçte, platform ekonomisindeki diğer sektörler yönünden bu adımın devamının gelmesinin kaçınılmaz olduğunu vurgulamak gerekir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Baylos Grau, A, "Una breve nota sobre la ley española de la laboralidad de los riders" (2021) 7(1) Labour&Law Issues, 2-27.
- Blázquez Agudo, EM, "La protección jurídico-laboral de los "riders". El trabajo en plataformas en la encrucijada de la laboralidad" (2021) 15 Revista Derecho Social y Empresa, 2-21.
- CJEU, Case 434/15 Elite Taxi v Uber Systems Spain, S.L. [2017]. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CJ0434&from=EN> Erişim Tarihi 27 Kasım 2021.
- CJEU, Case 692/19 B v Yodel Delivery Network Ltd [2020]. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62019CO0692&from=en#Footnote* Erişim Tarihi 10 Aralık 2021.
- Colàs Neila, E, "Prestación de servicios a través de plataformas digitales en la doctrina judicial española. ¿Trabajadores por cuenta ajena o autónomos?" (2019) 5(1) Labour&Law Issues, 19-46.
- Digital Future Society, *El trabajo en plataformas digitales en España: ¿qué sabemos? Una revisión bibliográfica*. (Mobile World Capital 2020).
- Fernández Docampo, MB, "Análisis casuístico de la prestación de servicios de los riders de Glovo a través del contenido fáctico de las resoluciones judiciales" (2020) 151 Temas Laborales, 157-173.
- Gallego Losada, R, "A critical analysis of the job instability in platform economy", (2021) 11(2) Lex Social, 122-144.
- Ginès i Fabrellas, A, "El tiempo de trabajo en plataformas: ausencia de jornada mínima, gamificación e inseguridad algorítmica" (2020) 2(1) Labos, 19-42.

- Ginès i Fabrellas, A, “El Derecho a Conocer El Algoritmo: Una Oportunidad Perdida De La ‘Ley Lider’” (2021) 2 IUSLabor, 1-5.
- Gómez Gordillo, R, “Algoritmos y derecho de información de la representación de las personas trabajadoras” (2021) 157 Temas Laborales, 161-182.
- “Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo” <https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-13409-consolidado.pdf> Erişim Tarihi 02 Kasım 2021.
- López Balaguer, M, “Trabajo en plataformas digitales en España: primeras sentencias y primeras discrepancias” (2018) 4(2) Labour&Law Issues, 51–78.
- Molina Navarrete, C, “La ‘Ley’ de personas repartidoras en plataformas online (‘riders’): ¿pequeño paso legal, gran paso para humanizar el precariado digital?”, <https://www.transformaw.com/blog/la-ley-de-personas-repartidoras-en-plataformas-online-riders-pequeno-paso-legal-gran-paso-para-humanizar-el-precariado-digital/> Erişim Tarihi 08 Kasım 2021.
- Monereo Pérez, JL ve Martín Muñoz, MR, “La laboralidad de quienes prestan servicios a través de plataformas digitales” (2020) 9 Revista de Jurisprudencia Laboral, 1-13.
- Moreno Gené, J, “El Carácter Laboral de la Prestación de Servicios de Reparto a Través de la Plataforma Digital Glovo:El Tribunalsupremo Zanja el Debate”, (2020) 3 IUSLabor, 23-80.
- Pérez del Prado, D, “The Legal Framework of Platform Work in Spain: The New Spanish ‘Riders’ Law” (2021) Dispatch 36 Comparative Labor Law and Policy Journal, 1-5.
- Pérez Guerrero, ML and Rodríguez-Piñero Royo, M, “Social Security for Spain’s Platform Workers: Self-employed or Employee Status?” (2021) 74(3-4) International Social Security Review, 177-194.
- Poquet Catalá, R, “Reflexión en torno al encuadramiento jurídico de las personas repartidoras de plataformas digitales” (2021) 45 Lan Harremanak, 79-109.
- “Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores” <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-11430-consolidado.pdf> Erişim Tarihi 02 Kasım 2021.
- “Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales” <https://www.boe.es/boe/dias/2021/05/12/pdfs/BOE-A-2021-7840.pdf> Erişim Tarihi 26 Ekim 2021.
- Rodríguez-Piñero Royo, M, “Platforms and Platform Work in Spanish Industrial Relations” (2020) 41(2) Comparative Labor Law and Policy Journal, 443-472.
- Rodríguez-Piñero Royo, MC, “Por Fin, La Ley Rider” <http://grupo.us.es/iwpr/2021/05/13/por-fin-la-ley-rider/> Erişim Tarihi 04 Kasım 2021.
- Rojo Torrecilla, E, “De la Sentencia del TS de 25 de Septiembre de 2020 al RDL 9/2021. La Relación Laboral de los Repartidores de las Empresas de Reparto” (2021) 158 Temas Laborales, 11-43.
- Suárez Corujo, B, “la gran transición: la economía de plataformas digitales y su proyección en el ámbito laboral y de la seguridad social” (2018) 141 Temas Laborales, 37-66.
- Todolí Signes, A, “Workers, the self-employed and TRADES: Conceptualisation and collective rights in Spain” (2019) 10(3) European Labour Law Journal, 254-270.
- Todolí Signes, A, “Notes On The Spanish Supreme Court Ruling That Considers Riders To Be Employees” (2020) Dispatch 30 Comparative Labor Law and Policy Journal, 1-7.
- Todolí Signes, A, “Cambios normativos en la digitalización del trabajo: comentario a la ‘Ley Rider’ y los derechos de información sobre los algoritmos”, (2021) 2 IUSLabor, 28-65.

- Todolí Signes, A, "Spanish riders law and the right to be informed about the algorithm" (2021) 12(3) European Labour Law Journal, 399-402.
- Tribunal Supremo, 4746/805, 25.09.2020.
- <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/05986cd385feff03> Erişim Tarihi 26 Ekim 2021.
- Valdés Dal-Ré, F, "El estatuto del trabajador autónomo en la legislación española" (2021) Extraordinario Revista de Derecho de la Seguridad Social, 29-45.
- <https://dle.rae.es/> Erişim Tarihi 10 Kasım 2021.
- https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/07/28/companias/1627486939_151153.html Erişim Tarihi 12 Kasım 2021.
- https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/09/09/companias/1631215957_225936.html?rel=buscador_noticias Erişim Tarihi 12 Kasım 2021.
- https://www.eldiario.es/economia/just-eat-negocia-sindicatos-primer-convenio-colectivo-riders_1_8192639.html Erişim Tarihi 19 Kasım 2021.
- <https://elpais.com/economia/2021-02-10/glovo-paga-21-millones-a-la-seguridad-social-por-los-repartidores.html> Erişim Tarihi 10 Kasım 2021.
- <https://elpais.com/economia/2021-05-11/el-consejo-de-ministros-aprueba-la-ley-de-riders-el-mundo-nos-esta-mirando.html> Erişim Tarihi 25 Kasım 2021.
- https://elpais.com/economia/2021-11-18/deliveroo-se-marchara-de-espana-el-29-de-noviembre.html?rel=buscador_noticias Erişim Tarihi 19 Kasım 2021.
- <https://www.etuc.org/en/pressrelease/eu-must-follow-spains-riders-law> Erişim Tarihi 26 Kasım 2021.
- <https://www.eurofound.europa.eu/nl/data/platform-economy/initiatives/riders-law> Erişim Tarihi 26 Kasım 2021.
- <https://www.eurofound.europa.eu/nl/data/platform-economy/initiatives/riders-x-derechos-riders-for-rights> Erişim Tarihi 25 Kasım 2021.
- <https://glovoapp.com/> Erişim Tarihi 30 Ekim 2021.
- <https://www.lainformacion.com/empresas/auditor-recrimina-rival-glovo-stuart-provisionar-deuda-riders/2851817/> Erişim Tarihi 19 Kasım 2021.
- <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com> Erişim Tarihi 12 Kasım 2021.
- <https://www.politico.eu/article/spain-approved-a-law-protecting-delivery-workers-heres-what-you-need-to-know/> Erişim Tarihi 26 Ekim 2021.
- <https://restaurants.deliveroo.com/es-es/> Erişim Tarihi 26 Ekim 2021.
- <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/Afiliacion/10548> Erişim Tarihi 09 Kasım 2021.
- <https://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi 10 Kasım 2021.
- <https://s03.s3c.es/imag/doc/2020-06-04/carta-abierta-mintrab-062020.pdf> Erişim Tarihi 27 Ekim 2021.



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 18-10-2021
Kabul: 15-08-2022

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Konkordatoda Yabancı Para Alacakları

Tolga Akkaya*

Öz

Yabancı para alacaklarının icra ve iflâs hukuku düzenlemeleri çerçevesinde tahsilinde uyulması gerekli temel kurallardan biri, yabancı para alacağının Türk lirasına çevrilmesidir. İcra takibinde takip talebine ilişkin düzenlemeye göre, takip talebinde alacağın tutarı Türk parasıyla belirtilmelidir. Ayrıca yabancı para alacağının hangi tarihteki kur üzerinden talep edildiğinin takip talebinde belirtilmesi gereklidir. Para alacağının Türk lirası olarak talep edilmesi zorunluluğu, iflâs yoluyla takipte de geçerlidir. Yabancı para alacaklarının tahsili, konkordato süreci bakımından da özellik göstermektedir. Konkordatoda alacaklılar arasında eşitliğin sağlanabilmesi için yabancı para alacağının ülke parasına çevrilmesi ve konkordatoya tâbi yabancı para alacakları için Türk lirası olarak ödeme teklifinde bulunulması gerektiği kabul edilmektedir. Bu çalışmada konkordatoya tâbi yabancı para alacaklarının konkordatoda hangi tarihteki kur üzerinden ülke parasına çevrilmesi gerektiği konusunda öğretileri ileri sürülen görüşler incelenmiş ve değerlendirilmiştir. Yabancı para alacaklarının durumu, konkordatoya başvuru, konkordato mühleti, konkordatonun tasdiki ve feshi aşamaları bakımından ayrı ayrı incelenmiştir. Sonuç olarak iflâs dışı konkordatoda yabancı para alacaklarının konkordatonun tasdiki tarihindeki kurdan ülke parasına çevrilmesinin isabetli olacağı sonucuna varılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Konkordato, Yabancı Para Borcu, Yabancı Para Alacağı, Konkordato Mühleti, Geçici Mühlet, Alacakların Bildirilmesi, Takas, Kefalet

Foreign Currency Receivables Regarding Creditor Composition Agreements

Abstract

One of the basic rules to follow when collecting foreign currency receivables within the framework of enforcement and bankruptcy law regulations is to convert foreign currency receivables into Turkish lira. According to Enforcement and Bankruptcy Law Article 58 regulating the request to issue enforcement proceedings, the amount to be received regarding the issue of enforcement proceedings must be specified in Turkish currency. In addition, the exchange rate needs to be specified for the date the foreign currency receivable is requested. The obligation of claiming currency receivables in Turkish lira is also valid for bankruptcies. Collecting foreign currency receivables also differs in terms of creditor composition agreements. The accepted practice is to convert the foreign currency receivable into the Turkish currency in order to ensure equality among creditors and to offer to pay in Turkish liras for foreign currency receivables subject to creditor composition agreements. This study examines the views put forward in the doctrine about the exchange rate for foreign currency receivables subject to creditor composition agreements needing to be converted into the country's currency. The study also separately examines the status of foreign currency receivables in terms of application, respite, approval, and termination of creditor composition agreements. As a result of the examination, the study has reached the conclusion that converting foreign currency receivables in pre-bankruptcy creditor composition agreements in accordance with the exchange rate on the date the creditor composition agreement was approved would be appropriate.

Keywords

Composition With Creditors, Foreign Currency Debt, Foreign Currency Receivable, Temporary Debt Respite, Notification of Receivables, Set-Off, Surety Contract

* **Sorumlu Yazar:** Tolga Akkaya (Doç. Dr.), Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, Eskişehir, Türkiye. E-posta: takkaya@anadolu.edu.tr ORCID: 0000-0001-6821-2841

Atf: Akkaya T, "Konkordatoda Yabancı Para Alacakları" (2022) 80(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 819.
<https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.3.0004>



Extended Summary

One of the basic rules to follow when collecting foreign currency receivables through enforcement proceedings or bankruptcy is to convert the foreign currency receivables into Turkish lira. According to Enforcement and Bankruptcy Law Article 58 regulating the request to issue enforcement proceedings, the amount to be received in said request must be specified in Turkish currency. The exchange rate needs to be specified for the date on which the money receivable has been requested. In bankruptcy proceedings, the foreign currency creditor may collect their receivables in Turkish lira in accordance with the exchange rate on the date of the bankruptcy decision. Foreign currency receivables are also a special issue in terms of creditor composition agreements. When a debtor applies for a creditor composition agreement in Turkey, such as in the case of bankruptcy proceedings, the foreign currency receivable must be converted into the Turkish currency, and any payment offer must be in Turkish lira for foreign currency receivables subject to creditor composition agreements. Although the foreign currency creditor can claim the rate on the maturity or actual payment date, when the foreign currency creditor carries out enforcement proceedings, converting foreign currency receivables into Turkish lira is not possible for creditor composition agreements, as knowing what the exchange rate will be on the maturity or actual payment date is impossible. The status of foreign currency receivables should be evaluated separately for composition with creditors applications, despite, and approval stages. A debtor's foreign currency assets must be converted on the balance sheet, one of the documents that must be attached to the composition with creditors application, into Turkish lira at the effective buying rate of the Central Bank according to the exchange rate on the date the balance sheet is drawn up. Another document requiring submission to the court regarding a composition with creditors application is the cash flow statement. In the cash flow statement, foreign currency transactions should be expressed in the Turkish currency at the exchange rate on the date the cash flow is realized. In order to determine whether any possibility of success exists regarding the composition with creditors proposal and to give the debtor a definite deadline, the real status of the debtor's assets and liabilities should be determined by the commissioner, and a report should be submitted to the court. The commissioner must determine the value of the foreign currency debts based on current records in the debtor's commercial books. The foreign currency creditor must convert their receivables into Turkish lira on the date of the deadline in the final composition with creditors agreement and notify to the commissioner. However, different opinions have been put forward regarding which date to use for determining the exchange rate according to which the foreign currency receivables will be converted into Turkish lira. In terms of the view of the principle of equality with which this study is in agreement, foreign currency should be converted into Turkish lira according to the exchange rate on the date the composition with

creditors agreement is approved. This is because the creditors are paid according to what the composition with creditors projects if the agreement is approved. When the exchange is made as late as possible, the foreign currency creditor can acquire their receivables in accordance with the most recent exchange rate. Once a composition with creditors agreement is approved, the foreign currency creditor cannot claim compensation by claiming they have suffered damage, even if the value of the foreign currency increases within the terms stipulated for the payment of the debt. The obligation to convert the foreign currency receivable into Turkish lira regarding composition with creditors agreements is only valid for the debtor who applied for the composition with creditors agreement. However, once a third party becomes a guarantor for the debtor, liability of surety is maintained as a foreign currency debt. If the creditor wishes to pursue enforcement proceedings against the guarantor, the provisions of the general law regarding the conversion of the foreign currency receivables into the Turkish currency shall apply. Foreign currency receivables should also be evaluated in terms of the use of the right of clearing regarding composition with creditors agreements. Although which date the exchange will take place on is debatable, this study agrees with the view that it should be converted into the foreign country's currency according to the exchange rate on the date the right of exchange is exercised within the terms of the composition with creditors agreement. Due to the composition with creditors agreement by *cessio bonorum* resulting in the finalization of the composition with creditors approval decision and the effects of the composition with creditors deadline being maintained until this decision is finalized, the foreign currency creditor should determine the amount in accordance with the exchange rate on the date of the composition with creditors approval decision was finalized. Because bankruptcy decisions take place with regard to the composition of creditors agreement after the bankruptcy, the foreign currency receivables should be converted into the Turkish currency by taking into consideration the exchange rate on the date of bankruptcy is declared.

Konkordatoda Yabancı Para Alacakları

Giriş

Borçlunun ifa etmekle yükümlü olduğu para biriminin ifa yerindeki para biriminden farklı olması durumunda yabancı para borcundan söz edilir. Yabancı para borcu kaydında ise borcun konusu yabancı para borcundan farklı olarak ifa yerindeki para birimi ise de bu para değer değişikliklerinden etkilenmemesi amacıyla bir başka para birimine bağlanır.

Yabancı para borçları ifanın mutlaka yabancı para olarak yapılmasının gerekli olup olmamasına göre ayrılır. Taraflar sözleşmede borcun mutlaka yabancı para borcu ile ödenmesini kararlaştırmışlarsa, başka bir deyişle ülke parasıyla ödenme imkânı yoksa, gerçek yabancı para borcu söz konudur. Buna karşılık borçlunun ödeme günündeki döviz kuru üzerinden ülke parasıyla ödeme yapması kararlaştırılmışsa gerçek olmayan yabancı para borcu söz konusudur (TBK m 99/2)¹.

İcra ve iflâs hukuku bakımından yabancı para alacağının gerçek veya gerçek olmayan yabancı para alacağı olması fark yaratmamaktadır. Cebri icra hukukunun yabancı para alacağının takibine ilişkin düzenlemeleri takip yapılması halinde her iki tür yabancı para alacağı için ülke parasına çeviri zorunluluğu öngörmüştür (İİK m 58/II/3)². Buna göre Türk Borçlar Kanunu uyarınca yabancı para borçlusunun temerrüde düşmesi ve alacaklının yabancı paranın ödenmesi için talep hakkı doğduğunda, alacaklı seçim hakkını yabancı paranın aynen ödenmesi yönünde kullansa dahi icra takibini yabancı parayı ülke parasına çevirerek yapmak zorundadır. Alacaklı yabancı paranın aynen ödenmesi yönünde seçim hakkını kullanırsa, yabancı para alacağı fiili ödeme tarihindeki kur üzerinden Türk lirasına çevrilerek alacak tahsil edilecektir³. Alacaklının Türk Borçlar Kanunu (TBK) ve İcra ve İflâs Kanunu (İİK) uyarınca vade veya fiili ödeme tarihindeki kur dışında, başka bir tarihteki kur üzerinden ödeme talep etmesi veya bu kurlardan hangisi yüksekse o kur üzerinden talepte bulunuyorum deme yetkisi yoktur.

Yabancı para alacaklarının icra ve iflâs hukuku kurum ve düzenlemeleri çerçevesinde tahsilinde uyulması temel kurallardan biri yabancı para alacağının Türk

¹ Evrim Erişir 'Borçlar Kanunu m 83 f III ve Türk Borçlar Kanunu m 99 f III'e Göre Gerçek Olmayan Yabancı Para Alacağının Aynen veya Türk Lirası Üzerinden Tahsili' (2010) 12 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 873, 873; Ayan (n 2) 524.

² Bununla birlikte, bir görüşe göre, gerçek yabancı para borçlarında borçlunun temerrüde düşmesi ve alacaklının takip yapması halinde her ne kadar takip talebinde alacağın TL olarak gösterilmesi zorunlu ise de alacaklının vade veya fiili ödeme tarihindeki kur üzerinden tahsil talebinde bulunma yetkisi olmadığı kabul edilmektedir. Zira takip hukuku maddi hukukun (BK m 99/2) vermediği bir hakkın takip hukukunda verilemeyeceği ileri sürülmektedir. Bkz Ayan (n 2) 530 vd. Ayrıca, yabancı para değer kaydıyla para borcunun belirlendiği hallerde (esasen bu durumda yabancı para borcu yoktur) ise hangi tarihteki kur üzerinden çeviri yapılacağı ve örneğin taraflar vade tarihindeki kura göre ülke parasıyla ödeme kararlaştırmışsa borçlunun temerrüde düşmesi halinde alacaklının fiili ödeme tarihindeki kur üzerinden talepte bulunup bulunamayacağı tartışmalıdır. Bkz Ayan (n 2) 513 vd.

³ ibid 562.

lirasına çevrilmesidir. İlamsız takipte takip talebini düzenleyen maddeye göre, takip talebinde alacağın veya istenen teminatın Türk parasıyla tutarı belirtilmelidir. Alacak veya teminat yabancı para ise alacağın hangi tarihteki kur üzerinden talep edildiğinin belirtilmesi gereklidir (İİK m 58/II/3). Bu konuda takip alacaklısına Türk Borçlar Kanununa uygun olarak seçim hakkı tanınmıştır⁴. İcra ve İflâs Kanununda yabancı para alacaklarının tahsiline dair başka bir düzenleme bulunmamaktadır. Cebri icra bağlamında icra aracı sadece takibin yapıldığı yerin yasal parasıdır. Yabancı para alacakları da para alacakları hakkındaki hükümlere göre tahsil edilebilir. Cebri icra hukuku yabancı para alacaklarında ödeme biçimini değiştirmekte, maddi hukuka müdahale etmekte ve icra takibinde yabancı para alacağının Türk lirasına çevrilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu düzenleme emredici niteliktedir⁵.

Para alacağının Türk lirası olarak takip edilmesi ve ödenmesi, sadece haciz yoluyla takipte değil, açık bir hüküm olmamakla birlikte iflâs yoluyla takipte de geçerlidir. Zira iflâsta yabancı para alacağı Türk lirasına çevrilmezse, İİK'da kural olarak yabancı para alacaklıları bakımından bir imtiyaz tanınmamış olmasına rağmen, fiilen bu alacakların diğer alacaklara nazaran daha fazla korunması sonucu doğabilecektir⁶. Konusu para olmayan alacakların da iflâsın açıldığı an itibariyle değeri para alacağı olarak talep edilebileceğinden, yabancı para alacaklıları ile diğer alacaklılar arasında eşitliğin sağlanması bakımından iflâsın açıldığı anın esas alınması gerektiği kabul edilmektedir⁷. Yargıtay, yabancı paranın ülke parasına çevrilmemesi halinde hem sıra cetvelinde imtiyazlı alacaklılar arasında yer alan öncelik hakkının ihlali sonucunun doğacağı hem de imtiyazsız alacaklar arasında yer alan alacaklılara nazaran yabancı para alacağında meydana gelen artışlar nedeniyle alacaklıların eşitliğe aykırılık nedeniyle zarar göreceğini kabul etmektedir⁸.

İflâs yoluyla takipte yabancı paranın hangi tarihteki kur üzerinden Türk lirasına çevrileceği konusunda farklı görüşler olmakla birlikte, Yargıtay tarafından da benimsenen görüşe göre, iflâsta alacaklılar arasındaki eşitlik ilkesinin bir sonucu olarak, iflâs kararının verildiği (iflâsın açıldığı) andaki kur üzerinden Türk lirasına

⁴ Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, (3. Baskı, Yetkin 2020) 110.

⁵ Hakan Pekcanitez, *Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukunda Yabancı Para Alacaklarının Tahsili*, (3. Baskı, Yetkin 1998) 147 vd.; Hakan Pekcanitez iç Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özekes, *İcra ve İflâs Hukuku* (8. Baskı, Oniki Levha 2021) 90 vd. Bu düzenlemenin amacı ülke parasının değerini korumak ve ülkenin egemenlik hakkını gerçekleştirmektir. Bkz Erişir (n 2) 880. Türk Parasının değerini korumaya yönelik düzenlemelerin kamu düzenine ilişkin olduğu yönünde ayrıca bkz Başak Şit İmamoğlu, 'Yabancı Para Üzerinden Sözleşme Akdetme Özgürlüğünün Sınırlanırılmasına İlişkin 12 Eylül 2018 Tarihli Cumhurbaşkanlığı Kararı Hakkında Bir Değerlendirme' (2018) 34 (3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 151, 153.

⁶ Pekcanitez (n 6) 229 vd.

⁷ ibid 253; Timuçin Muşul, *İflâs ve Konkordato Hukuku* (2. Baskı, Adalet 2019) 250 vd.; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 5) 571.

⁸ Yargıtay 11. HD, 2015/13769 E., 2017/1635 K., 20.03.2017 (<https://www.kararara.com>); Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 2014/4900 E., 2015/4147 K., 02.06.2015 (<https://www.kararara.com>) Erişim Tarihi 16 Nisan 2021.

çevrilmesi ve iflâs masasının aktif ve pasifinin tespitinde tüm alacakların eşit şekilde ve aynı tarihte belirlenmesi gerektiği kabul edilmektedir⁹.

İflâsın açılma anındaki kurun esas alınmasının bir nedeni de ödeme tarihine en yakın tarihteki kur değerinin esas alınabilmesini sağlamaktır. Böylece yabancı para alacağının ülke parasına çevrilmesi ile tasfiye sırasında alacağın ödenmesi arasında olabildiğince az süre geçmesi ve olası kur değişikliklerinden tarafların daha az etkilenmesi sağlanır¹⁰.

İflâsın açılması muaccel alacakları da muaccel hale getireceğinden, vadesi dolmamış yabancı para alacakları da iflâsın açıldığı tarihteki kur üzerinden Türk lirasına çevrilmeli ve bu rakam iflâs masasına yazdırılmalıdır¹¹.

Buna göre iflâsta yabancı para alacaklısı, iflâs tarihine kadar yabancı para alacağına temerrüt tarihinden itibaren faiz talep edebilir ve alacağını iflâs kararının verildiği tarihteki kur üzerinden Türk lirası olarak tahsil edebilir. Esasen bu durum yabancı para alacaklısının aleyhinedir. Zira müflisin mal ve haklarının paraya çevrilmesinden elde edilen gelire yabancı para alacaklısına ödeme yapılınca kadar kurda meydana gelen artışlardan yabancı para alacaklısının yararlanması mümkün değildir¹².

İflâsta yabancı para alacağının iflâs tarihi itibarıyla Türk lirasına çevrilmesinin faydaları, diğer alacaklılar ile yabancı para alacaklısı arasında eşitlik sağlanması, diğer alacaklıların alacaklarının ne kadarını tahsil edebileceğini öngörebilmesi, müflisin iflâs masasının aktif ve pasifinin kesin şekilde tespit edilebilmesidir¹³.

İflâsta yabancı para alacaklısı alacağını yabancı para olarak tahsil etme imkanına sahip olmamasına rağmen, masayı temsilen iflâs idaresi borcun aynen ifasına karar verebilme (İİK m 198/1) ve dolayısıyla müflisin borcunu sıra cetvelinin kesinleşmesine kadar yabancı para olarak ödemeyi teklif etme imkanına sahiptir¹⁴.

⁹ Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 5) 572; "Dava, kayıt kabul istemine ilişkindir. Yabancı para alacaklarının iflâs masasına kayıt şekli konusunda İcra ve İflas Kanunu'nda açık bir hüküm yoktur. Sadece İcra ve İflas Kanunu'nun 198. maddesinin 1. fıkrasında, konusu para olmayan alacakların, ona eşit bir kıymete para alacağına çevrileceği öngörülmüştür. Öğretide, konusu yabancı para olan alacakların da anılan yasa hükümlerine göre iflâsın açıldığı andaki döviz kuru üzerinden Türk Lirası'na çevrilerek iflâs masasına yazdırılacağı kabul edilmiştir. (Kuru: B. İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2013, 2. Baskı, Ankara, sf 1244) İcra İflas Kanunu'nun 195. maddesinde iflâsın açılması ile müflisin borçlarının muaccel olacağı ve iflâsın açıldığı güne kadar işlemiş faiz ve takip masraflarının ana paraya ilave edilerek masaya kaydedileceği öngörülmüştür. Bu hükmün amacı, iflâs tarihinde masanın aktif ve pasiflerinin eşit şekilde ve aynı zamanda belirlenerek müflisin tüm alacaklılarına eşit ödeme yapılmasıdır. Bunu sağlamak için de yabancı para alacakların aynı paraya (Türk Parasına) çevrilmesi gerekir. Çeviri zamanı ise, yabancı para alacakları ve konusu para olmayan alacaklar için iflâs kararının verildiği tarih olmalıdır. Diğer taraftan yabancı para alacağının aynen kaydı, alacaklılar arasında eşitliği ön planda tutan İflas Hukukunun bu prensibini de zedelemiş olacaktır. Zira, iflâsta imtiyazlı alacaklar İİK'nın 206. maddesinde ilk beş sırada sayılmış olup, yabancı paranın masaya aynen kaydedilmesi halinde, yabancı para alacakları lehine kanunda öngörülmeyen bir imtiyaz yaratılmış olur. Bu durumda ise, aynı sırada bulunan ülke parası alacaklısı ile yabancı para alacaklısı arasında eşitsizlik meydana gelecektir. Bu sonuç ise, her sıradaki alacaklıların eşit hakta sahip olduğunu belirten İİK'nın 207. maddesine aykırılık teşkil eder. (Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 08.05.1997 tarih ve 2756 E., 4683 K. sayılı ilamı bu yöndedir.)" Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 2013/7176 E., 2014/1802 K. (www.yargitay.gov.tr) Erişim Tarihi 29 Eylül 2021.

¹⁰ Pekcantez (n 6) 252.

¹¹ ibid 239.

¹² ibid 234 vd.

¹³ ibid 237; Ergün Topçu (n 1) 671.

¹⁴ Pekcantez (n 6) 246.

Alman ve İsviçre hukukunda da yabancı para alacakları, para alacağı olarak kabul edilmekte ve takip konusu yapılabilmesi için ülke parasına çevrilmektedir. İsviçre hukukunda, yabancı para takip tarihinde kur üzerinden ülke parasına çevrilerek takip yapılmalıdır (SchKG Art 67/1/3). Ayrıca borçlunun mal ve hakları üzerine haciz konuluncaya kadar geçecek sürede yabancı para kurunda değişiklik olabileceğinden, alacaklı haciz aşamasında alacağını tekrar ülke parasına çevirme imkanına sahiptir (SchKG Art 88). Bu düzenlemenin amacı kurdaki değişiklik sebebiyle alacaklının zarar görmesini engellemektir¹⁵.

Yabancı para alacakları icra takipleri ve iflâs tasfiyesi için olduğu kadar bir başka cebrî ve küllî icra kurumu olan konkordato bakımından da özellik göstermektedir. Aşağıdaki başlıklar altında yabancı para alacaklarının konkordato türleri de dikkate alınarak konkordato mühleti, konkordatonun tasdiki ve konkordatonun sonuçları bağlamında gösterdiği özellikler üzerinde durulmuştur.

I. İflâs Dışı Konkordatoda Yabancı Para Alacakları

İflâs dışı konkordato, iflâsa tabi olan veya olmayan borçlular (ve iflâs talep edebilme yetkisine sahip alacaklılar) tarafından talep edilebilen ve iflâsa tabi olan borçlular bakımından iflâsı önlemeye yönelik bir konkordatodur¹⁶. İflâs yoluyla takipte olduğu gibi, borçlunun konkordatoya başvurması durumunda da konkordatoda alacaklılar arasında eşitliğin sağlanabilmesi için ve konkordatonun tasdiki halinde borcun asıl borç ilişkisine göre farklı vadelerde ödenmesi nedeniyle yabancı para alacağının ülke parasına çevrilmesi ve konkordatoya tabi yabancı para alacakları için Türk lirası olarak ödeme teklifinde bulunulması gerektiği kabul edilmektedir¹⁷. Ayrıca yabancı para alacaklarının Türk lirasına çevrilmemesi halinde, borçlunun tasdik tarihindeki borcu ile ödeme tarihindeki borcu arasında önemli miktar farklılık olabilir¹⁸ ve bu nedenle konkordatonun feshi talep edilebilir. Yabancı para alacaklısı icra takibi yaptığında vade veya fiili ödeme tarihindeki kur üzerinden talepte bulunulabilecek olmasına rağmen, borçlu veya alacaklılarından birinin talebiyle konkordato mühleti verilmesi; konkordatoya tabi alacaklar için takipleri durdurduğundan ve konkordatonun tasdik edilmesi halinde konkordato teklifini kabul etmeyen alacaklılar dahi bu tasdik kararıyla bağlı olduğundan, konkordatoda yabancı para alacağının vade veya fiili ödeme tarihindeki kur

¹⁵ ibid 152; Müjgan Tunç Yücel, *Banka Alacaklarının İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibi*, (On İki Levha 2010) 182 vd.

¹⁶ Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, (2013) 1445; Mehmet Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım, *İcra ve İflâs Hukuku* (7. Baskı, Beta 2016) 519.

¹⁷ Kuru (n 17) 1451; Sümer Altay ve Ali Eskiocak, *Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku*, (4. Baskı, Vedat Kitapçılık 2018) 193; Cenk Akil, *Sorularla Adi Konkordato*, (Adalet 2019) 106. Karşı görüşe göre, Türkiye’de döviz kurlarında aşırı ve ani yükselmeler nadir olmakta ve daha ziyade kriz zamanlarında ortaya çıkmaktadır. Kriz zamanlarındaki bu ani yükselmeler nedeniyle TBK m 138 uyarınca uyarılma davaları açılabilirliğinden, konkordatoda yabancı para alacaklarının Türk lirasına çevrilmeden ödenmesi gerekir. Konkordato talep eden borçlu faaliyetlerine devam ettiğinden ödemenin yabancı parayla yapılması mümkün olmalıdır. Bkz Orhan Eroğlu, *Uygulamada Konkordato*, (3. Baskı, Seçkin 2020) 243.

¹⁸ Pekcantez (n 6) 262.

üzerinden Türk lirasına çevrilmesi mümkün değildir. Aksi halde yabancı para alacaklısı konkordatonun bağlayıcı etkisinden kurtulur¹⁹.

Buna karşılık konkordato talep eden borçlunun üçüncü kişilerden olan yabancı para alacaklarının ülke parasına çeviri zorunluluğu bulunmamaktadır. Zira ülke parasına çeviri, konkordatoya tabi alacak miktarlarının belirlenebilmesi ve alacaklılar arasındaki eşitliği sağlamak bakımından önem arz eder. Borçlunun üçüncü kişilerden olan alacakları ise kural olarak konkordatodan etkilenmez.

Mevzuat uyarınca para olarak kabul edilen varlıkların tümü kanımızca para alacağı kapsamında yer alır. Kripto (sanal) paralar gibi esasında mevzuata göre para sayılmayan ancak maddi değeri bulunan Bitcoin, Ethereum gibi kripto (sanal) varlıklar²⁰ ise yabancı para alacağı olarak değil, İİK m 294 kapsamında konusu para olmayan alacaklar kapsamında kabul edilmelidir ve mühlet tarihi itibarıyla para alacağına çevrilmelidir. Ancak kripto varlıkların para alacağına çevrilmesinde resmi bir kur mevcut olmadığından, hangi değer esas alınacağı konusu belirsizdir. Burada alacağın değerini alacaklı belirleyip konkordato komiserine bildirecektir, ancak borçlunun bildirilen alacağın miktarına itiraz etmesiyle bu alacak çekişmeli hale geldiğinden, daha sonra çekişmeli alacak hakkında açılacak davanın sonucuna göre alacağın miktarı belirlenir.

Yabancı para alacaklarının durumu konkordato başvurusu, konkordato mühleti ve konkordatonun tasdiki aşaması bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

A. Konkordatoya Tâbi Yabancı Para Alacakları

1. Konkordato Projesinin Hazırlanması ve Konkordato Başvurusunda Yabancı Para Alacakları

Konkordato başvurusunda bulunan borçlunun konkordato talebine eklemesi gereken belgeler arasında bilanço, gelir tablosu, nakit akım tablosu ve diğer belgeler ile birlikte tüm alacak ve borçların vadeleri ile birlikte gösterildiği liste ile alacaklıları, alacak miktarlarını ve alacaklıların imtiyaz durumunu gösteren listenin ve konkordato ön projesinde yer alan teklife göre alacaklıların eline geçmesi öngörülen miktar ile borçlunun iflâsı hâlinde alacaklıların eline geçebilecek muhtemel miktarı karşılaştırmalı olarak gösteren tablonun mahkemeye sunulması gereklidir (İİK m 286/1/b-d).

¹⁹ Altay ve Eskiocak (n 18) 193.

²⁰ Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından yayınlanan ve 30 Nisan 2021 tarihinde yürürlüğe giren, Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik'in (RG 16.04.2021/31456) 3'üncü maddesi uyarınca "kripto varlık, dağıtık defter teknolojisi veya benzer bir teknoloji kullanılarak sanal olarak oluşturulup dijital ağlar üzerinden dağıtımı yapılan, ancak itibari para, kaydi para, elektronik para, ödeme aracı, menkul kıymet veya diğer sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilmeyen gayri maddi varlıkları ifade eder. Kripto varlıklar, ödemelerde doğrudan veya dolaylı şekilde kullanılamaz."

Aktiflerin satışı esasına göre düzenlenen borca batıklık bilançosunda, aktiflerin değerlendirme ilkeleri bakımından, hazır değerler arasında kasadaki ve bankadaki nakit para ve benzeri tutarları yer aldığından, borçlunun yabancı para birimi türünden varlıklarının bilançonun düzenlendiği tarihteki kur üzerinden T.C. Merkez Bankası efektif alış kuru üzerinden Türk lirasına çevrilmesi gerekir²¹.

Konkordato başvurusunda mahkemeye sunulması gerekli belgelerden biri de nakit akış tablosudur. Nakit akış tablosunda yabancı paraya dayalı işlemler nakit akışı gerçekleşme tarihindeki kurlar üzerinden ülke para birimine çevrilmelidir. Kur farkından kaynaklanan realize olmamış kazanç ve kayıplar nakit akışı içinde değerlendirilmemektedir²².

2. Konkordato Mühleti İçinde Yabancı Para Alacakları

Konkordato mühletinde yabancı para alacaklarının durumu özellikle hem geçici mühlet hem de kesin mühlet bakımından önem arz etmektedir. Öncelikle geçici mühlet içinde konkordato teklifinin başarıya ulaşma ihtimalinin bulunup bulunmadığının belirlenebilmesi ve borçluya konkordato kesin mühlet verilebilmesi için komiser tarafından borçlunun malvarlığının gerçek durumu aktif ve pasifleriyle tespit edilmeli ve bu konuda mahkemeye rapor sunulmalıdır (İİK m 287/3; m 289/2-3). Komiser yabancı para borçlarının miktarını borçlunun ticari defterlerindeki güncel kayıtları esas alarak belirlemelidir. Komiserin yabancı para alacaklarını ülke parasına çevirerek borçlunun malvarlığını ve mali durumunu değerlendirmesi, yabancı para alacağının Türk lirası alacağına dönüştüğü anlamına gelmez.

Geçici mühlet kesin mühletin sonuçlarını doğurduğundan, konusu para olmayan alacaklar para alacağına dönüşmekte, rehinle teminat altına alınanlar dışındaki alacaklara faiz işlemesi durmaktadır. Ayrıca komiser, alacaklıları alacaklarını bildirmeye kesin mühlet içinde davet etmekte, alacaklılar toplantısı ve kural olarak tasdik yargılaması ve duruşması da kesin mühlet içinde gerçekleşmektedir (İİK m 299-302).

Kesin mühlet aşamasına geçilmesinden sonra, konkordato komiseri İİK m 299'a göre, İİK 288'inci madde uyarınca yapılacak ilânla, ilân tarihinden itibaren onbeş gün içinde alacaklıları alacaklarını bildirmeye davet eder. Bu davet üzerine konkordato alacaklılar toplantısına katılarak oy kullanmak isteyen alacaklılar alacaklarını komisere bildirmelidir. Yabancı para alacaklısının alacağını yabancı para olarak mı yoksa Türk lirası olarak mı bildireceği İİK'da düzenlenmemiştir. Bu konuda çoğunluk alacağın istisnai bazı alacaklar dışında Türk lirasına çevrilerek bildirilmesinin

²¹ İbrahim Ermenek, Ufuk Özdemir ve Ali Rıza Özalp, 'Bir Konkordato Nedeni Olarak Borca Batıklığın Tespiti ve Borca Batıklık Halinin Konkordato Sürecindeki Etkileri' (2020) 5 (1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1351, 1361; Vefa M. Toroslu, *Hukuksal ve Finansal Açıdan Konkordato*, (Adalet 2019) 249.

²² Toroslu (n 22) 178.

gerekli olduğunu kabul etmekle birlikte²³, yabancı para alacağının hangi tarihteki kur üzerinden Türk lirasına çevrileceği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Kronolojik olarak, konkordato başvurusunun yapıldığı tarihten konkordatonun tasdikine kadar geçen dönemdeki sıralamaya göre görüşler aşağıdaki şekilde özetlenebilir:

Bir görüşe göre, yabancı para alacakları, konkordato çoğunluğunun belirlenmesinde dikkate alınacağından ve konkordato komiserinin yabancı para alacaklarının konkordato alacaklılar toplantısı karar nisabının değerlendirilmesinde ne ölçüde dikkate alınacağı konusunda rapor vermesi gerektiğinden, konkordato mühleti verildiği tarihteki kur üzerinden Türk lirasına çevrilmelidir. Ülke parasıyla alacaklı olanlar da mühlet verildiği tarihteki alacak miktarlarıyla konkordato çoğunluğun hesaplanmasında dikkate alınmakta olup bu tarih tüm alacaklılar için ortak bir zaman kesiti olup alacaklılar arasında kur farkı nedeniyle ortaya çıkacak eşitsizlikler önlenir²⁴. Diğer yandan alacağı rehinle teminat altına alınan alacaklının, rehin kapsamı dışında kalan yabancı para alacağının konkordato alacaklılar toplantısında ne miktar için dikkate alınacağı belirlenebilmesi için de yabancı para alacağı mühlet tarihindeki kur dikkate alınarak ülke parasına çevrilmelidir²⁵.

Yargıtay da 7101 sK ile 2018 yılında konkordatoya ilişkin hükümler değiştirilmeden ve özellikle konkordato mühletinin uzatılmasına ilişkin değişiklik yapılmadan önceki bir kararında konkordatoda yabancı para alacaklarının mühlet tarihi itibarıyla Türk lirasına çevrilmesini kabul etmiştir. Bazı bölge adliye mahkemeleri ve ilk derece mahkemeleri ise daha güncel kararlarda, bu tartışmayı kararlarına yansıtmış ve

²³ Selçuk Özbek, 'Madde 299-Alacaklıları Alacaklarını Bildirmeye Davet' iç Selçuk Özbek (Edr) *Yeni Konkordato Hukuku*, (2. Baskı, Adalet 2019) 315; Müjgan Tunç Yücel, *Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları*, (Oniki Levha 2020) 118.

²⁴ Süha Tanrıver ve Adnan Deynekli, *Konkordatonun Tasdiki* (Yetkin 1996) 103; Oğuz Atalay iç Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özkes, *İcra ve İflas Hukuku* (8. Baskı, Oniki Levha 2021) 512; Levent Börü 'Adi Konkordatoda Alacaklıların Alacaklarını Bildirmesi' (2019) 10 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 173, 180; Kuru (n 17) 1774; Tunç Yücel, 'Konkordato' (n 24) 120 vd. Alman hukukunda 1.1.1999 tarihine kadar konkordatoya ilişkin hükümlerin yürürlükte olduğu dönemde yabancı para alacaklarının konkordato mühleti tarihi itibarıyla ülke parasına çevrilmesi şartı aranmaktaydı. Bkz Vergleichsordnung (VerglO) § 34 <https://www.rechtsportal.de/Gesetze/Gesetze/Verfahrensrecht/Vergleichsordnung/Dritter-Abschnitt.-Vergleichsglaebiger/34-Umrechnung-von-Forderungen>, E.T. 19.04.2020. İsviçre Hukukunda ise konuya ilişkin özel bir düzenleme olmamakla birlikte, yabancı para alacaklarının geçici mühlet kararının verildiği tarihteki kur üzerinden ülke parasına çevrilmesi kabul edilmektedir. Bkz Daniel Hunkeler, *Kurzkommentar Schuldbetreibungs und Konkursgesetz* (2. Auflage, Helbing Lihtenhahn 2014) Art 300, N 10. Ancak öğretilerde haklı olarak işaret edildiği üzere İsviçre'de (ve kanımızca Almanya'da) bu tarihin esas alınması, ülke parasının değeri çok değişiklik göstermediği için sorun yaratmamaktadır. Bkz Tunç Yücel, 'Konkordato' (n 24) 119.

²⁵ Tanrıver ve Deynekli (n 25) 104.

alacak kayıt tarihinin son günü geçerli olan kura göre ülke parasına çeviri yapılması gerektiği sonucuna varmıştır²⁶.

Bir görüşe göre, konkordatoya tabi alacaklılar arasında eşitliğin sağlanabilmesi için yabancı para alacağı, alacaklının alacağını konkordato komiserine kaydettirdiği tarihteki kur üzerinden ülke parasına çevrilmelidir²⁷. Bu görüşe göre, hangi tarihteki kurun dikkate alınacağı belirlenirken, alacağı konkordatoya tâbi bütün alacaklıların ve borçlunun menfaatlerinin birlikte göz önünde bulundurulmalıdır. Yabancı para alacaklısının menfaati belirlenirken, sadece döviz kurunda meydana gelebilecek yükselmeler değil, aynı zamanda konkordatonun tasdik edilmesi halinde elde edeceği menfaat de dikkate alınmalıdır. Zira iflâsa tâbi borçlunun iflâsına karar verilmesi halinde yabancı para alacaklısı alacağını hiç tahsil edemeyecek veya bir bölümünü tahsil edebilecektir. Bu bağlamda, iflâs içi konkordatoda yabancı para alacaklarının borçlunun iflâs tarihindeki kur üzerinden ülke parasına çevrilmesi ve kurda daha sonra meydana gelen değişikliklerden alacaklının etkilenmeyeceği kabul edilmekte olduğuna göre, aynı ilke iflâs dışı konkordato bakımından geçerli sayılmalıdır²⁸. Aynı yöndeki görüşün argümanlarından biri de mühletin verildiği tarihin dikkate alınması halinde, konkordato mühletinin uzun olması nedeniyle yabancı para alacaklılarının kurdaki değişiklik nedeniyle zarar görme ihtimalinin yüksek olmasıdır. Yabancı paranın Türk lirasına çeviri anı olarak tasdik tarihinin kabul edilmesi ise konkordatoda alacaklı çoğunluğunun hesaplanmasında belirsizliğe yol açacağı için eleştirilmektedir. Zira alacaklılar toplantısının yapılmasıyla tasdik şartları gerçekleşmiş olmasına rağmen, tasdik aşamasında kurdaki artış nedeniyle tasdik şartlarının ortadan kalkması ihtimalinin (belirsizliğinin) bulunması, diğer alacaklıların ve borçlunun menfaatine aykırıdır²⁹. Konkordatonun yeterli sayıda alacaklı ve alacak çoğunluğu tarafından kabul edilip edilmediği tasdik kararından önce belirlenmesi gerektiğinden, yabancı para alacağının kayıt tarihindeki kur üzerinden Türk lirasına çevrilmesi ve kur farklılıkları nedeniyle oluşabilecek eşitsizliğin önlenmesi için belirli bir tarihteki kurun dikkate alınması gerektiği ileri sürülmüştür³⁰.

²⁶ “Yabancı para alacaklarının Türk lirasına çevrilme tarihinin konkordato mühletinin verildiği tarih olarak kabul edilmelidir. Zira mühletin verildiği tarih özellikle çoğunluk hesabı yönünden tüm alacaklar için ortak bir zaman kesitidir.” Yargıtay 19. HD, 2008/11847 E., 2009/9012 K., 08.10.2009 Bkz Emsalgül Doğan, *Konkordatonun Tasdiki Yargılaması* (Yetkin 2020) 136 dn 338. “Şu halde, yabancı para alacaklısı alacağını komiserine yabancı para olarak kaydettirecek ama komiser on beş günlük kayıt süresinin bitiminde bütün yabancı para alacaklarını o tarihteki kur üzerinden Türk Lirasına çevirecektir. Bu takdirde konkordato tasdik edilirse yabancı para alacaklısı alacağını artık tasdik edilen konkordato çerçevesinde ancak Türk Lirası olarak talep edebilecek ve çeviri nedeniyle maruz kaldığı zarar için munzam zarar davası açamayacaktır. (Yeni Konkordato Hukuku, Editör : Prof.Dr.Selçuk Öztekin, 2. Baskı, s.468,469,470).Bu nedenlerle ve konkordato eşitlik ilkesi kapsamında istinaf eden alacaklının yabancı para alacağına dair istinaf nedenlerinin yerinde olmadığı kanaatine varılmıştır.” İstanbul BAM 17. HD, 2021/379 E., 2021/672 K., 03.06.2021; “... Bankası AŞ.ile alacaklı nin alacaklarının yabancı para cinsinden olduğu , söz konusu alacakların konkordato komiseri tarafından TL cinsine çevrilerek alacak miktarının hesaplanması gerektiği, söz konusu hesaplamamın da İİK 299. Maddesinde belirtilen ilan tarihinden itibaren 15 günlük alacak kayıt süresinin son günü itibarıyla yapılabileceği ...” İzmir 1. Asliye Ticaret Mahkemesi, 2021/313 E., 2021/497 K., 27.05.2021; Aynı yönde bkz İstanbul Anadolu 3. Asliye Ticaret Mahkemesi, 2018/1350 E., 2020/1086 K., 16.12.2020 (www.emsal.uyap.gov.tr) Erişim Tarihi 06.10.2021.

²⁷ Altay ve Eskioçak (n 18) 193 vd.; Muşul (n 8) 544 vd.; Serhat Sarısozen, *İcra-İflâs ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler* (3. Baskı, Yetkin 2019) 239.

²⁸ Muşul (n 8) 545.

²⁹ Muşul (n 8) 546.

³⁰ Doğan (n 27) 136.

Bir başka görüşe göre, konkordatonun kabulü için gerekli çoğunluğun tespiti yabancı para alacaklarının en kısa sürede Türk lirasına çevrilmesini ve alacak miktarlarının tespitinde eşit para biriminin kabulünü gerektirdiğinden, kayıt tarihlerindeki farklılıklardan doğacak eşitsizlikleri önlemek için, konkordatoya tâbi yabancı para alacakları, tüm alacaklılar için ortak bir tarih olan İİK m 299'da öngörülen on beş günlük alacak kayıt süresinin son günü esas alınarak Türk lirasına çevrilmelidir. Bu görüşe göre, alacaklı alacağını komiserle yabancı para olarak kaydettirir, komiser ise on beş günlük kayıt süresinin bitiminde bütün yabancı para alacaklarını o tarihteki kur üzerinden Türk lirasına çevirir³¹.

Bir başka görüşe göre, yabancı para, eşitlik ilkesi gereğince konkordatonun tasdiki tarihindeki kur üzerinden Türk lirasına çevrilmelidir. Zira konkordatonun tasdik edilmesi halinde alacaklılara konkordato projesine göre ödeme yapılır. Çeviri mümkün olduğu kadar geç yapılırsa, yabancı para alacaklısı alacağını tam olarak elde edebilir. Aksi halde yabancı para alacaklısı yabancı para alacağının değerinde meydana gelen azalma veya artış nedeniyle alacağını daha az veya daha fazla elde edebilir. Ülke parasına çevirinin daha önceki bir tarihte yapılması, tasdik edilen konkordatonun borçlunun malvarlığı ile orantılı olmaması sonucunu doğurabilir³².

Yabancı para alacağının Türk lirasına çevrilmesinde ortaya konulan görüşler iki ölçütten hareket etmektedir. Bunlardan ilki alacaklılar arasında eşitliğin sağlanması, diğeri ise ülke parasına çeviri tarihi olarak objektif ve değişmez bir tarihin esas alınmasıdır. Kanımızca üçüncü olarak borçlu ile alacaklı arasındaki menfaat dengesinin korunması da bu ölçütlere ilave edilmelidir.

Alacaklılar arasında eşitliğin korunmasını sağlayan, objektif olarak belirlenebilir ve değişmeyen, borçlu ile yabancı para alacaklısı arasındaki menfaat dengesinin korunmasını sağlayabilecek zaman kesiti, konkordatonun tasdik edildiği tarihtir. Konkordatonun tasdiki şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği, bu bağlamda borçlunun kaynaklarının borçları ile orantılı olup olmadığı, ödeme güç ve kabiliyetinin bulunup bulunmadığı konkordatonun tasdiki tarihindeki duruma göre belirlenmelidir.

Ayrıca konkordatoya tâbi alacaklar kural olarak konkordato talebinden önce doğan alacaklar ise de mühlet içinde komiserin onayı alınmadan yapılan işlemlerden doğan alacaklar da konkordatoya tâbidir. Bu bağlamda her iki alacak grubu içinde de yabancı para alacakları varsa hem konkordato talebinden önce hem de mühlet içinde doğan yabancı para alacakları arasında eşitliğin sağlanması bakımından mühlet tarihi, alacak kayıt tarihi veya alacak kayıt tarihinin son günü dikkate alınmamalıdır. Zira

³¹ Öztekin (n 24) 315 vd.

³² Pekcanitez (n 6) s. 264; Hakan Pekcanitez ve Güray Erdönmez, *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato* (Vedat 2019) 56; Serdar Kale, *Sorularla Konkordato (İflâs Dışı ve İflâs İçeriği Konkordato)* (Oniki Levha 2017) 60; Talih Uyar, *Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri* (Konya Barosu Yayınları 2018) 114; Çağatay Serdar Şahin, *Amerikan Hukukıyla Karşılaştırmalı Olarak Konkordato Mühletinin Alacaklılar Yönünden Sonuçları* (Oniki Levha 2020) 159.

konkordatoya tâbi olan ve mühlet içinde alacak kayıt tarihi sona erdikten sonra doğan yabancı para alacağının alacak doğmadan önceki bir tarihteki kura göre Türk lirasına çevrilmesi alacaklılar arasındaki eşitlik ilkesine aykırıdır. Bu ihtimalde alacaklılar arasındaki eşitliği muhafaza eden, objektif ve değişmez tarih konkordatonun tasdik edildiği tarihtir.

İflâstan farklı olarak, konkordato mühleti verilmesi vadesi gelmemiş olmaları muaccel hale getirmez. Konkordatoya tâbi yabancı para alacağı konkordato talep edildiği tarihte henüz muaccel değilse, başka bir deyişle alacak mühlet içinde ve hatta alacak kayıt süresinin son günü geçtikten sonra muaccel hale gelecekse, bu alacağın konkordato oylamasındaki çoğunluğun hesaplanmasında dikkate alınıp alınmayacağına asliye ticaret mahkemesi karar verir. Bu ihtimalde alacağın henüz muaccel olmadığı mühlet tarihindeki, alacak kayıt tarihindeki veya alacak kaydı için belirlenen son gündeki yabancı para kurunun dikkate alınması uygun olmayacaktır. Kanımızca yabancı para alacağı konkordatonun tasdiki kararından önce muaccel hale gelecekse, konkordato oylamasında çoğunluğun hesabında konkordatonun tasdiki tarihindeki kur üzerinden Türk lirasına çevrilerek dikkate alınmalıdır.

Tasdik tarihindeki kurun dikkate alınmasının, ülke parasıyla alacaklı olanlar ile yabancı para alacaklıları arasında eşitsizlik yarattığı söylenemez. Zira konkordato mühleti içinde doğan ve konkordatoya tâbi olan Türk lirası alacaklar ile yabancı para alacakları arasında da kurdan kaynaklanan bir farklılık olabilir. Kur değişimlerinden kaynaklanan bu tür farklılıkların ortadan kalkacağı zaman konkordatonun tasdik edildiği tarihtir. Alacaklıların tahsil edebilecekleri alacak miktarı ve vadeler konusundaki eşitlik, konkordatonun tasdik edildiği tarih itibarıyla ortaya çıkacaktır. Yabancı para alacağının mühlet tarihi veya alacak kayıt tarihindeki kur üzerinden ülke parasına çevrilmesi, konkordato mühletinin muhtemel uzunluğu (3 ay + 2 ay + 1 yıl + 6 ay + (tasdik yargılaması için 6 ay) = Toplam 29 ay) ve döviz kurlarındaki değişkenlik veya belirsizlik dikkate alındığında, alacaklıların kendi arasındaki menfaat dengesine aykırı olacağı gibi borçlu ile alacaklı arasındaki menfaat dengesi de bozulacaktır. Yabancı para alacağı, konkordatonun erken bir evresindeki (örneğin mühlet tarihindeki veya alacak kayıt tarihindeki) kur üzerinden ülke parasına çevrilir ve tasdik kararından önce, kurdaki değişim nedeniyle, alacak miktarı artarsa yabancı para alacaklısı bu kur artışından yararlanamadığı için zarar görecektir, aksi halde ise yabancı para alacaklısı kurda düşme olmasına rağmen daha yüksek kurdan alacağını tahsil etme imkanına sahip olacaktır.

Konkordatoya sadece borca batık durumda olanlar değil, muaccel borçlarını ödeyemeyen veya vadesi gelecek olan borçlarını ödeyememe tehlikesi altında olan borçlular da başvurabilir (İİK m 285/1). Özellikle borçlarını vadesinde ödeyememe tehlikesi altında olan borçluların talep ettiği konkordatolarda, borçlu konkordato

talep etmek suretiyle döviz kurundaki artıştan etkilenmemek suretiyle yabancı para borçlarını ödeme imkânına kavuşur ki bu durum ticari hayatın işleyişine uygun değildir. Hakkında borca batıklık gibi doğrudan iflâs sebebi bulunmadığı halde konkordatoya başvuran iflâsa tâbi borçlu, mühlet tarihi itibariyle iflâs etmiş değildir; konkordato mühletinin başarılı geçirilmesi ve konkordatonun tasdik edilmesi halinde de borçlu faaliyetlerini sürdürmekte ve malvarlığı cebri olarak tasfiye edilmemektedir. Bu nedenle konkordatonun iflâsla benzerlik gösterdiği ve iflâs gibi alacaklılara yapılacak ödemeler bakımından eşitliğin sağlanmasında esas alınması gereken zaman, konkordatonun tasdiki safhasıdır. Bu nedenle yabancı para alacaklarının Türk lirasına çeviri anı olarak tasdik tarihi esas alınmalıdır.

Tasdik tarihindeki kurun dikkate alınması, konusu para olmayan alacaklar ile yabancı para alacakları arasındaki menfaatler dengesine de uygundur. Konusu para olmayan alacaklar³³ konkordato mühletinin verildiği tarih itibariyle para alacağına çevrilerek bildirilmiş ise de bu bildirim borçluyu bağlayıcı değildir³⁴. Borçlu, komiserin onayıyla mühlet içinde taahhüdün aynen ifasını üstlenebilir ve bu alacaklı alacağını ülke parası ile veya yabancı parayla alacaklı olanlardan önce tahsil edebilir. Hatta bu durumda konusu para olmayan alacak konkordatoya tâbi alacak olmaktan çıkar³⁵. Yabancı para alacaklısına ise mühlet içinde kural olarak borçlunun ödeme yapma imkânı bulunmamaktadır. Konusu para olmayan alacakların, mühlet tarihi itibariyle para alacağına çevrilebilecek olması nedeniyle yabancı para alacağı için aynı tarihteki döviz kurunun dikkate alınması, yabancı para alacaklısı aleyhine menfaat dengesini bozmaktadır³⁶.

Konkordato, borçların tasfiye edilmesi süreci yanında borçlunun işletmesinin ve mali durumunun yeniden yapılandırılması amacına da hizmet ettiğinden, yabancı para alacağının tasdik tarihi itibariyle belirli bir kura göre sabitlenmesi, yeniden yapılandırma amacının gerçekleştirilmesine de katkı sağlayacaktır. Tasdik tarihindeki kurun esas alınması, yabancı para alacaklısının alacağını uzun bir vade sonunda tahsil edilebilecek olduğu dikkate alındığında, konkordato teklifine olumlu oy kullanması bakımından da yarar sağlayabilecektir. Ticari işlemlerde veya kredilerde sıkça dövizle işlem yapıldığı dikkate alındığında, yabancı para alacaklısı fazla olan işletmelerde, konkordato projelerine yabancı para alacaklılarının olumlu oy kullanması, bu

³³ Konusu para olmayan ve konkordatoya tabi olan alacaklar şahsi hak talepleridir. Aynı haklara ilişkin talepler konkordatoya tâbi değildir. Taşınır teslimine ilişkin şahsi talepler ise para alacağına çevrilir. Bkz Tunç Yücel, 'Konkordato' (n 24) 58, 206.

³⁴ Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 5) 663.

³⁵ Tunç Yücel, 'Konkordato' (n 24) 205.

³⁶ İsviçre hukukunda konusu para olmayan alacakların konkordato mühleti içinde komiserle bildirilmesine ilişkin hükme göre, konkordato mühleti verilmesi alacağı kendiliğinden para alacağına dönüştürülmez. Komiser konusu para olmayan alacağın para alacağına dönüştürülmesini sözleşmenin tarafına derhal bildirmese bu alacak para alacağına dönüşmez. Buna göre, İsviçre hukukunda konkordatoya konusu para olmayan alacakların İsviçre İcra ve İflâs Kanununun 211'nci maddesine göre para alacağına dönüşebilmesi için komiserin bu konuda sözleşmenin diğer tarafından talepte bulunması gerekir. Eğer alacaklı alacağını para alacağına dönüştürmezse bu alacaklar konkordatoya tâbi olmaz. Bkz Brigitte Umbach-Spahn and Stephan Kesselbach, 'Kommentar zu Art 293-304 SchKG' in Jolanta Kren Koskiewicz/Dominik Vock (Hrsg.) 'Schulthess Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG' (4. Auflage, Schulthess 2017) Art 297 N 23.

alacaklıların menfaatlerinin korunabilmesine bağlıdır. Örneğin, alacak kayıt tarihindeki veya kayıt süresinin son günü geçerli olan kurun dikkate alınması halinde, alacaklılar toplantısının konkordato tasdik yargılamasına ve dolayısıyla mühletinin sona ermesine yakın bir zamanda yapılması, bu tarihe kadar geçecek olan dönemde kurdaki değişiklikler nedeniyle yabancı para alacaklısının konkordato teklifini kabul etmekten kaçınmasına neden olabilir. Alacaklılar toplantısının yapıldığı veya konkordatonun tasdiki duruşmasının yapıldığı tarihteki kur daha yüksekse, yabancı para alacaklısının ayrıca kurdan kaynaklı zararı da doğacaktır.

Tasdik tarihinin esas alınmasında, iflâsla konkordato arasındaki benzerlik ve ilişki de etkilidir. İflâsta, yabancı para alacaklarının ülke parasına çevrilmesine iflâs kararının verildiği tarih esas alındığına göre, konkordatoda da tasdik kararının verildiği tarih esas alınmalıdır. İflâs kararından sonra borçlunun malvarlığının iflâs idaresi (veya dairesi) tarafından paraya çevrilmesi ve alacaklılara ödeme yapılmasında mahkemenin kararını verdiği tarih esas alınmaktadır. Borçluya veya alacaklıya yabancı para alacağını hangi tarihteki kur üzerinden ülke parasına çevrilmesi konusunda seçim hakkı verilmemiştir. İflâsta, iflâs kararının verildiği tarihte var olan alacaklar, iflâs alacağı olarak masaya kaydedilir ve tasfiye sonucunda bu alacaklara ödeme yapılır. Aynı şekilde konkordatoda da alacaklılar toplantısındaki nisapların hesaplanması, tasdik şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi ve tasdik edilen konkordato teklifine göre hangi vadelerle ve ne miktar ödeme yapılacağı, tasdik kararının verildiği tarihteki kur esas alınarak belirlenmelidir. Tasdik kararı, hem konkordato talebinden önce doğan alacaklar hem de mühlet içinde komiserin onayı olmadan yapılan işlemlerden doğan tüm alacakları kapsayacak şekilde sonuç doğurduğundan (İİK m 308/c), tasdik kararının verildiği tarihteki kur esas alınmalıdır. İflâsa karar verilmesi halinde müflisin malları cebren paraya çevrilmekte ve alacaklılar arasında paylaşılır. Konkordatonun tasdik edilmesi halinde ise cebren değil, borçlunun faaliyetini sürdürerek veya mal ve haklarını kendisi paraya çevirerek ödeme yapılır. Konkordatoya tâbi alacaklar için tasdik kararındaki miktarlar ve vadeler oranında ödeme yapılır.

Rehinle temin edilen yabancı para alacakları ise rehin kapsamındaki alacak miktarı için konkordatoya tabi olmadığından ve mühlet içinde rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılabileceğinden ve tasdik talebinin kabul veya reddine karar verilmesinden sonra takiplere devam edebileceğinden, bu tür alacaklar için mühlet tarihindeki, alacak kayıt tarihindeki veya alacak kayıt tarihinin son günü geçerli olan kurun esas alınması isabetli olmayacaktır. Rehinli alacaklının alacağını rehlin kıymeti dışında kalan kısmı konkordatoya tabi olduğundan ve bu kapsamda rehinli alacaklının da oy kullanma hakkı bulunduğundan, nisaba esas alacak miktarının belirlenmesinde konkordatonun tasdiki tarihindeki kur dikkate alınmalıdır.

Konkordato yabancı para alacağının ülke parasına çevrilmesinde, konkordatoya tâbi yabancı para alacaklısı ile diğer alacaklı grupları arasındaki menfaatleri bağdaştıran en uygun çözüm, konkordatonun tasdiki tarihinin dikkate alınmasıdır. Yabancı para alacaklısının alacağını fiili ödeme tarihindeki veya bu tarihe en yakın tarihteki kur üzerinden tahsil etmesinde menfaati bulunmaktadır ve bunu sağlayabilecek en uygun an konkordatonun tasdiki tarihidir. Konkordatoya tâbi yabancı para alacağına mühlet kararından sonra faiz işlememesi, bu alacaklının alacağını tasdik tarihindeki kur üzerinden ve tasdik edilen konkordatodaki indirim oranında ve/veya vadelerde Türk lirası olarak tahsil edebilmesi, ülke parasıyla alacaklı olanların menfaatlerinin korunması ve eşitliğin sağlanması bakımından yeterince koruma sağlamaktadır. Tasdik tarihindeki kurun esas alınması, borçlunun ve alacaklıların konkordato ile korunması amacını gerçekleştirilmeye de elverişlidir.

Yabancı para alacağı T.C. Merkez Bankasının belirlemiş olduğu döviz kuru (efektif satış kuru) üzerinden Türk lirasına çevrilmelidir³⁷. Zira ödemeye alacaklının borçlanılan miktardaki yabancı parayı alabilecek imkânı olmalıdır³⁸. Komiserin veya mahkemenin serbest bir kur üzerinden yapılan çeviriyi esas alarak karar vermesi mümkün değildir.

Konkordato komiseri alacaklılar toplantısının sonucuyla ilgili mahkemeye sunacağı raporda yabancı para alacaklılarını toplantının yapıldığı tarihteki kur üzerinden Türk lirasına çevirmelidir. Aksi halde alacaklılar toplantısında hangi alacaklının ne miktar için oy hakkına sahip olduğu belirlenemez. Ancak konkordato teklifi için yapılan tasdik yargılaması duruşmasında, mahkeme konkordatonun tasdikine karar verip vermeyeceğini ve yabancı para alacaklısına ne miktar için ödeme yapılacağını tasdik tarihindeki kuru dikkate alarak karar vermelidir. Uygulamada konkordatoya tabi alacaklılara yapılacak ödeme miktarları ve vadeler ile ilgili liste hazırlanmaktadır. Bu liste mahkeme kararının bir parçası niteliğindedir. Komiser tarafından hazırlanan ve mahkeme kararının bir parçası olan bu listede yabancı para alacaklıları için tasdik tarihindeki kur esas alınarak hesaplama yapılmalıdır.

3. Konkordatonun Tasdiki Talebi Hakkında Verilen Kararın Yabancı Para Alacaklarına Etkisi

Kanımızca yabancı para alacaklısı alacağını kural olarak tasdik tarihindeki kur üzerinden Türk lirası olarak ve konkordato teklifindeki miktar ve vadelerle tahsil edebilir³⁹. Bununla birlikte tasdik edilen konkordato projesinde, konkordatonun tasdik kararının kesinleşmesiyle bağlayıcı hâle geleceği kararlaştırılmışsa (İİK m 308/c/1),

³⁷ İflâs bakımından bkz Pekcanitez (n 6) 255 vd. Bu çeviri Merkez Bankası Efektif satış kuru üzerinden yapılmalıdır. Bkz Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 2014/4900 E., 2015/4147 K., 02.06.2015 (<https://www.kararara.com>) Erişim Tarihi 16 Nisan 2021.

³⁸ Ayan (n 2) 540.

³⁹ Kuru (n 17) 1510.

bu durumda artık konkordatonun kesinleştiği tarihteki kurun değil, konkordatonun ilk tasdik tarihindeki kurun dikkate alınması gerekir. Zira kesinleşmeyle sonuç doğuran konkordato dahi ilk derece mahkemesinin tasdik kararını verdiği tarihindeki şartlarda geçerli olan konkordatodur. Aksi görüşün kabul edilmesi konkordatonun tasdikiyle ilgili şartların var olup olmadığı konusunda belirsizliklere yol açacaktır.

Yabancı para alacaklısı, yabancı para biriminin tasdikten (veya konkordato tasdik kararının kesinleşmesiyle bağlayıcı hale gelecektse tasdik kararının kesinleşmesinden) sonra değerinin artmış olması nedeniyle zarar gördüğünü ileri sürerek tazminat talep edebilir mi? İflâta yabancı para alacaklısının tasfiye sırasında tazminat talep edemeyeceği ancak iflâsın kapanmasından sonra, kur farkı nedeniyle oluşan munzam zararın tazminini talep edebileceği kabul edilmektedir⁴⁰. Konkordato tasdik edilirse yabancı para alacaklısı alacağını artık konkordatoya göre tahsil edebilme imkanına sahip olduğundan, borcun ödenmesi için öngörülen vadeler içinde yabancı paranın değeri artsa dahi, zarar gördüğü iddiasıyla tazminat talep edemez. Alacaklının, yabancı paranın Türk lirası karşısında değerinin artması ve konkordato projesine göre alacağını tahsil etmesi nedeniyle munzam zarar talep etme imkânı yoktur⁴¹. Yabancı para alacaklısının alacağını mühlet içinde komisere bildirip bildirmemesi veya konkordato alacaklılar toplantısında olumlu oy kullanıp kullanmaması önemli değildir. Borçlunun konkordato teklifi yeterli çoğunluk tarafından kabul edilir ve mahkeme tarafından tasdik edilirse, yabancı para alacaklısı olumsuz oy kullanmış olsa dahi alacağını tasdik edilen konkordatodaki ödeme planına göre tahsil edebilir. Zira konkordatonun tasdiki kararı, konkordatoya tâbi tüm alacaklılar için bağlayıcıdır⁴².

Konkordatonun tasdiki talebinin reddedilmesi halinde ise borçlunun iflâsa tâbi olup olmaması ve iflâsa tâbi ise hakkında iflâs sebeplerinden birinin gerçekleşmiş olup olmamasına göre farklı ihtimaller söz konusu olabilir. Konkordato talebi reddedilen borçlu hakkında doğrudan iflâs sebeplerinden biri varsa (örneğin sermaye şirketleri bakımından borca batık olma) mahkeme iflâs kararı verir. Bu durumda ise yabancı para alacaklı iflâs tarihindeki kur üzerinden iflâs alacağı olarak paylaştırmaya tâbi olur. Borçlu iflâsa tâbi değilse veya iflâs sebeplerinden biri yoksa, sadece konkordato talebinin reddine karar verileceğinden, yabancı para alacaklı için haciz veya iflâs yoluyla takip yapılabilir veya başlanmış olan takiplere devam edilebilir.

Konkordato tasdik edilmiş olmasına rağmen kendisine konkordato projesi uyarınca ifade bulunulmayan her alacaklı konkordatoyu tasdik eden mahkemeye başvurarak kendisi hakkında konkordatoyu feshettirebilir (İİK m 308/e). Bu şekilde konkordatonun kısmen feshini talep eden alacaklı, konkordatonun kısmen

⁴⁰ Pekcanitez (n 6) 247, 259.

⁴¹ ibid 265; Ömer Ulukapı, 'Konkordatonun Sonuçları' (2000) 8 (1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Milenyum Armağanı) 9, 16; Öztekin (n 24) 316.

⁴² Ulukapı (n 42) 11.

feshine karar verilirse borçluya karşı eski haklarını muhafaza ettiğinden⁴³, başka bir deyişle Türk lirasına çevrilen alacak tekrar yabancı para alacağına dönüşeceğinden, yabancı para alacağının vade veya fiili ödeme tarihindeki kura göre ülke parasına çevrilmesini isteyerek icra takibi başlatabilir. Ayrıca her alacaklı konkordatonun kötü niyetle sakatlandığını iddia ederek konkordatonun tamamen feshini talep edebilir (İİK m 308/f). Bu durumda İİK m 308 hükümleri uygulanır ve borçlunun iflâsa tâbi şahıslardan olması ve doğrudan doğruya iflâs sebeplerinden birinin mevcut olması hâlinde mahkeme, borçlunun iflâsına resen karar verir. Borçlunu iflâsına karar verilmesi halinde ise yabancı para alacağı iflâs tarihindeki kur üzerinden Türk lirasına çevrilir⁴⁴.

4. Konkordatoda Kefalet Sözleşmesine Konu Yabancı Para Alacaklarının Durumu

Yabancı para alacağının Türk lirasına çevrilmesi zorunluluğu sadece konkordatoya başvuran borçlu bakımından söz konudur. Aynı borç için üçüncü kişi kefil olmuşsa, kefilinin sorumluluğu yabancı para borcu olarak devam eder. Konkordato talebi kabul edilse de edilmese de alacaklı alacağını kefileden yabancı para olarak talep etme hakkını muhafaza eder⁴⁵. Konkordato mühleti içindeki takip yasağı kefilleri kapsamadığından doğrudan kefile başvurulabilir. Keza konkordatonun tasdiki de sadece borçlu bakımından hüküm ifade eder, kefillere etkili değildir⁴⁶.

Kefaletin türü de önemli değildir. Adî kefalette asıl borçluya konkordato mühleti verilmesi halinde, adî kefil önce borçluya başvurulması def'inden yararlanamaz (TBK m 585/I/4). Aynı şekilde alacak kefaletten önce veya kefalet sırasında rehinle teminat altına alınmışsa, kural olarak önce adi kefile başvurulmaması da asıl borçluya konkordato mühleti verilmiş olması halinde doğrudan kefile başvurulabilir (TBK m 585/II)⁴⁷.

Konkordatonun tasdik edilmesi halinde alacaklı İİK m 303/2'de öngörülen şartları yerine getirirse kefile karşı haklarını kullanabilir. Buna göre, konkordato teklifine kabul oyu veren yabancı para alacaklısı, müşterek borçlu ve kefillerden alacağını konkordato şartlarına göre ve Türk lirası olarak talep edebilir. Ancak yabancı para alacaklısı kendi haklarını borçtan birlikte sorumlu olanlara ödeme karşılığında devretmeyi teklif etmişse ve onlara alacaklılar toplantısının gününü ve yerini toplantıdan en az on gün önce bildirmişse alacağını müşterek borçlulardan ve kefillerden konkordatoya tâbi olmadan ve yabancı para olarak talep edebilir.

⁴³ İlhan E. Postacıoğlu, *Konkordato* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1965) 134.

⁴⁴ Pekcanitez (n 6) 266; Öztek (n 24) 316.

⁴⁵ İflâstaki benzer durum için Pekcanitez (n 6) 247.

⁴⁶ Ulukapı (n 42) 11.

⁴⁷ Sarısözen (n 28)169; Konkordato mühleti içinde kefilin durumu hakkında detaylı bilgi için Levent Börü ve Şafak Parlak Börü, 'Konkordatonun Kefalet Sözleşmesine Etkileri', (2020) 78 (3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1239, 1253 vd.

Alacaklı bu şartı yerine getirmezse kefilden olan tüm haklarını kaybetmese de sadece kabul ve tasdik edilen konkordato çerçevesinde kefilden talepte bulunabilir, başka bir deyişle tasdik edilen konkordatoda belirlenenden daha fazla talepte bulunamaz⁴⁸. Konkordatoya kabul oyu vermeyen alacaklı ise kefile karşı tüm haklarını korur. Aynı maddenin üçüncü fıkrası uyarınca ise alacaklı kefile müracaat hakkına halel gelmeksizin kefile konkordato müzakerelerine katılma yetkisi verebilir ve onların kararını kabul taahhüdünde bulunabilir. Bu durumda kefilin bu yetkiyi kullanıp kullanmaması veya alacaklılar toplantısında hangi yönde oy kullandığı önemli olmaksızın alacaklı kefile karşı tüm haklarını korur yabancı para alacağını İİK hükümleri uyarınca kefilden talep edebilir⁴⁹.

5. Konkordatoda Takasa Konu Yabancı Para Alacaklarının Durumu

Yabancı para alacağının durumu, konkordato sürecindeki takas⁵⁰ bakımından da değerlendirilmelidir. Türk Borçlar Kanunu'na göre, takas karşılıklı olarak bir miktar para veya özdeş diğer edimleri birbirine borçlu olan taraflardan birinin takas iradesini alacaklıya bildirmesiyle gerçekleşen ve her iki borcun daha az olan borç tutarınca sona ermesi sonucunu doğuran bir maddi hukuk işlemidir. Alacaklı takas hakkını kullanarak alacağını borçludan elde edememe riskini bertaraf edebilir⁵¹. Konkordato mühleti içinde takas hakkını kullanan alacaklı, konkordato mühletinin erteleyici etkisinden kurtularak, mühlet içindeki borçludan olan alacağı ile kendisinin borcunu takas ederek kendi borcunu sona erdirirken alacağını tahsil edebilir⁵².

Takas hakkının kullanılabilmesi, konkordatoya ilişkin özel şartlar yanında, TBK'nın genel hükümlerine tâbidir. İcra ve İflâs Kanununa göre, konkordatoya tâbi alacaklar bakımından takas, iflâsta takası düzenleyen İİK'nın 200 ve 201 inci maddelerine tâbidir (İİK m 294/4)⁵³. Konkordatoya tâbi olmayan alacaklar bakımından ise takas hakkının kullanılmasında İİK m 200 ve 201 hükümleri dikkate alınmaz, genel hükümler dikkate alınır⁵⁴.

Buna göre konkordatoya tâbi alacaklarda, takas hakkını kullanmak isteyen alacaklının alacağı muaccel ve borcu ifa edilebilir olmalıdır. Bu bağlamda, konkordato mühleti verilmesi, alacaklının vadesi gelmemiş alacağını muaccel hale getirmediğinden, takas hakkının kullanılabilmesi için alacaklının alacağının mühlet

⁴⁸ Öztekin (n 24) 316; Alacaklının konkordatonun tasdiki halinde kefile karşı haklarını kullanabilmesinin şartları konusunda detaylı bilgi için Börü ve Parlak Börü (n 48) 1259 vd.

⁴⁹ Börü ve Parlak Börü (n 48) 1266.

⁵⁰ Konkordatoda takas hakkında ayrıntılı bilgi için Efe Direnisa, 'Konkordatoda Takas' (2020) 15 (189) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 493, 497vd.

⁵¹ ibid 501.

⁵² Bu bağlamda takasla borcun sona ermesi, dar ve teknik anlamda ifa sayılmaz, edim yerine geçen ifa olarak kabul edilir. Bkz ibid 506.

⁵³ İflâsta takas ile konkordatoda takas arasındaki farklar konusunda detaylı bilgi için ibid 509 vd.

⁵⁴ ibid 534.

içinde muaccel hale gelmesi gerektiği kabul edilmelidir⁵⁵. İkinci şart, alacakların karşılıklı olmasıdır. Bununla bağlantılı olarak konkordato bakımından özel şart ise mühletin verildiği tarih itibariyle alacakların karşılıklı olarak muaccel olmasıdır.

Takasta üçüncü şart alacakların özdeş olmasıdır. Maddi hukuk açısından takasın mümkün olabilmesi için borçların aynı cinsten olması gerekir⁵⁶. Konkordato bakımından özdeşlik şartının sağlanması kolaylaştırılmıştır. Konusu para olmayan alacaklar, komiserin onayı ile borçlunun taahhüdünün aynen ifasını üstlendiği haller dışında, ona eşit kıymette para alacağına çevrilerek komisere bildirileceğinden (İİK m 294), konusu para olmayan bir alacak dahi konkordato mühletinin verildiği tarih itibariyle muaccelse alacaklı tarafından konkordato mühleti içinde takasa konu yapılabilir.

Yabancı para alacaklarının özdeş olup olmadığı noktasında hâkim görüş, takası ileri sürenin yabancı para borçlusu olup olmaması dikkate alınmaksızın, sözleşmede sadece yabancı para ile ödeme kaydı bulunmadıkça, yabancı para borçları ile ülke parası borcunun takas edilebileceği yönündedir. Zira TBK para borçları bakımından özdeş olma şartını aramamış, alacakların para alacağı olmasını yeterli görmüştür. Buna göre para alacaklarından birinin yabancı para olması halinde taraflardan her biri alacağını borcuyla takas edebilir (TBK m 139)⁵⁷.

Konkordatoda takas hakkı, kural olarak alacaklı tarafından kullanılabilir. Zira konkordatoda takası düzenleyen hüküm (İİK m 294) iflâsta takasa ilişkin İİK m 200'e atıf yapmaktadır ve bu hükümde takas hakkının alacaklı tarafından kullanılabilmesi ifade edilmiştir. Bununla birlikte takasın kullanılması alacaklıların lehineyse, borçlunun da tasarruf yetkisinin kaldırılmadığı durumlarda takas beyanında bulunabileceği kabul edilmelidir⁵⁸.

Maddi hukuk bakımından hangi tarihteki kurun esas alınarak takasın gerçekleşeceği tartışmalı olmakla birlikte, katıldığımız görüş uyarınca, takası kural olarak alacaklı talep edebilecekse de bazı hallerde yabancı para borçlusu da takas yoluyla borcu sona erdirebileceğinden, konkordato mühleti içinde takasın ileri sürüldüğü tarihteki kur üzerinden ülke parasına çeviri yapılmalıdır. Bu görüşün kabul edilmesi halinde konkordato talep eden yabancı para borçlusu da takas ileri sürebileceğinden kur artışından zarar görme ihtimali de azalmaktadır⁵⁹.

⁵⁵ Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 5) 661; Aksi görüşün kabul edilmesinin, İİK'ya, konkordatonun amacına ve taraflar (alacaklı ile borçlu) arasındaki menfaat dengesine aykırı olduğu ve ortaya çıkabileceği olumsuz sonuçlar hakkında açıklamalar için Direnisa (n 51) 511 vd.

⁵⁶ Maddi hukuk bakımından cins borçlarından ve para borçlarından farklı olarak parça borçlarında ve yapma borçlarından takasın mümkün değildir. Bkz Ergün Topçu (n 1) 674.

⁵⁷ Ergün Topçu (n 1) 676. İflâsta yabancı para alacağı iflâsın açıldığı tarihteki kur üzerinden ülke parasına çevrilerek takas edilir. Müflisin borçlusu olan alacaklının yabancı para borcu için sözleşmede aynen ödeme kaydı varsa bu alacakların takas edilemeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre müflisin borçlusunun borcu aynen ödeme kaydı varsa bunlar özdeş alacaklar olmadığı için takas mümkün değildir. Bkz Pekcamtez (n 2) 257.

⁵⁸ Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 5) 661; Direnisa (n 51) 519.

⁵⁹ Ergün Topçu (n 1) 678.

Takas hakkı konkordato mühleti içinde kullanılabilmesi gibi konkordatonun tasdikinden sonra da kullanılabilir. Konkordatonun tasdikinden sonra alacaklının takas hakkını kullanması halinde, tenzilat konkordatosunun söz konusu olduğu hallerde, onaylanan konkordato projesindeki alacağı kadar takas hakkını kullanabilir. Alacaklı konkordatoda olumsuz oy kullanmışsa alacağının tamamı için takas hakkını kullanabilir⁶⁰. Konkordatonun tasdik edilmesi halinde, kanımızca konkordatoya tâbi yabancı para alacağı artık tasdik tarihindeki kur üzerinden Türk lirasına çevrilmiş olacağından, takasa konu alacak miktarı bu tarihteki kura göre belirlenmelidir.

B. Konkordatoya Tâbi Olmayan Yabancı Para Alacaklarının Durumu

Konkordatoya tabi olmayan yabancı para alacakları konkordatodan etkilenmeyeceğinden kural olarak konkordato sürecinde ülke parasına çevrilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır⁶¹. Buna göre, konkordatoda İİK m 206'nı birinci sırasında yer alan imtiyazlı alacaklar, rehinli alacaklıların rehlin kıymetini karşılayan miktardaki alacakları (fazlası konkordatoya tâbidir), 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkındaki Kanun kapsamındaki alacaklar, kredi kurumları tarafından verilen krediler de dahil olmak üzere konkordato mühleti içinde komiserin onayı ile yapılan işlemlerden doğan alacaklar, karşı edimin ifasını komiserin izniyle kabul eden borçlunun taraf olduğu sürekli borç ilişkilerindeki karşı edimlerden doğan alacaklar (İİK m 308/c), Türk lirasına çevrilmesi zorunluluğu bulunmayan yabancı para alacaklarıdır.

Konkordatoya tâbi olmayan İİK m 206'nın birinci sırasındaki imtiyazlı alacaklılar için konkordato mühleti içinde haciz yoluyla takip yapılabilir (İİK m 294/2). Örneğin, konkordato talep eden sermaye şirketinde çalışan işçi yabancı parayla ücret almaktaysa veya işçilik alacağı yabancı para olarak belirlenmişse⁶², alacak bildiriminde bulunma zorunluluğu olmadığı gibi işçi alacağını yabancı para olarak talep etme hakkına da sahiptir⁶³. İşçinin ücreti yabancı para olarak ödenmekteyse ve konkordatonun tasdiki safhasında henüz ödenmemiş işçilik ücretleri mevcutsa,

⁶⁰ Direnisa (n 51) 535.

⁶¹ Muşul (n 8) 541; Tunç Yücel (n 24)119.

⁶² İş Kanununun 32'nci maddesinin ikinci fıkrasına göre, "Ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkak kural olarak, Türk parası ile işyerinde veya özel olarak açılan bir banka hesabına ödenir. Ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkak, yabancı para olarak kararlaştırılmış ise ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödeme yapılabilir". Ancak bu düzenlemeye bazı istisnalar getirilmiştir. Örneğin, 2008-32/34 Sayılı Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ'in 8'inci maddesinin (Yeniden Düzenleme: RG-06.10.2018/30557) (Değişik: RG 16.11.2018/30597) altıncı fıkrasına göre ise "Türkiye'de yerleşik kişiler kendi aralarında akdedecekleri; yurt dışında ifa edilecekler ile gemi adamlarının taraf oldukları dışında kalan iş sözleşmelerinde sözleşme bedelini ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerini döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştıramazlar." (<https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=11990&mevzuatTur=Tebliğ&mevzuatTertip=5>, Erişim Tarihi 16 Nisan 2021. Ancak istisnalar sadece tebliğin bu hükmünde sayılanlardan ibaret değildir. Buna göre iş sözleşmelerinde, işçi ücretleri bakımından yabancı parayla belirlenebilmesi konusunda istisna getirilen hallerde, yabancı parayla ücret kararlaştırılabilir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz Ercüment Özkaraca, 'Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararın İş Sözleşmelerinde Uygulama Alanı' (2019) 25 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 185, 199 vd.

⁶³ Konkordatoda işçi alacaklarının durumu konusunda ayrıntılı bilgi için Aziz Serkan Aslan, 'Konkordato Mühletinin İşçi Alacaklarına Etkisi' (2019) 142 TBB Dergisi 249, 259 vd.

İİK m 305/1/d maddesi uyarınca 206'ncı maddenin birinci sırasındaki imtiyazlı alacaklıların alacaklarının tam olarak ödenmesinin ve mühlet içinde komiserin izniyle akdedilmiş borçların ifasının, alacaklı bundan açıkça vazgeçmedikçe yeterli teminata bağlanmış olması gerektiğinden, bu durumdaki yabancı para alacağı için gösterilecek Türk lirası teminatın miktarı, yabancı para alacağının konkordatonun tasdiki tarihindeki kur üzerinden Türk lirasına çevrilmesiyle mümkün olabilir. Örneğin, yabancı para alacağı için taşınmaz mal teminat olarak gösterilecekse, bu teminatın alacağı karşılayıp karşılamadığı, yabancı para alacağının tasdik tarihindeki kur üzerinden Türk lirasına çevrilerek belirlenebilir. Bu durumda konkordatonun tasdiki tarihinin dikkate alınmasının sebebi, İİK m 206/1'deki imtiyazlı alacakların konkordatoya tâbi olmaması ve konkordatonun tasdiki safhasında teminat şartının aranmasıdır. Konkordatoya tâbi olmayan ve teminat gösterilmesi gereken yabancı para alacağı için aynı miktarda yabancı para da teminat olarak gösterilebilir⁶⁴.

Konkordato mühleti içinde komiserin onayı ile yapılan işlemlerden doğan yabancı para alacakları söz konusu ise bu alacaklar da konkordatoya tâbi değildir (İİK m 308/c/II). Dolayısıyla bu alacaklar yabancı para alacağı olarak borçludan talep edilebilir⁶⁵ ve İcra ve İflâs Kanununun genel hükümlerine göre haciz yoluyla takibe konu yapılabilir. Bununla birlikte, tasdik kararı verilebilmesi için mühlet içinde komiserin izniyle akdedilmiş borçların ifasının, alacaklı bundan açıkça vazgeçmedikçe yeterli teminata bağlanmış olması gerekir (İİK m 305/1/d). Bu bağlamda komiserin onayıyla yapılan işlemlerden doğan yabancı para alacakları için ne miktar teminat gösterileceği, konkordatonun tasdiki tarihindeki kur dikkate alınarak Türk lirası olarak belirlenmelidir.

Rehinle teminat altına alınan yabancı para alacakları ise konkordatoya tâbi olmadığı gibi (İİK m 308/c/III) bu alacaklara konkordato mühleti içinde faiz işlemeye devam eder (İİK m 294/III)⁶⁶. Rehinde teminat altına alınan alacaklar için konkordato mühleti içinde takip yapılabilir, takibe devam edilebilir ancak bu takipte kural olarak muhafaza tedbiri alınmaz ve satış yapılamaz (İİK m 295). Bu nedenle rehinle teminat altına alınan yabancı para alacaklarının geçici konkordato mühleti tarihi itibarıyla Türk lirasına çevrilmesi gerekmez. Bununla beraber, yabancı para alacağının miktarı rehinin konusu olan taşınır veya taşınmazın komiser tarafından kıymeti takdir edilen değerini aşmaktaysa, bu miktar için alacaklının rehin açığı bulunduğundan, bu alacak miktarı konkordatoya tâbidir. Yabancı para alacaklısı

⁶⁴ Doğan (n 27) 144 vd.

⁶⁵ Keza iflâsta da iflâs alacakları Türk lirasına çevrilmesi zorunlu olmasına rağmen masa alacaklarının Türk lirasına çevrilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. İflâs tasfiyesi boyunca yabancı para masa alacakları Türk lirasına çevrilmesi zorunluluğu yoktur. Bkz Pekcanitez (n 6) 238.

⁶⁶ Türk Medeni Kanunu uyarınca sadece yurt içinde ve yurt dışında faaliyette bulunan kredi kuruluşları tarafından yabancı para üzerinden veya yabancı para ölçüsüyle kredi verilmesi halinde yabancı para üzerinden ipotek tesis edilmesine izin verilmiştir. Yabancı veya Türk vatandaşı gerçek kişiler lehine yabancı para ipotegi kurulması mümkün değildir. Aynı hüküm uyarınca, ipotegin hangi yabancı paralar üzerinden kurulabileceği Cumhurbaşkanı tarafından belirlenir (TMK m 851). Yabancı para ipotegi hakkında detaylı bilgi için İlhan E. Postacıoğlu ve Sümer Altay, *İcra Hukuku Esasları* (5. Baskı, Vedat 2010) 667 vd.; Safa Reisoğlu, 'Yeni Medeni Kanun Hükümlerine Göre Yabancı Para İpotegi' (2003) 45 *Bankacılar Dergisi*, 66-80, https://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Arastirma_ve_Raporlar/safaduz_Aralik2003.doc, Erişim Tarihi 30 Nisan 2021.

bu miktar alacağı için konkordato alacaklılar toplantısına katılma ve oy kullanma hakkına sahip olduğundan ve tasdik talebini inceleyen mahkeme tarafından nisabın belirlenmesinde bu alacağın da dikkate alınması gerektiğinden, rehinle teminat altına alınan ve rehin miktarını aşan yabancı para alacakları Türk lirasına çevrilmelidir. Ülke parasına çevirinin hangi tarihteki kur üzerinden yapılması gerektiği sorusu bu durumda da yanıtlanmalıdır. Katıldığımız görüşe göre, rehinle teminat altına alınan yabancı para alacağı, konkordatonun tasdiki tarihindeki kur üzerinden Türk lirasına çevrilmelidir⁶⁷. Zira rehin kapsamı dışında kalan yabancı para alacağı, konkordatonun tasdiki şartlarından biri olarak, tasdik tarihi itibarıyla belirlenmeli ve mahkeme kararını bu rakamları dikkate alarak vermelidir. Bu tarihteki kur hem konkordatonun tasdiki için gerekli nisabın belirlenmesi hem de rehinli alacaklının konkordatoya tâbi alacağının belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir. Konkordatonun tasdik edilmesi halinde, yabancı para alacaklısı rehin kapsamına kadar olan kısım bakımından takip talebindeki tercihine göre vade veya fiili ödeme tarihindeki kur üzerinden alacağını tahsil edebilirse de rehin kapsamını aşan bakiye alacağı bakımından konkordato şartlarına tabi olarak alacağını tahsil edebilir.

1613 sayılı Kanuna tabi amme alacakları da konkordatoya tabi olmadığından, yabancı para türünden amme alacaklarının Türk lirasına çevrilmesi gerekmez⁶⁸.

II. Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordatoda Yabancı Para Alacakları

Malvarlığının terki suretiyle konkordato sonuçlarını tasdik kararının kesinleşmesinden itibaren doğurur. Tasdik kararının kesinleşmesinden itibaren borçlu malları üzerinde tasarruf edemez ve bu mallar hakkında tasarruf yetkisine sahip kişilerin imza yetkisi sona erer ve konkordato tasfiye memurları konkordato masasının muhafazası ve paraya çevrilmesi veya gerektiğinde malların devri işlemlerini yerine getirir (İİK m 309/c).

Kanımızca adi konkordato bakımından yukarıda açıklamalarımız uyarınca, yabancı para alacağı kural olarak konkordatonun tasdiki tarihindeki kur üzerinden Türk lirasına çevrilmelidir. Buna karşılık malvarlığının terki suretiyle konkordatoda konkordato tasdik kararının kesinleşmesiyle sonuç doğurduğundan ve bu karar kesinleşinceye kadar konkordato mühletinin etkileri devam edeceğinden, tasdik kararının kesinleştiği tarihteki kur dikkate alınarak yabancı para alacaklısının alacak miktarı belirlenmelidir. İsviçre hukukunda da malvarlığının terki suretiyle konkordatoda yabancı para alacakları konkordatonun tasdiki kararının kesinleştiği tarihte ülke parasına çevrilmektedir⁶⁹.

⁶⁷ Pekcanitez (n 6) 262.

⁶⁸ ibid 262.

⁶⁹ Bernhard Stehle, in Peter Gauch/Viktor Aepli/Hubert Stöckli (Hrsg), 'Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015)' (9. Aufl Schulthess 2016) Art 84 N 9.

III. İflâs İçi (İflâstan Sonra) Konkordatoda Yabancı Para Alacakları

İflâs içi konkordato iflâsına karar verilen borçlunun iflâstan kurtulmak amacıyla teklif ettiği konkordatodur. İflâs içi konkordato tasdik edilirse iflâsın hüküm ve sonuçları kalkar⁷⁰. İflâsına karar verilen bir borçlu da konkordato talep edebilir. Müflis borçlu konkordato talep ederse veya bu borçlunun alacaklılarından biri konkordato işlemlerinin başlatılmasını isterse, iflâs idaresi, görüşüyle beraber ikinci alacaklılar toplanmasında veya daha sonra müzakere edilmek üzere alacaklılara bu talebi bildirir. Bu durumda iflâs dışı konkordatoda komisere ait görevler iflâs idaresi tarafından yürütülür. İflâs idaresi tarafından konkordato teklifi hakkında yapılan alacaklılar toplantısının sonucu iflâs kararını veren mahkemeye bildirilir. Konkordato teklifi yeterli çoğunluk tarafından kabul edilmiş ve konkordatonun tasdiki şartları da gerçekleşmişse (İİK m 309/2) mahkeme konkordatonun tasdikine karar verir. Konkordatonun tasdiki kararının kesinleşmesi üzerine iflâs idaresi iflâsa hükmeden mahkemeden iflâsın kaldırılmasını ister.

İflâs içi konkordatoda yabancı para alacaklarının hangi tarihteki kur üzerinden ülke parasına çevrileceği belirlenmelidir. Bu durumda daha önce iflâs kararı verilmiş olduğu için iflâs tarihindeki kur dikkate alınmalıdır. Her ne kadar konkordatonun tasdiki kararı daha sonraki bir tarihte verilmekteyse de iflâs halinde yabancı para alacakları iflâs tarihindeki kur üzerinden masaya kaydedilebilecekleri ve paylaşırma buna göre yapılabilmektedir. İflâs içi konkordatonun amacı iflâsın kaldırılmasını ve hukuki sonuçlarını ortadan kaldırmak olduğundan (İİK m 309/5) ve yabancı para alacaklıları ile diğer alacaklılar arasındaki eşitliğin koruyabilmek bakımından iflâs tarihindeki kur konkordatonun tasdikinde de dikkate alınmalıdır.

Sonuç

Yabancı para alacaklarının icra takibi veya iflâs yoluyla tahsilinde uyulması gerekli temel kurallardan biri yabancı para alacağının Türk lirasına çevrilmesidir. İcra takibinde takip talebini düzenleyen hükme göre, takip talebinde alacağın tutarı Türk parasıyla belirtilmelidir. Ayrıca para alacağının hangi tarihteki kur üzerinden talep edildiğinin belirtilmesi gereklidir. Para alacağının Türk lirası olarak takip edilmesi zorunluluğu, sadece haciz yoluyla takipte değil, iflâs yoluyla takipte de geçerlidir. İflas takibinde, yabancı para alacaklısı, alacağını iflâs kararının verildiği tarihteki kur üzerinden Türk lirası olarak tahsil edebilir. Yabancı para alacakları konkordato bakımından da özellik göstermektedir. İflâs yoluyla takipte olduğu gibi, borçlunun konkordatoya başvurması durumunda yabancı para alacağının ülke parasına çevrilmesi ve konkordatoya tabi yabancı para alacakları için Türk lirası olarak ödeme teklifinde bulunulması gerekir. Yabancı para alacaklısı icra takibi yaptığında vade veya fiili ödeme tarihindeki kur üzerinden talepte bulunulabilecek olmasına

⁷⁰ Kuru (n 17) 1445.

rağmen, konkordatoda yabancı para alacağının vade veya fiili ödeme tarihindeki kur üzerinden Türk lirasına çevrilmesi mümkün değildir. Aksi halde yabancı para alacaklısı konkordatonun bağlayıcı etkisinden kurtulur.

Yabancı para alacaklarının durumu konkordato başvurusu, konkordato mühleti ve konkordatonun tasdiki aşamaları bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Konkordato başvurusuna eklenmesi gereken belgeler arasında yer alan bilançoda borçlunun yabancı para birimi türünden varlıklarının bilançonun düzenlendiği tarihteki kur üzerinden T.C. Merkez Bankası efektif alış kuru üzerinden Türk lirasına çevrilmesi gerekir. Konkordato başvurusunda mahkemeye sunulması gerekli belgelerden biri de nakit akış tablosudur. Nakit akış tablosunda yabancı paraya dayalı işlemler nakit akışı gerçekleşme tarihindeki döviz kuru üzerinden ülke para birimine çevrilmelidir. Konkordato mühleti geçici mühlet ve kesin mühlet olmak üzere iki safhadan oluşur. Geçici mühlet içinde, konkordato teklifinin başarıya ulaşma ihtimalinin bulunup bulunmadığının belirlenebilmesi ve borçluya konkordato kesin mühleti verilebilmesi için komiser tarafından borçlunun malvarlığının gerçek durumu aktif ve pasifleriyle tespit edilmeli ve bu konuda mahkemeye rapor sunulmalıdır. Komiser geçici mühlet içinde, yabancı para borçlarının miktarını borçlunun ticari defterlerindeki güncel kayıtları esas alarak belirlemelidir. Kesin konkordato mühleti içinde ise yabancı para alacakları bakımından önemli işlem alacakların komisere bildirilmesidir. Yabancı para alacaklısı alacağını Türk lirasına çevirerek komisere bildirmelidir. Ancak tasdik edilen ve alacaklılar için bağlayıcı olan konkordato bakımından, yabancı para alacağının hangi tarihteki kur üzerinden Türk lirasına çevrileceği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Katıldığımız görüşe göre yabancı para, eşitlik ilkesi gereğince konkordatonun tasdiki tarihindeki kur üzerinden Türk lirasına çevrilmelidir. Zira konkordatonun tasdik edilmesi halinde alacaklılara konkordato projesine göre ödeme yapılır. Çeviri mümkün olduğu kadar geç yapılırsa, yabancı para alacaklısı alacağını en yakın tarihteki döviz kuruna göre elde edebilir. Konkordato tasdik edilirse yabancı para alacaklısı, borcun ödenmesi için öngörülen vadeler içinde yabancı paranın değeri artsa dahi zarar gördüğü iddiasıyla tazminat talep edemez.

Yabancı para alacağının konkordatoda Türk lirasına çevrilmesi zorunluluğu sadece konkordatoya başvuran borçlu için söz konusudur. Ancak üçüncü kişi borçluya kefil olmuşsa, kefilinin sorumluluğu yabancı para borcu olarak devam eder. Alacaklı kefile karşı icra takibi yapmak isterse, yabancı para alacağının ülke parasına çevrilmesine ilişkin genel kanun hükümleri geçerli olur.

Yabancı para alacakları, konkordato sürecinde takas hakkının kullanılması bakımından da değerlendirilmelidir. Hangi tarihteki kurun esas alınarak takasın gerçekleşeceği tartışmalı olmakla birlikte, katıldığımız görüşe göre, konkordato

mühleti içinde takas hakkının kullanıldığı tarihteki kur üzerinden ülke parasına çeviri yapılmalıdır. Konkordatoya tabi olmayan yabancı para alacakları ise konkordatodan etkilenmeyeceğinden, kural olarak, bu alacakların ülke parasına çevrilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır.

Malvarlığının terki suretiyle konkordatoda, konkordato tasdik kararının kesinleşmesiyle sonuç doğurduğundan ve bu karar kesinleşinceye kadar konkordato mühletinin etkileri devam edeceğinden, tasdik kararının kesinleştiği tarihteki kur dikkate alınarak yabancı para alacaklısının alacak miktarı belirlenmelidir. İflâs içi konkordatoda yabancı para alacaklarının hangi tarihteki kur üzerinden ülke parasına çevrileceği belirlenmelidir. Bu durumda daha önce iflâs kararı verilmiş olduğu için iflâs tarihindeki kur dikkate alınmalıdır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Akil C, *Sorularla Adi Konkordato*, (Adalet 2019).
- Altay S ve Eskioçak A, *Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku*, (4. Baskı, Vedat Kitapçılık 2018).
- Aslan AS, 'Konkordato Mühletinin İşçi Alacaklarına Etkisi' (2019) 142 TBB Dergisi 249-272.
- Atalay O iç Pekcanitez H, Atalay O, Sungurtekin Özkan M ve Özekes M, *İcra ve İflâs Hukuku* (8. Baskı, Oniki Levha 2021).
- Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, *İcra ve İflâs Hukuku*, (3. Baskı, Yetkin 2020).
- Ayan S, 'Yabancı Para Borçlarının İfasi' (2013) 8 (Özel) Journal of Yaşar University 511-570.
- Börü L ve Parlak Börü Ş, 'Konkordatonun Kefalet Sözleşmesine Etkileri', (2020) 78 (3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1239-1277.
- Börü L, 'Adi Konkordatoda Alacaklıların Alacaklarını Bildirmesi' (2019) 10 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 173-186.
- Direnisa E, 'Konkordatoda Takas' (2020) 15 (189) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 493-548.
- Doğan E, *Konkordatonun Tasdiki Yargılaması* (Yetkin 2020).
- Ergün Topçu M, 'İİK Kapsamında İflâs Hukukunda Yabancı Para Borçları Açısından Takasta Özdeşlik Şartı' (2017) 23(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 665-682.
- Erişir E, 'Borçlar Kanunu m 83 f. III ve Türk Borçlar Kanunu m 99 f. III'e Göre Gerçek Olmayan Yabancı Para Alacağının Aynen veya Türk Lirası Üzerinden Tahsili' (2010) 12 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 873-894.

- Ermenek İ, Özdemir U ve Özalp A R, 'Bir Konkordato Nedeni Olarak Borca Batıklığın Tespiti ve Borca Batıklık Halinin Konkordato Sürecindeki Etkileri' (2020) 5 (1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1351-1381.
- Eroğlu O, *Uygulamada Konkordato*, (3. Baskı, Seçkin 2020).
- Hunkeler D, *KurzKommentar Schuldbetreibungs und Konkursgesetz* (2. Auflage, Helbing Lihtenhahn 2014).
- Kale S, *Sorularla Konkordato (İflâs Dışı ve İflâs İçi Adi Konkordato)* (Oniki Levha 2017).
- Kuru B, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, (2013).
- Muşul T, *İflâs ve Konkordato Hukuku* (2. Baskı, Adalet 2019).
- Özkaraca, E, 'Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararın İş Sözleşmelerinde Uygulama Alanı' (2019) 25 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 185-202.
- Öztek S, 'Madde 299-Alacaklıları Alacaklarını Bildirmeye Davet' iç Selçuk Öztek (Edr) *Yeni Konkordato Hukuku*, (2. Baskı, Adalet 2019).
- Pekcanitez H iç Pekcanitez H, Atalay O, Sungurtekin Özkan M ve Özkes M, *İcra ve İflâs Hukuku* (8. Baskı, Oniki Levha 2021).
- Pekcanitez H ve Erdönmez G, *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato* (Vedat 2019).
- Pekcanitez H, *Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukunda Yabancı Para Alacaklarının Tahsili*, (3. Baskı, Yetkin 1998).
- Postacıoğlu İE ve Altay S, *İcra Hukuku Esasları* (5. Baskı, Vedat 2010).
- Postacıoğlu İE, *Konkordato* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1965).
- Reisoğlu S, 'Yeni Medeni Kanun Hükümlerine Göre Yabancı Para İpoteği', *Bankacılar Dergisi* (2003) 45 66-80, https://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Arastirma_ve_Raporlar/safaduz_Aralik2003.doc, Erişim Tarihi 30 Nisan 2021.
- Sarısözen S, *İcra-İflâs ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler* (3. Baskı, Yetkin 2019).
- Stehle B, in Peter Gauch/Viktor Aepli/Hubert Stöckli (Hrsg.), *Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015)* (9. Aufl. Schulthess 2016).
- Şahin, ÇS, *Amerikan Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Konkordato Mühletinin Alacaklılar Yönünden Sonuçları* (Oniki Levha 2020).
- Şit İmamoğlu B, 'Yabancı Para Üzerinden Sözleşme Akdetme Özgürlüğünün Sınırlandırılmasına İlişkin 12 Eylül 2018 Tarihli Cumhurbaşkanlığı Kararı Hakkında Bir Değerlendirme' (2018) 34 (3) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 151-160.
- Talih Uyar, *Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri* (Konya Barosu Yayınları 2018) 114;
- Tanrıver S ve Deyneklı A, *Konkordatonun Tasdiki* (Yetkin 1996).
- Toroslu, VM, *Hukuksal ve Finansal Açısından Konkordato*, (Adalet 2019).
- Tunç Yücel M, *Banka Alacaklarının İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibi*, (On İki Levha 2010).
- Tunç Yücel M, *Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları*, (Oniki Levha 2020).
- Ulukapı Ö, 'Konkordatonun Sonuçları' (2000) 8 (1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Milenyum Armağanı) 9-61.
- Umbach-Spahn B and Kesselbach S, 'Kommentar zu Art 293-304 SchKG' in Jolanta Kren Koskiewicz/Dominik Vock (Hrsg.) *Schulthess Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG* (4. Auflage, Schulthess 2017).

Vergleichsordnung (VerglO) § 34 <https://www.rechtsportal.de/Gesetze/Gesetze/Verfahrensrecht/Vergleichsordnung/Dritter-Abschnitt.-Vergleichsglaebiger/34-Umrechnung-von-Forderungen>,
Erişim Tarihi 19 Nisan 2020.

Yıldırım MK ve Deren Yıldırım N, *İcra ve İflâs Hukuku* (7. Baskı, Beta 2016).



Mirası Reddeden Mirasçının Alacaklılarının TMK m 617 Kapsamında Korunması

Doruk Gönen*

Öz

Mirasın iradi reddi, mirasçının mirası kabul etmeyerek mirasçılık sıfatını ortadan kaldırmaya yarayan bir hukuki yoldur. Miras, kanunda gösterilen usule uyularak, bir sebep göstermeksizin serbestçe reddedilebilir. Hem yasal hem atanmış mirasçılar mirası reddedebilir. Mirasçı atanmanın bir miras sözleşmesiyle yapılması halinde dahi, atanmış mirasçının mirası reddetme hakkı vardır. Uygulamada mirasın reddinin çoğunlukla, mirasçının mirasbırakanla ailevi bağlarının, sosyal ilişkilerinin kopmuş olması, mirasın reddi yoluyla ekonomik durumu bozuk olan diğer mirasçılarının paylarını artırma, mirasın doğrudan reddeden mirasçının altsoyuna geçmesini sağlama gibi sebeplerle yapıldığı görülmektedir. Diğer yandan, mirasçının mirası ret hakkını alacaklılarına zarar vermek amacıyla kullanması halinde ise, dürüstlük kuralıyla bağdaşmayan bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Zira bir kişinin beklenen hak niteliğindeki muhtemel mirasçılık sıfatının, o kişiyle ekonomik ilişkiye girenler gözünde borç ödemedeki güvenilirliği bakımından yaratacağı ilave itibar yadsınamaz. Bu durumda kanun, mirasçının alacaklılarına reddin iptali davası açma hakkı tanımıştır. TMK m 617’de düzenlenen bu davanın açılabilmesi için, mirası reddeden mirasçının malvarlığının borçlarına yetmiyor olması, mirasın alacaklılara zarar vermek amacıyla reddedilmiş olması ve iptal davasını açan alacaklıların alacaklarını karşılamaya yeterli güvence gösterilmemiş olması gerekir. İptal davası, mirasın reddinden itibaren altı aylık hak düşürücü süre içinde mirasbırakanın yerleşim yeri asliye hukuk mahkemesinde açılmalıdır. Davayı, mirasçının iflas etmiş olması halinde iflas idaresi, aksi halde isteyen alacaklılar açar. Tartışmalı olmakla birlikte Yargıtay, iptal davasının mirası reddetmiş mirasçıya ve mirasın reddinden yararlanan kişilere karşı açılması gerektiğini kabul etmektedir. İptal davasının kabul edilmesi halinde, reddi iptal edilen mirasçının miras payı resmi tasfiyeye tabi tutulur. Resmi tasfiye sonucunda elde edilen değerden öncelikle mirasçının alacaklılarının alacakları ödenir. Arta kalan bir değer olursa, ret geçerli olsaydı bundan yararlanacak mirasçılara dağıtılır.

Anahtar Kelimeler

Mirasın reddi, Miras reddin iptali, İptal davası, Alacaklıların korunması, Resmi tasfiye

The Protection of Inheritor Creditors by Refusal of Inheritance Within the Context of Article 617 of the Turkish Civil Code

Abstract

The voluntary refusal of inheritance is a legal way to enable removing the title of heir by not accepting the inheritance. Inheritance can freely be refused without providing any reason, only by conforming to the procedure specified by the law. However, the heir’s use of this right to refuse inheritance with the aim of damaging his creditors does not comply with the rule of honesty. In such a case, the law has given such an heir’s creditors the right to file a lawsuit. In order to bring about this action regulated in Article 617 of the Turkish Civil Code, the assets of the heir rejecting the inheritance should not be sufficient to cover the debt, the inheritance should be refused for harming the creditors, and the creditors bringing about the action of nullity must not have provided enough security to cover their receivables. The nullity action should be introduced to the Civil Court of First Instance located in the settlement of the legator within the peremptory time limit of six months from the rejection of the inheritance. The case is filed by the bankruptcy administration in the case

* Sorumlu Yazar: Doruk Gönen (Doç. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye.
E-posta: dgonen@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0002-3656-3556

Atf: Gönen D, “Mirası Reddeden Mirasçının Alacaklılarının TMK m 617 Kapsamında Korunması” (2022) 80(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 847. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.3.0005>



of the heir's bankruptcy, otherwise it is filed by the willing creditors. Although contentious in doctrine, the Supreme Court accepts that the nullity action may be filed against an heir who's refused inheritance and those benefitting from this refusal of inheritance. Upon acceptance of the nullity action, the share of the inheritance belonging to the heir whose rejection has been cancelled is subject to an official liquidation. The receivables of the heir's creditors are paid first from the value obtained upon the official liquidation. Any remaining value is then distributed amongst the heirs who would have benefitted from it had the rejection remained valid.

Keywords

Refusal of inheritance, Nullity of the disclaimer of inheritance, Nullity action, Protection of the creditor, official liquidation

Extended Summary

The voluntary refusal of inheritance is a legal process enabling one to remove the title of heir by not accepting the inheritance. However, sometimes in practice the heir is encountered to refuse the inheritance maliciously in order to deny goods to creditors. In such a case, the law has given creditors of the heir the right to file a lawsuit to nullify the refusal of inheritance.

In order to file an action for annulment of denial of inheritance as regulated in Article 617 of the Turkish Civil Code, the following three conditions must be met:

- The assets of the heir refusing the inheritance should not be enough to meet the debt. The heir needs to have not had a certificate of insolvency for not paying the debt nor a bankruptcy decision in the heir's name. The plaintiff creditor must be able to provide sufficient evidence to the judge by revealing that the heir who has refused inheritance has done this in order not to pay the heir's debt, that the heir has unjustly rejected payment requests from the creditor prior to refusal, and that the heir has undergone enforcement proceedings.
- The heir must refuse the inheritance in order to harm the creditors. The presence of the intention of harm must be determined objectively in a concrete case.
- The creditors who have filed the action for nullity must not have had sufficient security for covering their receivables. The assurance can be given by the defendant or a third party before or after the nullity action filing has been introduced.

The nullity action must be introduced to the Civil Court of First Instance located in the settlement of the legator within the peremptory time limit of six months from the refusal of inheritance. The case is opened by the bankruptcy administration in cases of heir bankruptcy, and by the willing creditors otherwise.

Whom the action for nullity of refusal should be introduced against is disputable. One opinion says the case for the nullity of refusal should be introduced against the heir who has refused inheritance. Another opinion states the action should be brought

against those benefiting from the refusal being requested for cancellation. According to the view adopted by the Court of Cassation, the refusal case should be introduced against the heir who has refused the inheritance *and* against all the people benefiting from the refusal of inheritance.

At the end of the case, the first result of the court's decision of annulment is the official liquidation. In case the testator has more than one heir and only the refusal of one of these heirs has been cancelled, whether the entire estate or only the inheritance share of the heir whose rejection has been canceled will be subject to official liquidation becomes open to dispute. In one opinion, the official liquidation can be realized in terms of the whole estate. According to another opinion with which the Court of Cassation has also agreed, only the inheritance share of the heir whose rejection has been canceled should be subject to official liquidation; otherwise, the heirs having accepted the inheritance would be damaged due to the official liquidation.

Any money still remaining after the payment of the receivables related to these creditors has been paid gets distributed among the inheritors who would have received it had the refusal of inheritance remained valid. After completion of the official liquidation, the phase begins in which the heir whose rejection has been cancelled makes the payment toward the receivables due to the heir creditors. According to the order specified in the law, the receivables of the creditors who have filed an action for the annulment of the refusal should be paid first and foremost. In case the money at hand is insufficient for covering the entire receivables of these creditors, the creditors are to rest satisfied in the proportion of their receivables. If any money is still left after the payment of the receivables related with these creditors, the receivables of the other creditors of the heir whose refusal has been revoked who have not filed a nullity action are then paid. Thus, priority has been provided to the creditors who filed for the nullity of refusal over the heir's other creditors. If the refusal is nullified as a result of a lawsuit filed by the bankruptcy administration and an amount falls to the share of the heir whose refusal has been nullified as a result of the official liquidation, this value is added to the bankruptcy table and becomes divided among the creditors registered to the bankruptcy office in proportion to their receivables due.

If any value still remains after the payment of the heir's debts to the creditors, this amount is distributed to the heirs who would have benefitted from it had the refusal of inheritance remained valid. The heir whose refusal of inheritance has been determined by the court to have been malicious is thus nullified and punished.

Mirası Reddeden Mirasçının Alacaklılarının TMK m 617 Kapsamında Korunması

Giriş

Türk Medeni Kanunu'nun¹ (kısaca, TMK) 605-618. maddeleri arasında düzenlenen mirasın reddi (*la répudiation*), mirasçıya, mirası kabul etmeyerek mirasçılık sıfatını ortadan kaldırma imkanı veren bir hukuki yoldur². Bu tanımdan da anlaşıldığı üzere, kural olarak mirasın reddi, mirasçının mirası ret yönündeki iradesini usulünce açıklaması sonucunda ortaya çıkar (TMK m 609). Ancak istisnai olarak, ölümü tarihinde mirasbırakanın ödemedi aczi açıkça belli veya resmen tespit edilmiş ise, mirasçının mirası ret yönünde irade açıklamasına gerek olmaksızın, miras reddedilmiş sayılır (TMK m 605/2). Doktrinde, mirasın reddinin olağan hali olan birinci ihtimalin *mirasın gerçek reddi (hakiki ret, iradi ret, olağan ret)*, mirasın reddi sonucunun kanun (kanuni karine) gereği kendiliğinden ortaya çıktığı ikinci ihtimalin ise *hükmi ret (hükmen ret, zimni ret, olağandışı ret, karinesel ret)* olarak isimlendirildiği görülmektedir³.

Hem yasal hem atanmış mirasçılar mirası reddedebilir (TMK m 605/1). Mirasçı atamanın bir miras sözleşmesiyle yapılması halinde dahi, atanmış mirasçının mirası reddetme hakkı vardır⁴. Lehine mal vasiyetinde bulunulan vasiyet alacaklısının (musaleh) ise mirası reddi söz konusu olmaz, ancak lehine yapılan vasiyeti reddedebilir (TMK m 616). Bununla birlikte, çoğu zaman buna gerek yoktur. Zira vasiyet edilen hakkın kendisine kazandırılmasına yönelik kişisel istem hakkını vasiyet borçlusuna

¹ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 8.12.2001/24607.

² Tanımlar için bkz Zahit İmre ve Hasan Erman, *Miras Hukuku* (13. Basım, Der 2017) 355; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku* (3. Bası, Filiz 1987) 600; Mustafa Dural ve Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku* (15. Bası, Filiz 2020) 410; M. Kemal Oğuzman, *Miras Hukuku* (6. Bası, Filiz 1995) 288; Fikret Eren ve İpek Yücer Aktürk, *Türk Miras Hukuku* (3. Baskı, Yetkin 2020) 499; Mehmet Ayan, *Miras Hukuku* (10. Baskı, Adalet 2020) 323; Aydın Erbrar Günel, *Mirasın Reddi ve Hukuki Sonuçları* (2. Baskı, Platon 2020) 21; Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m 575-639) Cilt-II* (On İki Levha 2020) 517; Hasan Özkan, *Türk Medeni Yasası ve Uygulaması 5. Cilt Miras Hukuku* (Legal 2017) 3417; Osman Hoşlan, 'Mirasçının Alacaklısının Mirasın Reddini İptal Ettirebilmesi Hakkı', (1992) 18 (3) Yargıtay Dergisi 318, 318; Gökhan Şahan, 'Mirası Reddeden Mirasçının Alacaklılarının Korunması', (2020) 15 (1) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 3; Paul Piotet, *Précis de droit successoral* (Deuxième édition, Stämpfli 1988) 105; Jean Guinand ve Martin Stettler, *Droit civil: Successions (art. 457-640 CC)* (Cinquième édition, Éditions Universitaires Fribourg 2003) 207; André Cordey, *Les droits des créanciers personnels de l'héritier d'après le code civil suisse Art. 524, 578, 609, al. 1* (La concordie, Lausanne 1923) 63.

³ Rona Serozan ve Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku* (7. Baskı, Seçkin 2021) 518; Oğuzman (n 2) 288; İmre ve Erman (n 2) 355; Dural ve Öz (n 2) 410; Kocayusufpaşaoğlu (n 2) 601; Ahmet Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (10. Bası, Turhan 2019) 316; Eren ve Yücer Aktürk (n 2) 499; Ali Naim İnan, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, *Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku* (10. Bası, Seçkin 2019) 506; Bilge Öztan, *Miras Hukuku* (11. Bası, Yetkin 2020) 386; Ayan (n 2) 320; Çabri (n 2) 519; Şahan (n 2) 4; Aydın Aybay, *Miras Hukuku Dersleri* (Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 2002) 91; Gökhan Antalya, *Miras Hukuku* (4. Baskı, Seçkin 2019) 430; Erhan Günay, *Miras Hukukunda Mirasçılardan Sorumluluğu ve Alacaklıların Korunması* (Seçkin 2019) 116; Günel (n 2) 47 ve 94; Hasan İşgüzar, Mehmet Demir ve Süleyman Yılmaz, *Miras Hukuku* (Yetkin 2019) 146; İlhan Helvacı, *Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Reddi (MK. m 605-MK. m 618)* (Filiz 2002) 9.

⁴ İmre ve Erman (n 2) 355; Hüseyin Hatemi, *Miras Hukuku* (9. Baskı, XII Levha 2021) 151; Helvacı (n 3) 224 dn 542. Bir şahsın hem kanuni mirasçı, hem mansup mirasçı sıfatı ile mirasta hak sahibi olması halinde, bir sıfatla mirasçılığı kabul ve diğer sıfatla iktisap ettiği miras hakkını reddetmesinin mümkün olduğu, bu halde bir kısmi reddin söz konusu olmayacağı yönünde, Oğuzman (n 2) 289 dn 114.

karşı ileri sürmeyerek veya vasiyet borçlusunu bu borçtan ibra ederek bu sonucu sağlayabilir⁵.

Mirasın reddi sadece mirasçı sıfatına sahip bir kişi tarafından yapılabileceği ve kimin mirasçı sıfatına sahip olduğu mirasbırakanın ölüm anına göre belirleneceği için, mirasın reddi ancak mirasbırakanın ölümünden sonra yapılabilir. Kanun, mirasın reddine ilişkin beyanın üç aylık hak düşürücü süre içinde yapılması gerektiğini kabul etmiştir; bu süre, yasal mirasçılar için mirasçı olduklarını daha sonra öğrendikleri ispat edilmedikçe mirasbırakanın ölümünü öğrendikleri, atanmış mirasçılar için ise, mirasbırakanın mirasçı atamaya yönelik tasarrufunun kendilerine resmen bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar (TMK m 606). İstisnai olarak önemli sebeplerin varlığı halinde sulh hakimi, yasal ve atanmış mirasçılara tanınmış olan ret süresini uzatabilir veya yeni bir süre tanıyabilir (TMK m 615).

Mirası reddin olağan yolu olan gerçek ret, mirası reddetmek isteyen mirasçının sulh mahkemesine mirası kayıtsız ve şartsız olarak reddettiğine ilişkin sözlü veya yazılı beyanda bulunması yoluyla gerçekleştirilir. Mirası reddetmek isteyen mirasçının usulünce yapılmış ret beyanı üzerine, mirasın reddedilmiş olduğu mirasın açıldığı yerin sulh mahkemesince özel kütüğüne yazılır. Talebi halinde reddeden mirasçıya mirası reddettiğine ilişkin bir belge verilir (TMK m 609). Mirasın reddi beyanı sırasında ve sonrasında uyulması gereken bu esasların, Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük'ün⁶ 38 ve 39. maddelerinde detaylandırıldığı görülmektedir.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, mirası reddetmek isteyen mirasçının ret için geçerli bir sebebe dayanma zorunluluğu, hatta mirasın reddi beyanında bulunurken bir sebep gösterme ihtiyacı dahi bulunmamaktadır. Bununla birlikte uygulamada mirasın reddinin çoğunlukla mirasçının mirasbırakanla ailevi bağlarının, sosyal ilişkilerinin kopmuş olması, mirasın reddi yoluyla ekonomik durumu bozuk olan diğer mirasçıların paylarını arttırma, mirasın doğrudan reddeden mirasçının altsoyuna geçmesini sağlama gibi sebeplerle yapıldığı görülmektedir.

Diğer yandan, bir kişinin beklenen hak niteliğindeki muhtemel mirasçılık sıfatının, o kişiyle ekonomik ilişkiye girenler gözünde borç ödemede güvenilirliği bakımından yaratacağı ilave itibar yadsınmaz. Bu gerçeğe rağmen, uygulamada mirasın reddi yoluna gidilmesinin bir diğer sebebi olarak karşımıza, borçları bulunan bir mirasçının kendi miras payına isabet edecek malvarlığının alacaklılarına gitmesini engelleme isteği çıkmaktadır. Bu gibi durumlarda miras hakkını alacaklılarından kaçırmak isteyen mirasçı mirası reddederek mirasçılık sıfatını ortadan kaldırmakta, bununla birlikte

⁵ Vasiyet alacaklısının lehine yapılan mal vasiyetini reddi hakkında detaylı açıklamalar için, bkz Helvacı (n 3) 203 vd; Günel (n 2) 91 vd; Ayan (n 2) 335.

⁶ Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük, Bakanlar Kurulu Kararının Tarihi: 21.7.2003, No: 2003/5960, Dayandığı Kanunun Tarihi: 22.11.2001, No: 4721, RG 10.8.2003/25195.

çoğu zaman diğer mirasçılarla anlaşarak perde gerisinde reddettiği miras hakkının ekonomik faydalarından kayıt dışı yollarla yararlanmaya devam edebilmektedir. İşte mirası ret hakkının bu ve benzeri şekillerde mirasçının alacaklılarını zarara uğratmak için kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla, mirasçının alacaklılarına belirli koşullar altında [redde itiraz ederek mirası reddin iptalini sağlama hakkı tanınmıştır. Bu çalışmanın amacı, TMK m 617’de tanınan mirası reddin iptalini talep hakkının hangi şartlarda kullanılabilirliğinin ve alacaklıların bu talebine bağlı olarak mirası reddin iptal edilmesi halinde, buna bağlanacak hukuki sonuçların doktrindeki görüşler ve Yargıtay uygulaması dikkate alınarak açıklığa kavuşturulmasıdır.

Konunun incelenmesine geçmeden önce belirtmek gerekir ki, Yargıtay’a ve doktrine göre, mirası reddin iptalinin, İcra İflas Kanunu’nun⁷ (kısaca, İİK) 280. maddesi gereğince tasarrufun iptali davası (*actio pauliana*) yoluyla talep edilmesi de mümkündür⁸. Bu çalışmanın konusunu, mirası reddin TMK m 617’ye dayalı olarak iptali şartları ve sonuçları oluşturduğu için, mirası reddin iptalinin İcra İflas Kanunu’nda düzenlenen tasarrufun iptali davası yoluyla talep edilebilmesine ilişkin esaslara, TMK m 617 ile karşılaştırmak amacıyla sınırlı olarak yer verilmiştir.

I. Genel Olarak

Mirası reddeden mirasçının alacaklılarının korunmasına ilişkin düzenleme, TMK m 617’de yer almaktadır. *Mirasçılarının Alacaklılarının Korunması* başlıklı TMK m 617’ye göre,

⁷ İcra ve İflas Kanunu, Kanun Numarası: 2004, Kabul Tarihi: 9.6.1932, RG 19.6.1932/2128.

⁸ Yargıtay HGK, 17-596/641, 08.12.2010, (2013) 87 (1) İstanbul Barosu Dergisi 285-286: “... *Medeni Yasa'nın öngördüğü koşullar oluşmadan* [Kararın bütünü okunduğunda, bu ifadeyle TMK m 617’ye göre iptal şartlarının gerçekleştiği denilmek istediği anlaşılmaktadır.] *mirasın reddine dair işlemin terekenin açılmasıyla borçlunun aktifine geçecek olan mal, para vs. değerlerin karşılıksız olarak diğer mirasçılara geçişini sağlayacak olduğundan, koşullarının varlığı halinde İİK'in 277 ve devamı maddeleri uyarınca iptale konu olabilecek tasarruflardan olduğu halde mirasın reddi işleminin iptale tabi bir tasarruf olarak kabul edilmemesi de doğru bulunmamıştır...*”. TMK m 617’nin İİK m 280’e oranla özel bir hüküm olduğu, dolayısıyla alacaklıların TMK m 617’nin yanı sıra İİK m 280’e dayanarak iptal davası açmasının mümkün olmadığı yönündeki düşüncenin isabetli olmadığı, alacaklıların özellikle TMK m 617’deki altı aylık süreyi kaçırdıktan İİK m 280’e dayanarak iptal davası açma hakkına sahip olması gerektiği yönünde, bkz Helvacı (n 3) 212-213 dn 536; Koşulları ve davalıları değişik bu iki davanın yanıştırılmasının olanaklı olduğu yönünde, bkz Serozan ve Engin (n 3) 524; TMK m 617 hükmünün, alacaklılara, kendilerinden mal kaçırma yönelik işlemlere girişen kötüniyetli kişilere karşı miras hukuku alanında ekstra bir hukuki koruma sağlamak amacıyla yasaya konulduğu, dolayısıyla koşulları gerçekleştiği takdirde TMK m 617 ile İİK m 280’e dayanan taleplerin yarışabileceği yönünde, bkz Baygın (n 8) 136-137; Mirasçının alacaklılarının TMK m 617’ye göre mirası reddin iptali davası açabileceği gibi, İİK m 277 vd’na göre tasarrufun iptali davası da açabileceği, bu iki davanın yarışmasının mümkün olduğu yönünde, bkz Çabri (n 2) 669-670; Bu iki dava hakkının yarışmasının veya iki talebin terditli olarak ileri sürülmesinin mümkün olduğu yönünde, bkz İdil Tuncer Kazancı ve Bahar Öcal Apaydın, ‘Mirasçılarının Alacaklılarını Koruyan Davalar ile Tasarrufun İptali Davası İlişkisi’, (2015) 2 (Özel Sayı) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 775, 794-795; Mirasçının alacaklılarının sadece altı aylık sürenin geçmesi nedeniyle değil, mirasın paylaşılmış olması nedeniyle resmi tasfiyenin imkansız hale geldiği durumlarda da, İİK m 578’e dayanarak yerine tasarrufun iptali davası açmakta menfaat sahibi olabilecekleri, bu nedenle alacaklıların hangi davanın daha lehlerine olduğunu gözeterek bu iki dava arasında seçim hakkına sahip olması gerektiği yönünde, bkz Cordey (n 2) 96. TMK m 617’nin karşılığı olan İİK m 578’in İİK m 280’in karşılığı olan LP (Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite) m 288’e göre özel hüküm (*lex specialis*) niteliğinde olduğu ve bu hükmün uygulanmasını engelleyeceği yönünde farklı görüş için, bkz Paul Piotet, *Traité de droit privé suisse Tome IV Droit successoral* (Éditions Universitaires Fribourg 1975) 576; Piotet (n 2) 110; Suzette Sandoz, *Commentaire romand, Pichonnaz - Foëx - Piotet* (Éditeurs), *Code civil II Art. 457 - 977 CC - Art. 1 - 61 Tit. fin. CC* (Helbing Lichtenhahn, Bâle 2016) 799.

“Malvarlığı borcuna yetmeyen mirasçı, alacaklılarına zarar vermek amacıyla mirası reddederse; alacaklıları veya iflâs idaresi, kendilerine yeterli bir güvence verilmediği takdirde, ret tarihinden başlayarak altı ay içinde reddin iptali hakkında dava açabilirler.

Reddin iptaline karar verilirse, miras resmen tasfiye edilir.

Bu suretle tasfiye edilen mirastan reddeden mirasçının payına bir şey düşerse bundan, önce itiraz eden alacaklıların, daha sonra diğer alacaklıların alacakları ödenir. Arta kalan değerler ise, ret geçerli olsa idi bundan yararlanacak olan mirasçılara verilir.”

Düzenlemeden anlaşıldığı üzere, mirası reddeden mirasçının alacaklılarının korunması, belirli koşulların ortaya çıkmasıyla birlikte kendiliğinden gerçekleşmemektedir. Alacaklılara sağlanan koruma, mirasın borçlu mirasçı tarafından alacaklılara zarar vermek amacıyla kötüniyetli şekilde reddedilerek malvarlığının kendisine kalan miras yoluyla artmasına engel olunması halinde, TMK m 617’ye göre reddin iptali davası açma hakkı tanınması yoluyla sağlanmıştır⁹. Borçlu mirasçının mirası reddinin iptali talepli bu dava, hukuken bozucu yenilik doğuran bir hakkın dava yoluyla kullanılması anlamına gelmektedir¹⁰.

TMK m 617’nin birinci fıkrasında, alacaklıların korumayı reddin iptaline yönelik bir dava açarak sağlayabilecekleri ve bu iptal davasının hangi şartlarda açılabileceği düzenlenmiştir. Düzenlemenin ikinci ve üçüncü fıkralarında ise, mahkemece reddin iptaline karar verilmesi halinde buna bağlanacak hukuki sonuçlar açıklanmıştır. Çalışmada, düzenlemenin sistematığına de uygun olarak, öncelikle, başta mirası reddin iptaline yönelik davanın şartları olmak üzere iptal davasının özellikleri, devamında ise mahkemenin vereceği iptal kararına bağlı olarak doğacak hukuki sonuçlar detaylı olarak ele alınacaktır.

Çalışmanın asıl konusunu oluşturan TMK m 617’ye göre mirası reddin iptali davasını incelemeye başlamadan önce, bu davanın, mirası reddin hükümsüzlüğünün tespiti davası ile farkını ortaya koymak gerekir. TMK m 617’ye göre açılan reddin iptali davasının konusu, kanunda öngörülen maddi ve şekli geçerlilik şartlarını taşıyan bir ret işleminin iptalini amaçlamaktadır. Mirası reddin hükümsüzlüğünün tespiti davası ise, ret işleminin kanunda öngörülen geçerlilik şartlarını taşımaması, örneğin reddin ret süresi geçtikten sonra yapılması (TMK m 606/1), ret beyanının kayda veya şarta

⁹ TMK m 617’ye karşılık gelen mülga Medeni Kanun m 557’de, alacaklılar ve iflas masası bakımından mirasın reddine *“itiraz edebilirler”* şeklinde bir ifadeye yer verilmişti. Eski Medeni Kanun’da bu ifadenin tercih edilme sebebinin, mehzaz İsviçre Medeni Kanunu m 578’in Fransızca metninde yer alan *“le droit d’attaquer”* şeklindeki düzenleme olduğu düşünülebilir. Mülga Medeni Kanun m 557’deki yanlış anlaşılmaya sebep olabilecek *“itiraz edebilirler”* şeklindeki ifade yerine, TMK m 617’de *“reddin iptali hakkında dava açabilirler”* yönünde bir düzenlemeye yer verilerek, bu hakkın dava yoluyla kullanılabilmesinin açıkça belirtilmesi isabetli olmuştur. Nitekim TMK m 617’nin gerekçesinde de, *“Maddenin birinci fıkrasındaki ‘itiraz’ sözcüğü yerine, kaynak Kanunun Almanca metninde daha isabetli olarak kullanılan ‘Anfechtung’ karşılığı olarak ‘iptâl’ sözcüğü konulmuştur.”* yönünde bir açıklamaya yer verildiği görülmektedir.

¹⁰ Öztan (n 3) 402; Çabri (n 2) 668; Tuncer Kazancı ve Öcal Apaydın (n 8) 788. Reddin iptali davasının yenilik doğuran bir dava olduğu, zira ret işleminin iptali ile mirasın resmen tasfiyesine karar verildiği ve böylece yeni bir hukuki durum yaratıldığı yönünde, bkz Cem Baygın, *Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması* (Seçkin 2005) 132; Şahan (n 2) 19; Hoşlan (n 2) 322-323.

bağlanması (TMK m 609/2), reddin ret hakkı düşmesine rağmen yapılması (TMK m 610/2) gibi durumlarda başvurulabilecek bir davadır. Bu geçersizlik şartlarından birinin bulunmasına rağmen mirasçı mahkemeye başvurarak mirası reddinin tescilini sağlayabilmişse, hukuka aykırı bu reddin hükümsüzlüğünün tespiti davası yoluyla reddin etkisiz kılınması sağlanabilecektir. TMK m 617'ye göre açılacak reddin iptali davasından farklı olarak, hükümsüzlüğün tespiti davasının herhangi bir hak düşürücü süreye bağlı olmaksızın, hem mirasçının hem de mirasbırakanın alacaklıları tarafından açılması mümkündür. Bir diğer farklılık olarak, hükümsüzlüğün tespiti davasının kabul edilmesi halinde mirasın resmi tasfiyesi yoluna gidilmeyecek, reddin hükümsüzlüğünün tespiti sonucunda geçersiz ret beyanında bulunan mirasçının mirasçılık sıfatının kesinleşmesiyle birlikte, alacaklıları hem o mirasçının miras payına hem de kişisel malvarlığına başvurma imkanına kavuşacaklardır¹¹.

II. Mirası Reddin İptali Davası

A. Reddin İptali Davasının Şartları

1. Mirası Reddeden Mirasçının Malvarlığının Borçlarına Yetmiyor Olması

Mirası reddin iptali davasının kabul edilebilmesi için TMK m 617/1'de belirtilen ilk şart, mirası reddeden mirasçının malvarlığının borçlarına yetmiyor olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, mirası reddeden mirasçının malvarlığındaki aktiflerin pasifleri karşılamıyor olması gerekir. Nitekim böyle bir dava hakkının reddi yapan mirasçının alacaklılarına tanınmasının altında yatan esas sebep, malvarlığının içinde bulunduğu bu durumda kendisine kalan mirası borçlarını ödemek için bir şans olarak görmesi beklenen mirasçının, bunun yerine mirası reddetme yolunu seçmesidir. Reddeden mirasçının iradesinden bağımsız olarak doğrudan malvarlığına ilişkin bir şart olması nedeniyle, bu şartın, reddin iptali davasının objektif şartı olarak görülmesi mümkündür.

Mirası reddeden mirasçının malvarlığının borçlarını karşılamıyor olması durumunun, mirasçının malvarlığının hangi andaki hali dikkate alınarak tespit edileceği meselesi, önemli bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanunda bu konuda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu noktada mirasbırakanın ölümü, yani terekenin açılarak mirasçı sıfatının kazanılma anı veya reddin iptali davasının açılma anı gibi alternatifler akla gelebilir. Ancak dikkate alınması gereken doğru anın, mirasın reddi anı olduğunun kabulü isabetli olur¹². Zira iptal davasının diğer bir şartı, mirası

¹¹ Baygın (n 8) 132-133; Şahan (n 2) 35-36.

¹² İnan, Ertaş ve Albaş (n 3) 520; Helvacı (n 3) 215; Baygın (n 8) 144; Çabri (n 2) 674; Özkan (n 2) 3493; Hoşlan (n 2) 324; Şahan (n 2) 12; Sandoz (n 8) 795; Yargıtay 14 HD, 18136/368, 19.1.2017, Özkan (n 2) 3498: "Davacı tarafından borçlu mirasçı hakkında "aciz vesikası" alınmamış olduğuna göre, mahkemece, davalının şahsi malvarlığının ret tarihindeki değeri tespit edilip, bu malvarlığının borcunu karşılamaya yeterli olup olmadığının usulünce araştırılıp saptanması...". Yargıtay 14 HD, 3851/4083, 16.6.2021, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı: "Davacı tarafından borçlu mirasçı hakkında "aciz vesikası" alınmamış olduğuna göre, mahkemece, davalının şahsi malvarlığının ret tarihindeki değeri tespit edilip, bu malvarlığının borcunu karşılamaya yeterli olup olmadığının usulünce araştırılıp saptanması; yeterli olması halinde veya yeterli olmamasına karşın davalının yeterli güvence göstermesi halinde talebin reddine karar verilmesi gerekir."

reddeden mirasçının alacaklılarına zarar vermek amacıyla hareket etmesi olduğuna göre, bu amaç ancak mirasın reddi anında malvarlığının borçları karşılamaya yetmiyor olması halinde söz konusu olabilir. Bu nedenle, mirasın reddi öncesinde bazı mali güçlükler yaşamış mirasçının ekonomik durumu mirasın reddi anında düzelmişse, örneğin hakkında daha önce alınmış borç ödemediği aciz belgesinin mirasın reddi anında hükmü kalmamışsa ya da mirasın reddi anında iyi olan maddi durumu sonradan bozulmuşsa, düzenlemede aranan bu şart gerçekleşmemiş kabul edilmelidir.

Mirasçıya karşı alınmış bir borç ödemediği aciz belgesinin bulunması ya da mirasçı hakkında iflas kararı verilmiş olması hallerinde, mirasçının malvarlığının borçlarını ödemeye yetmediği kesin olarak söylenebilir. Çünkü bu iki ihtimalde, malvarlığının borçları karşılamaya yetmiyor oluşu resmen tespit edilmiş durumdadır.

Bununla birlikte düzenlemede böyle bir resmi tespitin şart koşulmadığı, malvarlığının borcuna yetmiyor olmasının yeterli kabul edildiği görülmektedir. Böylece, mirasçı hakkında alınmış bir aciz belgesi veya iflas kararı bulunmasa da, reddin iptali kararı verilebilecektir. Ancak bu durumda reddin iptalinin talep edildiği mahkemenin mirasçının malvarlığı durumunu incelemesi ve buna göre bir sonuca ulaşması gerekir¹³. Mahkemece yapılan incelemede reddeden mirasçının malvarlığının aktiflerinin pasiflerini karşılamakta yetersiz kaldığının tespit edilmesi ve diğer şartların da varlığı halinde, reddin iptali kararı verilebilecektir.

Mirası reddeden mirasçı hakkında alınmış bir aciz belgesi veya iflas kararı bulunmadığı için mirasçının malvarlığının reddin iptalinin talep edildiği mahkemece değerlendiriliyor olması halinde, mirasçının malvarlığının borçlarını karşılamaya yetmediğini, reddin iptalini talep eden alacaklının ispatlaması gerekir¹⁴. Doğal olarak davacı alacaklının mirasçının hakimiyet alanındaki bu durumu kesin delillerle ispatlaması beklenemez. Bu nedenle, mirasçının malvarlığının borçlarını karşılamaya yetmediğine yönelik ispat araçlarının yetersiz olması halinde, davacı alacaklının, reddeden mirasçının borçlarını ödememek için ortadan kaybolduğunu, ret öncesinde ödeme taleplerini haksız olarak geri çevirdiğini, icra takiplerine uğradığını ortaya

¹³ Yargıtay 8 HD, 8328/1216, 27.01.2014, Ömer Uğur Gençcan, *Miras Hukuku* (3. Baskı, Yetkin 2016) 1231: “Şu halde, kötü niyetle reddeden söz edilebilmesi için reddeden mirasçının mal varlığının borcunu karşılamaya yetmediğinin sabit olması gerekir. (TMK. m 617) Onun için her şeyden önce davalı durumunda bulunan mirasçının mal varlığının borcunu karşılamaya yeterli olup olmadığı hususunun etraflı şekilde araştırılıp tespit edilmesi zorunludur.”; Yargıtay 8 HD, 4831/2561, 17.02.2013, Gençcan (n 6) 1232: “Şu halde, kötü niyetle reddeden söz edilebilmesi için, reddeden mirasçının mal varlığının borcunu karşılamaya yetmediğinin sabit olması gerekir. (TMK. m 617) Onun için her şeyden önce davalı durumunda bulunan mirasçının mal varlığının borcunu karşılamaya yeterli olup olmadığı hususunun etraflı şekilde araştırılıp tespit edilmesi zorunludur. İcra takibinin uzun süre devam etmesi, tek başına acze delalet etmez. Zira aczin ne suretle gerçekleşeceği İcra İflas Kanunu’nda gösterilmiştir. (İc.İf.K. m 105 ve 143) Davacı tarafından borçlu mirasçılar hakkında “aciz vesikası” alınmamış olduğuna göre, Mahkemece, davalıların şahsi malvarlığının ret tarihindeki değeri tespit edilip, bu mal varlığının borçları karşılamaya yeterli olup olmadığının usulünce araştırılıp saptanması; yeterli ise talebin reddi, yeterli olmadığının görülmesi halinde ise, davalılar da yeterli güvence göstermediği takdirde reddin iptaline karar verilmesi gerekir.”

¹⁴ Baygın (n 8) 145; Helvacı (n 3) 215; Tuncer Kazancı ve Öcal Apaydın (n 8) 790 dn 55; Özkan (n 2) 3493; Şahan (n 2) 13; Çabri (n 2) 673; Cordey (n 2) 66.

koyarak¹⁵, hakimde yeterli kanaatin oluşmasını sağlamasını ispat bakımından yeterli kabul etmek gerekir¹⁶.

Bu noktada mirası reddeden mirasçının malvarlığının borçlarına yeterliliği incelenirken, reddin önce doğan bütün alacaklar, muaccel olsun ya da olmasın, bir davaya ya da takibe konu edilmiş olsun ya da olmasın dikkate alınmalıdır¹⁷. Bununla birlikte, henüz muaccel olmamış borçlar bakımından borcun muaccel olacağı tarihte mirasçının yeterli mala sahip olma ihtimali varsa, reddin iptali istemi reddedilmelidir¹⁸.

Mirasçının borcunun eksik borç niteliğinde olması, mirası reddin iptali davası açmaya engel teşkil etmez. Çünkü bu nitelikte borçlar da geçerli olarak ifa edilebilir. Bununla birlikte, açılan iptal davasında reddeden mirasçının bu konudaki defî hakkını ileri sürmesi halinde, reddin iptali talebi reddedilmelidir¹⁹.

2. Mirasın Alacaklılara Zarar Vermek Amacıyla Reddedilmesi

Mirası reddin iptali davasının kabul edilebilmesi için TMK m 617/1’de aranan ikinci şart, mirasçının mirası alacaklılarına zarar vermek amacıyla (*in fraudem creditorum*) reddetmiş olmasıdır. Bu şartın doğrudan reddeden mirasçının iradesiyle bağlantılı olması nedeniyle, reddin iptali davasının sübjektif şartı olarak nitelendirilmesi mümkündür.

Mirası reddeden mirasçının malvarlığının borçlarına yetmiyor olması yanında, mirasın alacaklılara zarar vermek amacıyla reddinin de bir dava şartı olarak aranmasının sebebi, aslında mirasçının mirası kural olarak gerekçe göstermeksizin ret hakkının bulunmasıdır. Mirasın alacaklılara zarar vermek amacıyla reddedilmesi, mirasçının bu iradesinin kınanabilir görülmesi nedeniyle, gerekçe göstermeksizin ret hakkı tanınmasına getirilmiş bir istisnadır²⁰. Diğer bir ifadeyle bu şart, mirasın reddi için normalde hiçbir gerekçe göstermek zorunda olmayan mirasçının mirası reddinin iptalinin hakkaniyete uygun hale gelmesini sağlamaktadır. Bu yönüyle TMK m

¹⁵ Yargıtay 2 HD, 931/6720, 6.4.2010, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “Davalı borçlunun miras bırakan babasından intikal edecek taşınmazlar dışında, kendisine ait Sulusaray Köyü parsel 400 (1/2 hisse), 407 (2/6 hisse) ve 2823 nolu taşınmazlarının davalının başka bir alacaklıya (Medaş) olan borcu nedeniyle Nevşehir 1. İcra Müdürlüğünün 2006/479 esas sayılı takip dosyası ile 22.845,15 TL alacak için haczedildiği, benzer şekilde başka alacaklılara olan borçlar nedeniyle 400 ve 407 nolu parsellerin Nevşehir 1. İcra Müdürlüğünün 2002/98 esas sayılı takip dosyası ile 10.000,00 TL alacak için, Nevşehir 2. İcra Müdürlüğünün 2003/2204 esas sayılı takip dosyası ile de 7.053,00 TL alacak için haczedildiği, aynı zamanda 2823 parsel nolu taşınmaz üzerine Ziraat Bankası lehine ipotek tesis edildiği anlaşılmaktadır. Bu suretle, mirası red eden borçlu davalının malvarlığının borcuna yetmediği belirlenmiştir.”

¹⁶ Helvacı (n 3) 215-216; Şahan (n 2) 13; Cordey (n 2) 66.

¹⁷ Çabri (n 2) 674.

¹⁸ Hoşlan (n 2) 324; Şahan (n 2) 13-14.

¹⁹ Çabri (n 2) 674.

²⁰ Yargıtay 6 HD, 2964/6143, 18.04.2012, Günay (n 3) 136-137: “Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. (TMK m 2). Mirasçı alacaklılarına zarar vermek amacıyla mirası reddederse, alacaklılar ret tarihinden itibaren altı ay içinde reddin iptali hakkında dava açabilirler.”

617 hükmünün, TMK m 2’de düzenleme altına alınan dürüstlük kuralının (objektif iyiniyet) miras hukukundaki özel bir görünümü olduğu söylenebilir²¹.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, TMK m 617’ye dayalı iptal kararı verilebilmesi bakımından, mirasın reddinden yararlanan kişilerin, reddeden mirasçının malvarlığının borçlarını ödemeye yetmediğini veya mirası reddederken alacaklılarına zarar verme kastıyla hareket ettiğini bilip bilmemeleri belirleyici değildir²². Bu durum, TMK m 617’ye göre iptali, İİK m 280’e göre iptalden ayıran en önemli farklılıklardan biridir²³. Zira İİK m 280’e göre iptal kararı verilebilmesi için, borçlunun içinde bulunduğu mali durumun ve alacaklılarına zarar verme kastının, işlemin diğer tarafınca bilinmesi veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunması şartı aranmaktadır.

Mirasın, ölümü tarihinde mirasbırakanın ödemediği aczinin açıkça belli olması veya resmen tespit edilmiş olması nedeniyle hükmen reddedilmiş kabul edildiği (TMK m 605/2) durumlarda reddin iptali talebinde bulunulamaz²⁴. Çünkü zaten borca batık durumdaki bir mirası reddeden mirasçının, böyle bir mirası kabulü malvarlığını arttırmak bir yana, azalmasına sebep olacağı için, alacaklılarını zarara uğratmak amacıyla hareket ettiğinden bahsedilemez²⁵.

Mirasçının alacaklılarına zarar vermek amacıyla mirası reddettiğini ispat yükü, reddin iptalini talep eden alacaklının veya iflas idaresinin üzerindedir (TMK m 6)²⁶. Zarar verme kastının bulunduğu, somut olay şartlarında objektif olarak tespit edilebilmelidir²⁷. Düzenlemede mirasçının mirası alacaklılarına zarar vermek amacıyla reddetmiş olması şartı arandığı için, mirasçının alacaklılarına zarar verme kastının varlığının ispatlanamaması halinde, mirasçı kendi alacaklılarını tatmin edemese bile reddin iptaline karar verilememelidir²⁸.

²¹ Baygın (n 8) 132; Esat Şener, ‘Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması’, (1977) 3 (1) Yargıtay Dergisi 115, 115-116; Şahan (n 2) 11. Genel hüküm niteliğindeki TMK m 2’nin varlığında, ayrıca MK m 557’ye (TMK m 617’ye) gerek olup olmadığına ilişkin değerlendirme ve mirasın kötüniyetli reddinin iptali için TMK m 2’nin de yeterli dayanak olarak kabul edilebileceği yönündeki görüş için, bkz Hoşlan (n 2) 319-320.

²² Baygın (n 8) 137 ve 146; Şahan (n 2) 15; Hoşlan (n 2) 320 ve 325; Sandoz (n 8) 795; Walter Stooss, *La répudiation des successions d’après le Code civil suisse* (Stämpfli 1917) 103.

²³ Karşılaştırma için, bkz Tuncer Kazancı ve Öcal Apaydın (n 8) 794.

²⁴ Helvacı (n 3) 213; Baygın (n 8) 145-146; Çabri (n 2) 669; Pierre Tuor, *Le code civil suisse* (Éditions polygraphiques, Zürich 1942) 351; Sandoz (n 8) 795; Cordey (n 2) 64. Bununla birlikte, mirasçının hükmen reddin şartlarını hileli davranışlar ile sağladığı hallerde, alacaklıların hükmen ret yönünde verilen mahkeme kararına karşı yargılamanın iadesi yoluna başvuru reddin iptali davasını açabileceği veya doğrudan reddin iptali davasını da açabileceği yönünde, bkz Helvacı (n 3) 223 dn 537; Günel (n 2) 116. Böyle bir durumda, hükmen reddi tespit eden mahkeme kararına karşı yargılamanın iadesi yoluna gidilebileceği yönünde, bkz Baygın (n 8) 146; Şahan (n 2) 12; Tuncer Kazancı ve Öcal Apaydın (n 8) 788.

²⁵ Cordey (n 2) 64. Yargıtay 14 HD, 3851/4083, 16.6.2021, Sineji Mevzuat ve İçtihat Programı: “Öte yandan, mirasçının, mirası reddetmesinin nedeni, alacaklılarına zarar verme amacıyla mirası reddedip etmediğini tespit edebilmek için terekenin aktif ve pasifinin mirasbırakanın ölüm tarihi itibarı ile belirlenmesi de gerekmektedir. Ölüm tarihi itibarıyla, mirasbırakanın tüm malvarlığı terekenin aktifini, tüm borçları ise terekenin pasifini oluşturur. Terekenin pasifinin aktifinden fazla olması terekenin ödemediği aczini ve dolayısıyla da terekenin borca batık olduğunu gösterir. Mirasbırakanın malvarlığı bulunup bulunmadığının usulüne uygun olarak bankalar, trafik tescil müdürlüğü, vergi daireleri, belediyeler ve tapu müdürlüğü v.b. kurum ve kuruluşlardan sorulması, mirasın alacak ve borçları zabuta marifetiyle de araştırılarak aktif malvarlığı ile mirasbırakanın varsa borçları ve miktarı göz önünde tutularak aktif ve pasifinin tereddüde neden olmayacak şekilde belirlenmesi gerekmektedir.”

²⁶ Öztan (n 3) 403; Baygın (n 8) 146; Helvacı (n 3) 216; Çabri (n 2) 675; Tuncer Kazancı ve Öcal Apaydın (n 8) 790-791; Hoşlan (n 2) 325; Şahan (n 2) 15.

²⁷ İmre ve Erman (n 2) 374; Öztan (n 3) 403.

²⁸ Dural ve Öz (n 2) 423; Öztan (n 3) 403.

Bununla birlikte doktrinde, alacaklıların, mirası reddeden mirasçının mirası reddederken kendi malvarlığının aktiflerinin pasiflerini karşılamadığını ve reddettiği mirasın borca batık olmadığını bildiği veya bilmesi gerektiği durumlarda, zarar verme kastının ispatlanmış sayılacağı kabul edildiği görülmektedir. Diğer bir ifadeyle, mirasçının mirası reddinin alacaklılarının alacağını tehlikeye düşürecek olduğunu bilmesi veya bilebilecek durumda olması, zarar verme kastının varlığı için yeterli kabul edilmektedir²⁹. Hatta mirasçının mirası reddederken güttüğü yegane amaç alacaklılara zarar vermek olmasa da, eğer sonuç itibarıyla mirasın reddi alacaklıların zarara uğramasına sebep oluyorsa, reddin iptalinin talep edilebileceği söylenmektedir³⁰.

Oysa mirasçının ret anında malvarlığının borçlarına yetmiyor olduğunu bilmesi veya bilebilecek durumda olması, tek başına, alacaklılarına zarar vermek amacıyla hareket ettiğini kabul etmek için yeterli sayılmamalıdır. Özellikle, mirasçının, mirasbırakanıyla arasında ailevi bağların kopmuş olduğunu veya mirasbırakanın sağlığında kendisine yaptığı kazandırmaları dikkate alarak diğer mirasçıların hakkını gözetmek amacıyla mirası reddettiğini ortaya koyduğu durumlarda, reddeden mirasçının malvarlığı borçlarına yeterli olmasa da, alacaklılarına zarar verme kastıyla hareket ettiğinden bahsedilemez.

Yargıtay kararlarında ise, muhtemelen alacaklının mirası reddeden mirasçının zarar verme kastını açıkça ispatlamasının zorluğundan hareketle olsa gerek, malvarlığı borçlarına yetmeyen mirasçının mirası ret için makul bir sebep gösterememesi halinde, zarar verme kastı var kabul edilmektedir³¹. Böylece Yargıtay, açılan iptal davasında alacaklıların mirasçının malvarlığının borçlarını karşılamaya yetersiz olduğunu ortaya koymasını, mirasçının zarar verme kastıyla hareket ettiğini ispat bakımından yeterli görmekte, bu fiili durumun ispatlanmış olması halinde, mirasçının gerçekte zarar verme kastıyla hareket etmediği hususunun davalı tarafından ispatlanması gerektiğini kabul etmiş olmaktadır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, TMK m 617'ye göre açılan iptal davasında mirasın alacaklılara zarar vermek amacıyla reddedilmesi şartı arandığı için, mirasçının mirası reddetmesi dışında sebeplerle miras hakkından kısmen ya da tamamen mahrum kalması halinde, TMK m 617 uygulama alanı bulmaz. Örneğin, mirasbırakanın terekenin tasarruf edilebilir kısmını aşan işlemleri nedeniyle saklı payı ihlal edilen mirasçının tenkis davası açmaması veya mirastan çıkarılmasına rağmen çıkarma

²⁹ Çabri (n 2) 676; Baygın (n 8) 145.

³⁰ Helvacı (n 3) 216; Baygın (n 8) 145-146; Şahan (n 2) 14; Hoşlan (n 2) 325; Stooss (n 21) 103.

³¹ Yargıtay 2 HD, 931/6720, 06.04.2010, Gençcan (n 6) 1234: "Toplanan deliller ve dinlenen tanık beyanlarından, davalı mirasçının makul bir sebebe dayanmaksızın, alacaklılara zarar vermek amacıyla mirası reddettiği kanıtlanmıştır."; Yargıtay 2 HD, 23145/15700, 05.06.2013, Gençcan (n 6) 1234-1235: "Davalı borçlunun mirası reddetme sebebi olarak gösterdiği mirasbırakanın edinme sebebinin ahlaka aykırılığı, alacaklısı bakımından sonuç doğurmayacağından, alacaklısına zarar vermek kastıyla mirası reddettiğinin ve bu suretle Türk Medeni Kanununun 617. maddesindeki reddin iptali davası açma koşullarının mevcut olduğu kabul edilmelidir."

tasarrufuna itiraz etmemesi halinde bu mirasçının alacaklıları, TMK m 617'ye göre değil, TMK m 562'ye göre koruma talep edebilecektir. Keza, muhtemel mirasçının açılmamış mirasta miras payının devri amacıyla yaptığı sözleşmenin iptali de TMK m 617'ye göre talep edilemez³². Bir mirasçının borca batık durumdaki bir mirası alacaklılarına zarar vermek amacıyla kabul etmesi hali de TMK m 617'nin uygulama alanı dışındadır³³; bu durumda şartları varsa İİK m 280'e göre bir iptal davasının açılması mümkündür³⁴.

3. Alacaklılara Yeterli Güvence Verilmemesi

TMK m 617/1'e göre mirası reddin iptali davasında gözetilecek üçüncü ve son şart, mirası reddeden mirasçının reddin iptalini talep eden alacaklılarına yeterli güvence göstermemiş olmasıdır. Böyle bir olumsuz şartın aranmasının sebebi, alacaklılarına yeterli güvence gösteren mirasçının, mirası reddederken alacaklılarına zarar verme amacının bulunamayacağına, böyle bir amacı vardysa da, güvence göstermekle birlikte bu amacının boşa düşmüş olmasına dayanmaktadır.

Düzenlemede güvencenin niteliği ve kapsamına ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Hükmün amacından yola çıkarak, gösterilecek güvencenin en azından reddin iptalini talep eden alacaklıların alacaklarının karşılanması için yeterli olması gerektiği söylenebilir. Çünkü mirası reddeden mirasçıdan, reddin iptali davası açmamış alacaklıları da dahil tüm alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yeterli bir teminat göstermesini beklemek, düzenlemenin amacını aşan bir çözüm olacaktır. Ayrıca, iptal davası açmamış alacaklılara, onların istemleri dışında bir koruma sağlanması makul görülemez³⁵. Ancak reddin iptali davasının iflas idaresi tarafından açılmış olması halinde, iflas masasına kayıtlı tüm alacakları karşılamaya yeterli miktarda güvence gösterilmesi gerekir³⁶.

Alacaklılara gösterilen güvencenin kural olarak, iptal davası açan alacaklıların tamamının alacaklarını güvence altına almak bakımından yeterli olması gerekir. Bununla birlikte, alacak miktarının reddedilen miras payının ekonomik değerinden

³² Yargıtay 14 HD, 6819/1622, 2.3.2017, Günay (n 3) 124-126: "Açılmamış mirasta, miras payının devri sözleşmesi miras bırakanın ölümünden önce gerçekleşen bir hukuki işlemdir. Mirasın reddi ise, miras bırakanın ölümünden sonra gerçekleşir. Açılmamış mirasta, miras payının devri sözleşmesinde beklenen bir haktan vazgeçme söz konusu iken, mirasın reddinde somut, güncel bir haktan vazgeçme söz konusudur. Mirasın reddinin iptaline dair hükmün kıyas yolu ile miras payının devri sözleşmesinin iptaline uygulanması mümkün değildir. Kanundaki düzenleme eksikliği bir ihmalin sonucu olmayıp; bilinçli bir tercihin ürünüdür. Açılmamış miras payının devrinde, kişinin beklenen bir haktan feragat ettiği, murisin ölümü anında sağ olup olamayacağı, dolayısıyla mirasçılık sıfatını kazanıp kazanamayacağı; mirasçı olabilse dahi, miras hissesine düşen mirasın parasal değerinin ne olacağı belirli değildir. Kanun koyucu bilinçli olarak susmuş ve olumsuz bir çözüm tarzını benimsemiştir. Buna karşın, açılmamış miras payının devri sözleşmesi gereğince sözleşmede kararlaştırılan miras payına ait malvarlığı sözleşmenin diğer tarafına devredilmiş ise, tasarrufun iptali davasında olduğu gibi hukuk düzenince öngörülen diğer imkanların kullanılmasının önünü kapatmamıştır."

³³ Eren ve Yücer Aktürk (n 2) 511; Baygın (n 8) 138.

³⁴ İspatındaki güçlüklerle rağmen, borca batık terekenin kabulünün iptalinin TMK m 2 uyarınca mümkün sayılması gerektiği yönünde, Hoşlan (n 2) 320.

³⁵ Baygın (n 8) 147; Şahan (n 2) 18; Hoşlan (n 2) 326.

³⁶ Tuncer Kazancı ve Öcal Apaydın (n 8) 791; Baygın (n 8) 147; Şener (n 20) 119; Şahan (n 2) 18; Hoşlan (n 2) 326.

fazla olduğu durumlarda, reddedilen miras payının ekonomik değeriyle sınırlı olarak güvence gösterilmesi de yeterli kabul edilmek gerekir³⁷.

Kanunda bu konuda bir sınırlama olmadığı için, güvence, bizzat mirası reddeden mirasçı tarafından veya retten yararlananlar ya da üçüncü kişiler tarafından verilebilir. Bu noktada özellikle retten yararlananlar tarafından, reddin iptalini engellemek amacıyla güvence gösterilmesiyle karşılaşılabilir. Güvencenin, aynı veya şahsi olması da mümkündür. Bu çerçevede, reddin iptali davası açan alacaklılar lehine taşınır veya taşınmaz rehni kurulması, üçüncü kişinin kefaleti ya da banka teminat mektubu verilmesi gibi yollarla güvence gösterilebilecektir. Nihayetinde verilen güvencenin yeterli olup olmadığını somut olay şartlarında hakim takdir edecektir³⁸.

Güvencenin iptal davasının açılmasından sonra verilmesi şart değildir. İptal davasının açılmasından önceki herhangi bir zamanda verilmiş olabileceği gibi, iptal davasının açılması üzerine de verilebilir. Her iki ihtimalde de, alacaklıların alacak miktarı dikkate alındığında yeterli güvence verildiğini tespit eden mahkeme, iptal davasının reddine karar vermelidir.

Bununla birlikte, daha önce verilmiş güvence geçen zaman içinde zayıflamış ve reddin iptalinin talep edildiği anda iptali talep eden alacaklının alacağı için yetersiz hale gelmişse, reddin iptali kararı verilebilir. Güvencenin sonradan yetersiz hale geldiğinin ispatı, alacaklı tarafından yapılacaktır. Bu amaçla alacaklı, örneğin, kefilin ekonomik durumunun bozulduğunu veya rehin konusu taşınır veya taşınmaz malın geçen zaman içinde değer kaybına uğradığını ispatlayarak, güvencenin yeterli miktara tamamlanmaması halinde reddin iptali kararının alınmasını sağlayabilir³⁹.

Mahkeme, mirası reddeden mirasçının malvarlığının borçlarını karşılamaya yetmediğini ve reddin iptalini talep eden alacaklıların alacakları hakkında hiç ya da yeterli güvence bulunmadığını tespit etmesi halinde, yeterli güvencenin verilmesi için davalıya uygun süre tanımalı, ancak bu süre içinde yeterli güvencenin gösterilmemesi halinde reddin iptali yoluna gitmelidir. Bununla birlikte, somut olay şartlarında davalıya süre verilmesinin faydasız olacağı anlaşılıyorsa, örneğin davalı güvence göstermeyeceğini veya göstermeyeceğini açıkça beyan ediyorsa, TBK m 124'ün kıyasen uygulanması suretiyle davalıya güvence göstermesi için uygun süre tanımayla gerek olmaksızın da reddin iptaline karar verilebilir⁴⁰.

Son olarak belirtmek gerekir ki, açılan iptal davası sonrasında davalı güvence göstermek yerine, dava devam ederken borcunu ödeme yoluna giderse, bu durumda

³⁷ İnan, Ertaş ve Albaş (n 3) 520; Baygın (n 8) 147; Çabri (n 2) 678; Hoşlan (n 2) 327; Tuncer Kazancı ve Öcal Apaydın (n 8) 791; Şahan (n 2) 18.

³⁸ Ali İhsan Özüğür, *Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku Cilt 2* (4. Baskı, Seçkin 2016) 2047-2048; Günel (n 2) 120; Şener (n 20) 119; Çabri (n 2) 678; Hoşlan (n 2) 327; Cordey (n 2) 73; Stooss (n 21) 106.

³⁹ Cordey (n 2) 75; Helvacı (n 3) 218; Şahan (n 2) 17; Baygın (n 8) 147.

⁴⁰ Çabri (n 2) 679.

davanın evleviyetle reddi gerekir. Yargıtay bu ihtimalde, dava reddedilmiş olsa da davanın açılmasına davalının sebep olduğunu dikkate alarak, yargılama harç ve giderlerinin davalının üzerinde kalması gerektiğini kabul etmektedir⁴¹. İptal davası açıldıktan sonra yeterli güvence gösterilmesi nedeniyle davanın reddedildiği durumlarda da aynı sonuca ulaşmak gerekir.

B. Reddin İptali Davasının Tabi Olduğu Süre

TMK m 617/1'de alacaklıların reddin iptali davası açabilmesi için altı aylık bir süre öngörülmüştür⁴². Bu süre, hak düşürücü süre niteliğindedir⁴³. Bu nedenle, sürenin kesilmesi ya da durması söz konusu olmaz. Hak düşürücü sürenin geçmiş olduğu davalı tarafından her zaman ileri sürülebileceği gibi, önüne gelen uyuşmazlıkta hakim tarafından resen dikkate alınmalıdır.

TMK m 617/1'de öngörülen altı aylık hak düşürücü süre, alacaklılar mirasın reddinden daha sonraki bir tarihte haberdar olsalar bile, mirasın mirasçı tarafından reddi tarihinden⁴⁴

⁴¹ Yargıtay 14 HD, 4832/8675, 25.10.2016, Özkan (n 2) 3499: "Davacı tarafından dava açıldığı tarihte davalı (borçlu), davacıya (alacaklı) borcun tamamını ödemiş ise de davacı (alacaklı) 04.03.2014 tarihli temyiz dilekçesinde davaya dayanak alacağın tamamen tahsil edildiğini beyan etmiştir. Dava açıldığı tarihte davalının davacıya borcu bulunduğu yargılama devam ederken borcun davalı tarafından ödendiği anlaşılmıştır. Bu durumda davalının davanın açılmasına sebebiyet verdiği gözetilerek, yargılama harç ve giderinin davalıdan tahsiline karar verilmesi gerekirken..."

⁴² Mülga Medeni Kanun m 557'de bu süre üç ay olarak düzenlenmişti. Bu sürenin üç ay gibi kısa olarak nitelendirilebilecek uzunlukta olmasının sebebi doktrinde, davanın açılma olasılığı bulunduğunda terekenin taksiminin gecikebileceği, bunun diğer mirasçıları zarara uğratabilmesi, ayrıca alacaklıların mirası reddeden mirasçıya karşı olmayacak zaman ve durumlarda açabilecekleri davayla diğer mirasçılarda huzursuzluk yaratabilmeleri ihtimalinin bertaraf edilmek istenmesi olarak açıklanmaktaydı, bkz Şener (n 20) 116 . TMK m 617'nin gerekçesinde sürenin altı aya çıkarılmasının sebebi, "Maddenin birinci fıkrasındaki reddin iptali davası için öngörülen üç aylık süre, kaynak Kanunda olduğu gibi altı aya çıkarılmıştır. Çünkü ret hâlinde, alacaklıların reddinden kişinin yerine geçen mirasçıları saptamaları ve gerekli güvencenin verilip verilmeyeceğini araştırmaları uzun zaman alabilecek ve yürürlükteki metinde öngörülen üç aylık süre de buna yeterli olmayacaktır." şeklinde açıklanmaktadır. Kaynak İMK m 578'de de sürenin altı ay olarak düzenlendiği görülmektedir.

⁴³ Kılıçoğlu (n 3) 310; Helvacı (n 3) 219; Dural ve Öz (n 2) 423; Şener (n 20) 116; Antalya (n 3) 442; Baygın (n 8) 132 ve 149; Öztan (n 3) 403; Günay (n 3) 119; Çabri (n 2) 679; Özkan (n 2) 3493; İşgüzar, Demir ve Yılmaz (n 3) 157; Tuncer Kazancı ve Öcal Apaydın (n 8) 792; Hoşlan (n 2) 329; Şahan (n 2) 28; Sandoz (n 8) 795; Guinand ve Stettler (n 2) 215 dn 733; Yargıtay 2 HD, 16526/8654, 28.03.2013, Gençcan (n 6) 1233-1234: "Altı aylık süre hak düşürücü nitelikte olup, yasal düzenlemeye göre ret tarihinden başlamaktadır."

⁴⁴ TMK m 617/1'de yer alan "... ret tarihinden başlayarak altı ay içinde ..." ibaresinin, Anayasa'nın cumhuriyetin niteliklerine ilişkin 2. maddesine ve hak arama hürriyetine ilişkin 36. maddesine aykırı olduğu iddiasının itiraz yoluyla önüne gelmesi üzerine Anayasa Mahkemesi, düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır, Anayasa Mahkemesi, 148/62, 27.3.2014, Resmi Gazete, 29008/23.05.2014: "İtiraz konusu kuralda, mirasın reddinin iptali davası açabilmek için alacaklılara altı aylık süre sınırlaması getirilmekle birlikte, "ret tarihi" bu sürenin başlangıcı olarak belirlenmiştir. İtiraz konusu kuralda düzenlenen "ret tarihi" mirası ret beyanının sulh hâkimine ulaştığı tarih olup 4721 sayılı Kanun'un sistemi, reddin alacaklılar tarafından derhal öğrenilebilmesine imkân tanımaktadır. Zira, mirasbırakanın yerleşim yeri sulh mahkemesine yöneltilen ret beyanı hâkim tarafından tutanakla tespit edilerek, ret özel kütüğüne tescil edilecektir. Mirasçının alacaklıları, mirasın reddedilip reddedilmediğini mirasbırakanın yerleşim yeri sulh mahkemesi nezdinde yapacakları girişim ile öğrenme imkânına her zaman sahiptirler. Dolayısıyla, itiraz konusu kuralda belirlenen altı aylık süre, alacaklıların mirasın reddedilip reddedilmediğini, reddedilmiş ise borçlu mirasçı tarafından yeterli güvence verilip verilmemesini araştırabilmeleri ve dava açma haklarını kullanabilmeleri için ölçülü olduğu gibi, reddin iptali davasının süresinin başlangıcının ret tarihi olarak belirlenmesi, borçlu dışındaki diğer mirasçıların terekeye bir an önce kavuşmasını ve uzun süre dava tehdidi altında kalmasını önlemeye, reddeden mirasçının alacaklılarının korunması sağlamaya elverişli olup, itiraz konusu kuralın, hukuk devleti ilkesine ve hak arama hürriyetine aykırı bir yönü bulunmamaktadır."

itibaren işlemeye başlar⁴⁵. Mirasın mirasçı tarafından reddi anı ise, sulh hakiminin mirasın reddedildiğine ilişkin karar tarihi⁴⁶ veya mirasın reddedildiğinin mahkeme nezdinde tutulan sicile tescili anı⁴⁷ değil, mirasçının mirası kayıtsız şartsız reddettiğine ilişkin beyanın sulh mahkemesine ulaşma anıdır⁴⁸. Bu nedenle reddin iptali davası açılabilir altı aylık sürenin, mirasçının mirası kayıtsız şartsız reddettiğine ilişkin beyanın sulh mahkemesine ulaşma anı dikkate alınarak hesaplanması gerekir.

Altı aylık sürenin hak düşürücü süre niteliğinde ve görece kısa oluşu, mirası reddin iptalini talep edebilecek durumdaki alacaklılara önemli bir sorumluluk yüklemektedir. Zira alacaklılar mirasın reddedildiğinden daha sonra haberdar olsalar bile, altı aylık süre mirasın reddiyle birlikte işlemeye başlar. Bu nedenle süreyi kaçırmak istemeyen alacaklının, kendisine borçlu olan mirasçının mirası reddedebileceğinden şüpheleniyorsa, mirasın reddedilebileceği süreyi gözeterek zaman zaman mirasbırakanın yerleşim yeri sulh mahkemesine gitmesi ve mahkemenin TMK m 609 gereği tuttuğu mirası reddedenlere ilişkin özel sicili incelemesi menfaatine olacaktır. Bununla birlikte, alacaklının bunu yapabilmesi için, hem mirasbırakanın öldüğünü, hem borçlusunun mirasçı sıfatını kazandığını hem de mirası reddetmesi

⁴⁵ Mülga Medeni Kanun m 557'de reddin iptali için açılacak davada üç aylık hak düşürücü sürenin hangi andan itibaren başlayacağı konusunda bir açıklık yoktu. Bununla birlikte, gerek doktrindeki baskın görüşte gerek Yargıtay kararlarında, söz konusu sürenin mirasın reddi tarihinden itibaren işleyeceği kabul edilmekteydi (Detaylı bilgi için bkz Helvacı (n 3) 219 dn 563). TMK m 617'de altı aylık hak düşürücü sürenin ret tarihinden itibaren işlemeye başlayacağını açıkça belirtilmesinin, doktrinde tartışmalı bu konunun netlik kazanması bakımından isabetli olduğu söylenebilir. Kaynak İMK m 578'de ise hak düşürücü sürenin hangi anda başlayacağı halen açıkça belirtilmiş değildir. Bununla birlikte TMK m 617'deki bu değişiklik doktrinde, mirasçının alacaklısının, mirasçının mirası ne zaman reddettiğini bilmesi ve takip etmesi mümkün olmadığından redde karşı itiraz davası için öngörülen altı aylık sürenin çoğu kez kaçırılmış olacağı, İMK m 578'deki "bu redde karşı ... altı ay içinde itiraz edebilirler" ifadesinin, altı aylık sürenin işlemeye başlaması konusunda, mirasçının alacaklısının "reddi öğrendiği tarih" olarak yorumlanmaya elverişli olduğu halde, yeni 617. maddenin sürenin işlemeye başlama tarihi konusunda "red tarihinden itibaren" ifadesiyle bu yorumu ortadan kaldırmış olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir, bkz Ahmet Kılıçoğlu, *Medeni Kanun'unuzun Aile Miras Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler* (3. Bası, Turhan 2014) 337-338.

⁴⁶ Yargıtay 2 HD, 16526/8654, 28.03.2013, Gençcan (n 6) 1233-1234: "Mirasçı tarafından süresi içinde yapılan mirasın kayıtsız şartsız reddine ilişkin yazılı veya sözlü beyan, sulh hakimi tarafından tutanakla tespit edilmekle, sulh mahkemesine ulaştığı andan itibaren sonuç doğurur ve mirasın açıldığı andan itibaren mirasçı, bu sıfatını kaybeder. Şu halde ret tarihi, sulh hakiminin karar tarihi değil, ret beyanının sulh hakimine ulaştığı tarihtir."

⁴⁷ Yargıtay HGK, 464/471, 28.6.2006, Gençcan (n 6) 1235-1236: "Yerel mahkeme ile özel daire arasındaki uyumsuzluk, Türk Medeni Kanunu'nun 617. maddesindeki altı aylık hak düşürücü sürenin, mirasçının mirası ret beyanında bulunduğu tarihte mi, yoksa mahkemeye reddin tesciline karar verildiği tarihte mi işleyeceği noktasında toplanmaktadır. ... Maddeye [TMK m 617] göre altı aylık redde itiraz davasını açma süresi ret tarihinden itibaren başlayacaktır. İsviçre Medeni Kanunu'nun bu maddeyi karşılayan 578. maddesinde böyle bir değişiklik yapılmamıştır. Yeni kanun bu eksikliği gidererek itiraz süresinin ret tarihinden itibaren işlemeye başlayacağını kabul etmiştir."; Yargıtay 2 HD, 23670/16381, 12.06.2013, Gençcan (n 6) 1232-1233: "Muris 13.11.2009 tarihinde ölmüş, davalı 5.2.2010 tarihinde mahkemesine miracaat ederek "mirası kayıtsız şartsız reddettiğine" dair beyanda bulunmuş, anılan mahkemeye bu beyanın 11.06.2010 tarihinde tesciline karar verilmiştir. Mirasın reddi kararının iptali davası 2.11.2010 tarihinde açılmıştır. Mirasın kayıtsız şartsız reddine ilişkin beyan tutanakla tespit edilmiş olması (TMK.md. 609/3) koşuluyla sulh hakimine ulaştığı andan itibaren sonuç doğurur ve miras bu tarihten itibaren reddedilmiş sayılır. Reddeden mirasçı bu tarihten itibaren mirasçı sıfatını kaybeder. Şu halde ret tarihi buna ilişkin beyanın sulh hakimine ulaştığı tarihtir. Türk Medeni Kanunu'nun 617/1 maddesinin açık hükmü karşısında ret tarihi ile davanın açıldığı tarih arasında 6 aylık hak düşürücü sürenin geçtiği anlaşılmaktadır."

⁴⁸ Ret beyanının TMK m 609'a uygun olarak yapıldığı andan itibaren hüküm ifade edeceği, redde ilişkin tutanağın tutulmaması veya mahkeme nezdinde tutulan sicile kaydolunup yapılmaması (ispat yönünden zorluklar doğurabilse de) reddin geçerliliğini etkilemeyeceği yönünde, Dural ve Öz (n 2) 411; Tutanağa geçirilmemiş sözlü beyanın geçerli olmayacağı, en azından ispat edilemeyeceği, bununla birlikte tutanağın düzenlenmemesinin reddin muteberliğini etkilemeyeceği yönünde, Oğuzman (n 2) 289 dn 112; Yargıtay 2 HD, 6924/10489, 01.06.2009, Gençcan (n 6) 1236-1237: "Mirasın kayıtsız şartsız reddine ilişkin beyan, tutanakla tespit edilmiş olması (TMK. md. 609/3) koşuluyla sulh hakimine ulaştığı andan itibaren sonuç doğurur ve miras bu tarihten itibaren reddedilmiş sayılır. Reddeden mirasçı bu tarihten itibaren mirasçılık sıfatını yitirir. Şu halde ret tarihi, buna ilişkin beyanın Sulh hakimine ulaştığı tarihtir."

riski bulunduğunu bilmesi gerekir. Ayrıca özellikle büyük şehirlerde çok sayıda sulh mahkemesinin bulunması, mahkeme nezdinden tutulan özel sicilin incelenmesini daha da zorlaştırmaktadır.

Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, mirası reddin iptalinin İİK m 280'e göre talep edilmesi, İİK m 284'e göre tasarrufun yapılmasından (mirasın reddinden) itibaren beş yıllık hak düşürücü süreye tabi olduğu için, TMK m 617'de öngörülen altı aylık sürenin dolması halinde dahi, İİK m 280'e göre tasarrufun iptali davası açma imkanı bulunabilir.

C. Reddin İptali Davasında Davacı

Reddin iptali davasının kimler tarafından açılabileceği, TMK m 617/1'de açıkça belirtilmektedir. Buna göre, mirası reddeden mirasçının alacağını elde etmesi tehlikeye düşen alacaklıları veya iflas etmiş ise, iflas idaresi reddin iptalini talep edebilir.

Reddin iptali davasının alacaklılar tarafından açılması söz konusu ise, mirasçının alacaklıları davayı ayrı ayrı açabilecekleri gibi, birlikte de açabilirler⁴⁹. Bu nedenle, alacaklılardan birinin, bazılarının ya da hepsinin bir arada dava açması mümkündür. Atanmış mirasçı da mirası reddedebileceği (TMK m 611/2) için, atanmış mirasçının alacaklılarının da TMK m 617'ye göre reddin iptalini talep etme hakkı vardır. Ancak ister yasal ister atanmış mirasçı mirası reddetmiş olsun, reddeden mirasçı hakkında iflas kararı verilmiş ise, aşağıda açıklanacağı üzere, alacaklıların dava açma hakkı ortadan kalkar⁵⁰.

Her alacaklının kendi alacağı bakımından dava açma hakkı bulunduğu için, alacaklılardan birinin davayı kaybetmiş olması, diğer alacaklıların dava hakkını ortadan kaldırmaz. Zira davayı kaybeden alacaklı, mirasçının mirası retteki kötü niyetini ispatlayamamış olabilir ya da davası, alacağının yeterli güvencesi bulunduğu veya sonradan yeterli güvence gösterildiği için reddedilmiş olabilir. Hukuki durum böyle olmakla birlikte pratikte çoğu zaman, alacaklılardan biri tarafından açılan davada ret kararı verilmeye kadar, diğer alacaklılar bakımından altı aylık hak düşürücü sürenin dolmuş olacağı gözden uzak tutulmamalıdır.

Alacaklının davayı açabilmesi için, alacağının muaccel olup olmaması önemli değildir⁵¹. Alacağının mahkeme ilamına bağlanmış ya da icra takibine konu edilmiş olması şartı da aranmaz⁵². Hatta doktrinde, dava açan alacaklının alacağının

⁴⁹ İmre ve Erman (n 2) 375; Baygın (n 8) 139; İnan, Ertas ve Albaş (n 3) 520; Çabri (n 2) 670; Günay (n 3) 118-119; Hoşlan (n 2) 329.

⁵⁰ Günel (n 2) 123; Şahan (n 2) 19.

⁵¹ Piotet (n 8) 577; Sandoz (n 8) 795; Baygın (n 8) 140; Helvacı (n 3) 221; Günel (n 2) 123; Çabri (n 2) 674; Şahan (n 2) 20; Tuncer Kazancı ve Öcal Apaydın (n 8) 789.

⁵² Baygın (n 8) 140; Şahan (n 2) 20; Tuncer Kazancı ve Öcal Apaydın (n 8) 789.

miktardır kesin olarak belirli olmasının dahi gerekmediği belirtilmektedir⁵³. Ancak bu ihtimalde, mirası reddeden mirasçının malvarlığının borcu karşılama yeterli olup olmadığının nasıl hesaplanacağı veya davanın reddini sağlamak üzere teminat gösterilmek istenmesi halinde, teminatın kapsamının neye göre belirleneceği, önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Davalı mirasçıdan alacaklı olduğunu ve alacağının miktarını, davayı açan alacaklının ispatlaması gerekir. Açılan davada mirasçı borçlunun alacağa itiraz etmesi halinde, TMK m 617'ye dayalı reddin iptali davası alacağın varlığının ve miktarının incelenmesine uygun olmadığı için, alacaklının kesin bir ispat aranmaksızın, alacağının varlığı konusunda mahkemede kanaat oluşturacak delilleri sunması yeterli kabul edilmelidir⁵⁴.

TMK m 617'de bir açıklık olmamakla birlikte, alacakları mirasın reddinden önce doğmuş alacaklıların iptal davası açabileceğini kabul etmek uygun olur⁵⁵. Çünkü mirasçının, alacakları mirasın reddinden sonra doğmuş alacaklıları zarara uğratmak amacıyla mirası reddettiğinden söz edilemez⁵⁶. Kaldı ki bu ikinci ihtimalde, reddedilen miras payı alacak hakkı doğduğu anda reddi yapan borçlunun malvarlığından çıkmış durumdadır⁵⁷.

Reddin iptalini talep hakkı sadece mirasçının alacaklılarına tanındığı için, mirasbırakanın alacaklıları TMK m 617'ye göre reddin iptalini talep edemezler⁵⁸. Mirasbırakanın alacaklılarının mirasın reddine bağlı olarak talep edebileceği koruma, TMK m 618'de farklı bir şekilde özel olarak düzenlenmiştir. Diğer yandan, mirasbırakanın alacaklıları TMK m 617'ye göre reddin iptalini talep etme hakkına sahip olmasa da, reddin geçerli olmadığı, örneğin ret hakkının düşmesi sonrası reddin yapıldığı gerekçesiyle reddin iptalini (reddin hükümsüzlüğünün tespitini) talep edebilirler⁵⁹.

⁵³ Tuncer Kazancı ve Öcal Apaydın (n 8) 789; Baygın (n 8) 140.

⁵⁴ Baygın (n 8) 140; Şahan (n 2) 20; Tuncer Kazancı ve Öcal Apaydın (n 8) 789. Mirası reddin iptali davasında mirasçının kesin olmayan alacağa itiraz etmesi halinde, alacaklı davacıya alacağını ispat için ayrı bir dava açmak üzere süre verilmesi ve bu yolda açılacak davanın sonucunun beklenmesi gerektiği yönünde, Hoşlan (n 2) 330.

⁵⁵ Sandoz (n 8) 795; Cordey (n 2) 76; Öztan (n 3) 403; Helvacı (n 3) 220; Baygın (n 8) 139; Tuncer Kazancı ve Öcal Apaydın (n 8) 788; Çabri (n 2) 671; Günel (n 2) 123; Pietot (n 8) 577.

⁵⁶ Çabri (n 2) 671; Şahan (n 2) 19.

⁵⁷ Helvacı (n 3) 221; Baygın (n 8) 139; Şahan (n 2) 19.

⁵⁸ Yargıtay 12 HD, 5757/1942, 23.2.2021. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: "TMK'nın 617. maddesi, madde başlığından da anlaşılacağı üzere mirasçılarının kendi borçlarından dolayı kendi alacaklılarını zarar uğratmak kastı ile mirasın reddi halinde alacaklılarına tanınan haklara ilişkin bir düzenleme olup, mirasın borcu nedeniyle mirasçılarının mirası reddi halinde mirasın alacaklıları yönünden bir düzenleme içermemektedir. Dolayısıyla somut olayda; takibe konu borç mirasçılarının kendi borcu olmayıp mirasın borcu olmakla TMK'nın 617. maddesinin uygulama alanı yoktur."

⁵⁹ Yargıtay 2 HD, 7850/13518, 08.07.2009, Gençcan (n 6) 1231-1232: "Olayları açıklamak taraflara, hukuki nitelendirme hakime atılır. (HUMK. Md. 76) Davacı, mirasçının alacaklısı değil, mirasbırakanın alacaklısı olup, mirası reddeden davalı mirasçının, ret hakkının Türk Medeni Kanununun 610/2. maddesinde gösterilen sebeple düştüğünü ileri sürerek ret kararının iptalini istemiştir. Borç, mirasbırakanın borcu olduğuna göre, olayda Türk Medeni Kanununun 617. maddesinin uygulanması söz konusu değildir. Şu halde, tarafların delilleri toplanarak, Türk Medeni Kanununun 610/2. maddesi çerçevesinde değerlendirilip, sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken hatalı nitelendirme ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru bulunmamıştır."; Yargıtay 2 HD, 4432/635, 16.01.2013, Gençcan (n 6) 1240: "Dava, mirasbırakanın alacaklısı tarafından açılmıştır. Mirasbırakanın alacaklılarının Türk Medeni Kanununun 617. maddesine göre dava açma hakları yoktur. Mirasbırakanın alacaklıları koşulları mevcut ise, Türk Medeni Kanununun 610. maddesinde öngörülen davayı açma hakkına sahiptir."

Vasiyet lehtarlarının (musalehlerin) alacaklılarının da TMK m 617'ye dayalı koruma talep etmesi mümkün değildir⁶⁰. Çünkü düzenleme, mirası reddin iptali yoluyla bir koruma sağlamaktadır. Oysa zaten mirasçı sıfatına sahip olmayan vasiyet lehtarlarının mirası reddetmesi söz konusu olmaz. Kaldı ki, vasiyet alacağının lehtar bakımından arızı ve istisnai bir menfaat olması nedeniyle, iş hayatının olağan akışı içinde bir kişiye lehine vasiyet yapıldığı veya yapılacağı düşüncesiyle kredi verildiğini kabul etmek de pek mümkün değildir. Çünkü bu ihtimalde, mirasın açılmasına kadar ortada beklenen bir hak dahi bulunmamaktadır. Bununla birlikte doktrinde, vasiyet alacaklılarından alacaklı olan kişilerin de vasiyetin reddinin iptalini TMK m 617 çerçevesinde talep edebileceğini savunan görüşler bulunmaktadır⁶¹. Diğer yandan şüphesiz, vasiyet alacaklısının alacaklılarına zarar vermek amacıyla lehine yapılan vasiyetin borçlusunu ibra etmesi halinde, alacaklıların İİK m 280'e göre, alacaklılara zarar vermek kastıyla yapılan bu işlemin iptalini talep etmek yoluyla bir koruma sağlaması mümkündür⁶².

Mirasın en yakın yasal mirasçılarının tamamı tarafından reddedilmesi halinde, reddeden mirasçının alacaklılarının reddin iptali davası açma hakkı bulunmamalıdır⁶³. Zira bu ihtimalde zaten miras sulh mahkemesince iflas hükümlerine göre tasfiye edilerek, tasfiye sonunda arta kalan değer olursa mirası reddetmemişler gibi hak sahiplerine verileceği ve böylece alacaklılar bu değer için mirasçılara başvurma imkanına kavuşacakları için, alacaklıların ret nedeniyle bir zarara uğramaları söz konusu olmayacaktır (TMK m 612). Kaldı ki mirasın en yakın yasal mirasçılarının tamamı tarafından reddedilmesi durumunda, reddin iptal edilmesiyle paralel bir hukuki sonuç ortaya çıkmakta, tereke iflas hükümlerine göre sulh mahkemesince tasfiye edilmektedir. Diğer yandan, reddeden mirasçının TMK m 612/2 göre tasfiye sonunda arta kalan ve kendisine isabet eden değeri de reddetmesi halinde, alacaklıların bu ikinci reddin iptalini TMK m 617'ye göre talep edip edemeyecekleri tartışmalıdır⁶⁴. Bir görüşe göre, tasfiye artığını alan mirasçılar külli halef değil, cüzi halef oldukları için, tasfiye artığı üzerindeki miras hakkının reddedilmesi durumunda alacaklılar ancak İİK m 280'e dayanabilmelidir. Diğer görüşe göre ise, alacaklılar bu durumda da TMK m 617'ye göre reddin iptalini talep edebilecekler, ancak tereke zaten TMK 612 gereği resmen tasfiye edilmiş durumda olduğu için, alacaklılar bir kere daha resmi tasfiyeye gidilmeksizin reddedenin miras payına isabet eden artuk değere başvurabileceklerdir.

⁶⁰ Sandoz (n 8) 796; Cordey (n 2) 64; Helvacı (n 3) 209-210 ve 214; Baygın (n 8) 141; Tuncer Kazancı ve Öcal Apaydın (n 8) 788; Günay (n 3) 119; Günel (n 2) 116; Hoşlan (n 2) 329.

⁶¹ TMK m 617'de mirasçılarının alacaklılarının dava hakkından bahsedilmiş ve vasiyet alacaklılarından alacaklı olanlardan söz edilmemiş olsa da, maddeyi geniş yorumlamak suretiyle vasiyet alacaklılarından alacaklı olan kişilerin de böyle bir dava hakkının var olduğunu kabul etmek gerektiği, vasiyetin reddi ile ilgili TMK m 616'nın 617. maddeden önce kaleme alınmış olmasının, yasa koyucunun vasiyetin reddi halinde vasiyet lehtarından alacaklı olan kişilerin de bu maddeden yararlanabilecekleri yönündeki amacını ortaya koyduğu şeklinde görüş için, Kılıçoğlu (n 3) 298.

⁶² Guinand ve Stettler (n 2) 215 dn 732; Sandoz (n 8) 796.

⁶³ Baygın (n 8) 138; Şahan (n 2) 20.

⁶⁴ Bu konudaki değerlendirme için, bkz Baygın (n 8) 139; Şahan (n 2) 20.

Mirasçılar arasında sağ kalan eşin bulunması ve altsoyun tamamının mirası reddetmesi sonucunda bunların payının sağ kalan eşe geçmesi (TMK m 613) durumunda, reddin iptali talep edilebilmelidir⁶⁵. Çünkü bu ihtimalde, en yakın yasal mirasçılarının tamamı tarafından retten (TMK m 612) farklı olarak, terekenin resmi tasfiyesi yoluna gidilmemekte, sağ kalan eş tek mirasçı olarak mirasın tamamını kazanmakta, dolayısıyla mirası reddeden mirasçı retten beklediği hukuki ve ekonomik sonuca ulaşmaktadır.

Mirasın sonra gelen mirasçılar yararına reddedilmesi (TMK m 614) halinde, sonra gelen mirasçılarının da mirası reddetmesi ya da bir aylık süre içinde mirası kabul etmeyerek reddetmiş sayılmaları (TMK m 614/2) halinde, tereke iflas hükümlerine göre tasfiye edilecek ve tasfiye sonunda arta kalan değerler önce gelen mirasçılara verilecektir (TMK m 614/3). Bu durumda, en yakın yasal mirasçılarının tamamı tarafından rette (TMK m 612) olduğu gibi, terekenin resmi tasfiyesi yapılarak, resmi tasfiye sonunda arta kalan değer reddedenin miras payına isabet eden kısmı reddeden mirasçıya verileceği için, TMK m 617'ye göre reddin iptalini talep edilememelidir. Bununla birlikte, mirası reddeden mirasçılardan sonra mirasçılarının kendilerine yapılan bildirim sonrası bir aylık süre içinde mirası kabul etmesi halinde ret gerçekleşmiş olacağı için, TMK m 617'ye göre reddin iptali talep edilebilir.

Reddin iptali davasının iflas idaresi⁶⁶ tarafından açılması ise, kanunun izin verdiği bir diğer ihtimaldir. Ancak gözden kaçırmamak gerekir ki, iflas idaresinin bu davayı açabilmesi için, mirası reddeden mirasçı hakkında iflas kararının mirasın reddinden önce⁶⁷ ya da reddinden itibaren altı ay içinde alınmış olması gerekir⁶⁸. Zira mirasın reddi tarihinden itibaren altı aylık hak düşürücü süre içinde davanın açılması kuralı, davanın iflas idaresi tarafından açılması ihtimalinde de geçerlidir.

Mirasçı hakkında iflas kararı alınmasından önce alacaklılar tarafından reddin iptali davası açılmış olsa bile, iflasın açılmasından sonra artık dava hakkı iflas idaresine ait olacağı için, sürmekte olan iptal davası, ikinci alacaklılar toplantısından on gün sonrasına kadar durur (İİK m 194/1). İkinci alacaklılar toplantısında davanın devamına karar verilirse, iflas idaresi davaya kaldığı yerden devam eder⁶⁹.

⁶⁵ Baygın (n 8) 139; Şahan (n 2) 20.

⁶⁶ TMK m 617'ye karşılık gelen mülga Medeni Kanun m 557'de, isabetsiz olarak *iflas masası* ifadesine yer verilmişti. Zira İİK m 184'e göre teknik anlamıyla iflas masası, müflisin belirli nitelikte malvarlığı değerlerinden müteşekkil özel bir malvarlığı bütününi ifade etmektedir. Eski Medeni Kanun'da bu yanlış ifadenin tercih edilme sebebi, muhtemelen, mehz İsviçre Medeni Kanunu m 578'in Fransızca metninde yer alan "*la masse en faillite*" şeklindeki ifadedir. Mülga Medeni Kanun m 557'deki hatalı *iflas masası* ifadesi yerine, TMK m 617'de *iflas idaresi* şeklinde bir ifadeye yer verilmesi isabetli olmuştur.

⁶⁷ Mirasçının iflas etmiş olmasının tasarruf yetkisinin sınırlanması anlamına gelmeyeceği, hakkında alınmış bir iflas kararı bulunmasına rağmen mirası reddedebileceği yönünde, Helvacı (n 3) 301. Borçlunun iflas etmiş olmasının, iflasın açılmasından sonra kendisine intikal eden bir mirası reddetmesini engellemeyeceği, müflisin iflasın açılmasından sonra mirası reddetmesi halinde, iflas idaresinin ret tasarrufunun İİK m 191'e göre hükümsüzlüğünü değil, ancak TMK m 617'ye göre iptalini dava edebileceği yönünde, Baygın (n 8) 142.

⁶⁸ Baygın (n 8) 142; Helvacı (n 3) 221-222; Tuncer Kazancı ve Öcal Apaydın (n 8) 789; Çabri (n 2) 671; Şahan (n 2) 22.

⁶⁹ Baygın (n 8) 142.

Mirasçı hakkında iflas kararı alınmasından önce alacaklılar tarafından reddin iptali davası açılmamış olması halinde ise, davanın, bütün alacaklıları temsilen doğrudan doğruya iflas idaresi tarafından açılması gerekir. Bununla birlikte iflas idaresinin bu davayı açmakta lüzum görmemesi halinde, İİK m 245'e göre isteyen alacaklılara dava açma hakkını devredebilir⁷⁰. Davanın bu şekilde dava açma hakkını devralan alacaklılar tarafından açılarak kazanılması halinde, reddin iptali sayesinde elde edilen menfaatten masraflar çıkarıldıktan sonra, öncelikle reddin iptalini sağlayan alacaklıların alacağı verilir, artan değer iflas masasına geçer.

D. Reddin İptali Davasında Davalı

Mirası reddin iptali davasının kime karşı açılması gerektiği konusunda TMK m 617'de bir açıklık yoktur. Bu konunun doktrinde tartışmalı olduğu görülmektedir.

Doktrindeki hakim görüşe göre⁷¹ reddin iptali davası, mirası reddetmiş mirasçıya karşı açılmalıdır. Zira mirası redde kötüniyetin var olup olmadığı, ancak reddedenin taraf olduğu bir davada tartışılabilir. Reddeden mirasçının bu süre zarfında ölmüş olması halinde, şüphesiz davanın onun mirasçılara yöneltmesi gerekir.

Diğer bir görüşe göre⁷², reddin iptali davası, iptali talep edilen retten yararlanan kişilere karşı açılmalıdır. Çünkü geri alınamaz nitelikteki ret beyanı ile miras hakkını ve mirasçılık sıfatını kalıcı olarak kaybetmiş kişiye karşı dava açılması söz konusu olamaz. Nitekim reddin iptal edilmesi halinde resmi tasfiye süreci başlayacağı için, iptal davasının sonuçlarından asıl etkilenecek olanlar, retten yararlananlardır. Bu nedenle de borcu ödemek veya güvence göstermek yoluyla reddin iptalini engellemekte menfaati olan, reddeden mirasçı değil, retten yararlananlardır.

Nihayet başka bir fikre göre⁷³ davanın, hem mirası reddetmiş mirasçıya hem de mirasın reddinden yararlanan kişilere birlikte yöneltmesi gerekir. Bu görüşün hukuki dayanağını, tasarrufun iptali davalarının, borçlu ve borçlu ile hukuki işlem yapan veya borçlu tarafından kendilerine ödeme yapılan kişilere karşı açılacağını düzenleyen İİK m 282 düzenlemesi oluşturmaktadır. TMK m 617'nin gerekçesinde, reddin iptali davası açılması için öngörülen sürenin üç aydan altı aya çıkarılmasının sebebi olarak, alacaklıların reddeden kişinin mirasçılarını saptamalarının uzun zamanı gerektirmesinin gösterilmesi de, bu görüşü destekler niteliktedir⁷⁴.

⁷⁰ Helvacı (n 3) 222; Baygın (n 8) 142; Şahan (n 2) 23; Günel (n 2) 123.

⁷¹ Oğuzman (n 2) 299 dn 153; İmre ve Erman (n 2) 375; Serozan ve Engin (n 3) 523; Helvacı (n 3) 224-225; Antalya (n 3) 443; İnan, Ertuş ve Albaş (n 3) 520; Günay (n 3) 119; Gençcan (n 6) 1240; Hoşlan (n 2) 330; Şener (n 20) 118; Özkan (n 2) 3492; Çabri (n 2) 672; Sandoz (n 8) 796-797; Stooss (n 21) 104.

⁷² Piotet (n 8) 577; Piotet (n 2) 109.

⁷³ Baygın (n 8) 144; Şahan (n 2) 25.

⁷⁴ Baygın (n 8) 144.

Gerçekten de TMK m 617'ye göre açılan mirası reddin iptali davasının, hem mirası reddetmiş mirasçıya hem de mirasın reddinden yararlanan kişilere karşı birlikte açılması gerektiğini kabul etmek daha makul görülmektedir. Öncelikle, açılan davada malvarlığının borçlarını karşılamaya yeterli olup olmadığı, mirası redde kötünüyeti bulunup bulunmadığı araştırılacak ve nihayetinde dava kabul edilirse mirası ret yönündeki irade beyanı geçersiz kılınacak kişi mirası reddeden mirasçı olduğuna göre, ister yasal ister atanmış mirasçı olsun, onun bu davada taraf olarak gösterilmemesi düşünülemez. Diğer yandan, reddin iptal edilmesi halinde redde bağlı olarak hak kazandıkları miras resmi tasfiyeye konu olacağı ve öncelikle reddeden mirasçının borçlarının ödenmesine harcanacağı dikkate alındığında, davanın kabul edilmesine bağlı ekonomik sonuçlardan asıl etkilenecek olan, retten yararlananlardır. Bu nedenle davanın, reddeden mirasçıyla birlikte retten yararlananlara da yöneltilmesi gerekir. TMK m 617'nin gerekçesinde reddin iptali davası açılması için öngörülen sürenin üç aydan altı aya çıkarılmasının sebebi olarak, alacaklıların reddeden kişinin mirasçılarını saptamalarının uzun zamanı gerektirmesinin gösterilmesi de dikkate alındığında, İİK m 282'nin kıyasen uygulanmasının bu görüşün yasal dayanağını oluşturduğu söylenebilir. Diğer yandan, retten yararlananların da davaya dahil edilmesi usul hukuku bakımından davacı alacaklının iş yükünü bir miktar arttıracak olsa da, mirasın reddedilerek kendilerinin hak sahibi haline geldiğinden haberdar dahi olmayabilecek bu kişilerin davaya taraf olması ve dava sürecinde reddin iptali riskini fark ederek teminat göstermek, hatta borcu ödemek yoluna gidebilecekleri düşünüldüğünde, sonuçta davacının lehine bir neticenin ortaya çıkmasını da sağlayabilir.

Nitekim uygulamada da Yargıtay'ın mirası reddin iptali davasının, hem mirası reddeden mirasçıya hem de bu retten mirasçılık hakları etkilenecek olanlara karşı birlikte açılması gerektiğini kabul ettiği görülmektedir⁷⁵. Yargıtay kararında bu tercihin hukuki dayanağı hakkında bir açıklık olmamakla birlikte, İİK m 282 hükmünü kıyasen uyguladığını düşünmek yanlış olmayacaktır.

E. Reddin İptali Davasında Yetkili ve Görevli Mahkeme

Mirası reddin iptali davasında yetkili mahkeme, TMK m 576'dan hareketle, mirasbırakanın yerleşim yeri mahkemesidir⁷⁶. Bu davada terekenin hesabının

⁷⁵ Yargıtay 2 HD, 19803/6392, 05.05.2008, Gençcan (n 6) 1240: "Dava, bu reddin iptali istemine ilişkindir. Yasal biri mirası reddederse onun payı miras açıldığı zaman kendisi sağ değilmiş gibi furiü varsa furiüna, yoksa diğer mirasçılara geçer. (TMK. 611/1.) Semih'in mirası reddetmesiyle onun payı altı soyuna geçmiştir. Reddin iptali, bunların mirasçılık haklarını etkileyecektir. O halde Semih'in altoyu olan Mustafa Orhan ve Kemal davaya dahil edilmeden gösterdikleri takdirdede delilleri toplanmadan eksik hasım ve eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru bulunmamıştır."

⁷⁶ İnan, Ertaş ve Albaş (n 3) 521 dn 262; Helvacı (n 3) 214; Baygın (n 8) 132; Şahan (n 2) 19; Şener (n 20) 116; Günay (n 3) 118; Özkan (n 2) 3492; Hoşlan (n 2) 331-332; Guinand ve Stettler (n 2) 215 dn 733; Yargıtay 2 HD, 7533/12218, 21.06.2010, Gençcan (n 6) 1239: "Dava, mirasın gerçek reddine (TMK. m 605/1) ilişkin kararın iptaline (TMK. m 617/1) yöneliktir. Mirasın açılması, mirasbırakanın tasarruflarının iptali, tenkisi, miras sebebiyle istihkak davalarında olduğu gibi, bu davada da yetkili mahkeme; mirasbırakanın yerleşim yeri mahkemesidir. (TMK. m 576) Bu yetki, kamu düzeniyle ilgili olup kesindir. Yargılamanın her aşamasında mahkemelerce kendiliğinden (re'sen) gözetilmek zorundadır.". Mirası reddin iptali davasında yetkili mahkemenin, davalının (mirası reddeden kişinin) yerleşim yeri mahkemesi olduğu yönünde farklı görüş için, bkz Çabri (n 2) 673; İsviçre hukukunda aynı yönde, bkz Cordey (n 2) 97-98.

yapılması ve davanın kabulü halinde resmi tasfiye söz konusu olacağı için, davanın terekeyle doğrudan ilgili olduğunun kabulü gerekir⁷⁷.

Mirası reddin iptali davalarında görevli mahkeme ise, mevzuatta başka bir mahkeme reddin iptali davasına bakmakla özel olarak görevli kılınmadığı için, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun⁷⁸ (kısaca, HMK) 2. maddesi gereğince asliye hukuk mahkemesidir⁷⁹.

III. Reddin iptali Davasının Sonucu

A. Genel Olarak

TMK m 617'nin birinci fıkrasında mirası reddin iptali davasının şartlarını düzenleyen kanun koyucu, aynı maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında reddin iptali davasının kabul edilmesine bağlanacak sonuçları düzenleme altına almıştır. Buna göre, mahkemece davanın kabul edilerek reddin iptaline karar verilmesinin hukuki sonuçlarını, mirasın resmi tasfiyesi (TMK m 617/2), alacakların ödenmesi ve arta kalan değerın dağıtılması (TMK m 617/3) olmak üzere üç alt başlık altında toplamak mümkündür.

Bu sonuçların incelenmesine geçmeden önce belirtmek gerekir ki, düzenlemede, dava açan alacaklıların veya tüm alacaklıların haklarını karşılayacak ölçüde bir kısmi iptalden bahsedilmediği için, mahkemece reddin iptaline karar verilmesi, ret işleminin tamamı bakımından hukuki sonuç doğurur. Diğer bir ifadeyle, mirası reddin iptali, reddin tamamı bakımından söz konusu olur.

B. Mirasın Resmi Tasfiyesi

Davanın kabul edilerek reddin iptaline karar verilmesinin en önemli sonucu, mirasın resmen tasfiye edilmesidir (TMK m 617/2). Reddin iptaline karar veren mahkeme, bu yönde özel olarak talepte bulunulmamış olsa dahi, TMK m 617/2 gereği resmi tasfiye sürecini resen (*ex officio*) başlatmalıdır⁸⁰. Bu durumda resmi tasfiyenin, mirası reddin iptaline karar veren mahkemece gerçekleştirilmesi söz konusu olmaktadır⁸¹.

⁷⁷ Hoşlan (n 2) 331-332.

⁷⁸ Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.1.2011, RG 4.2.2011/27836.

⁷⁹ Baygın (n 8) 132; Gençcan (n 6) 1239; Özkan (n 2) 3492; Şener (n 20) 116; Günel (n 2) 122; Çabri (n 2) 672; Şahan (n 2) 18; Hoşlan (n 2) 331; Yargıtay 2 HD, 1085/15751, 13.10.2011, Günay (n 3) 118: "Dava, TMK 618. maddesine dayalı mirasın reddinin iptali davasıdır. Kanunda özel hüküm bulunmadığı ve Sulh hukuk mahkemelerinin görevini açıklayan 6100 s. HMK 4. maddesinde gösterilen davaların dışındaki her dava asliye hukuk mahkemesinde görülür. Mirasın reddinin iptali davasında görevli mahkeme Asliye hukuk mahkemesidir. Görev kamu düzenine ilişkindir. Mahkemece yargılamanın her aşamasında kendiliğinden gözetilmesi gerekir."

⁸⁰ Serozan ve Engin (n 3) 523 dn 60; İmre ve Erman (n 2) 375-376; Helvacı (n 3) 228; Tuncer Kazancı ve Öcal Apaydın (n 8) 792; Baygın (n 8) 149-150; İnan, Ertaş ve Albaş (n 3) 521; Hoşlan (n 2) 332; Öztan (n 3) 403; Çabri (n 2) 682; Şahan (n 2) 30; Özkan (n 2) 3493; Cordey (n 2) 85; Piotet (n 8) 575 dn 27.

⁸¹ Mirası reddin iptalini sağlayan alacaklının, reddin iptali ve mirasın resmen tasfiyesine ilişkin mahkeme kararını TMK m 634 uyarınca mirasbırakanın son ikametgahı sulh hakimliğine vereceği ve resmi tasfiyenin bu hakimlikçe yapılacağı yönünde farklı görüş için, bkz Hoşlan (n 2) 332.

Mirası reddin iptaline resmi tasfiye sonucunun bağlanması altında yatan sebep, reddin iptalini sağlayan alacaklılar ile retten yararlanan kişiler arasındaki çıkar çatışmalarına tarafsız bir biçimde çözüm getirme amacıdır⁸². Retten yararlanan mirasçılarının mirası, reddin iptali davası açılmadan veya sonuçlanmadan önce paylaşmış olması, reddin iptali davasının açılmasına veya devamına engel değildir. Bu durumda mirasın paylaşılmasından sonra reddin iptal edilmesi halinde, mirasın paylaşılması yoluyla elde edilen değerlerin resmi tasfiye memuruna iade edilmesi gerekir⁸³.

Murisin birden fazla mirasçısının bulunması ve bunlardan sadece biri ya da bir kısmı tarafından gerçekleştirilen reddin iptal edilmesi halinde, terekenin tamamının mı yoksa sadece reddi iptal edilen mirasçı ya da mirasçılarının miras paylarının mı resmi tasfiyeye tabi tutulacağı konusunda kanunda bir açıklık yoktur. Daha doğru bir deyişle, kanundaki ifadenin lafzi olarak anlaşılması halinde, terekenin bütünüün resmi tasfiyeye tabi tutulacağı anlamı çıkmaktadır. Bununla birlikte, konu doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre⁸⁴, Türk Medeni Kanunu'nun resmi tasfiyeye ilişkin TMK m 632 vd hükümlerindeki genel yaklaşım korunarak, mirası reddin TMK m 617 gereğince iptal edilmesi halinde, sadece reddi iptal edilen mirasçı ya da mirasçılarının miras paylarının değil, tereke bütünüün resmi tasfiyeye tabi tutulması gerekir. Zira resmi tasfiye ancak terekenin bütünü bakımından söz konusu olur. Birden fazla mirasçının bulunması ve sadece reddi iptal edilen mirasçının payının resmi tasfiyeye tabi tutulması halinde, reddi iptal edilen mirasçı bakımından cüzi halefiyet, diğer mirasçılar bakımından ise külli halefiyet ilkesinin geçerli olması gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır. Bu görüşe göre, kanun metninin açık ifadesi ve diğer mirasçılarının güvence göstererek resmi tasfiyeyi önleme imkanı olduğu dikkate alınarak, sadece reddi iptal edilen mirasçının miras payı değil, terekenin bütünü resmi tasfiyeye konu olmalıdır⁸⁵.

Uygulamada Yargıtay'ın da benimsediği⁸⁶ diğer görüşe göre⁸⁷ ise, mirası kabul etmiş mirasçılarının miras paylarının da reddi iptal edilen mirasçının miras payıyla birlikte resmi tasfiye kapsamına alınmasının onlar bakımından yaratabileceği ekonomik kayıp dikkate alınarak, sadece reddi iptal edilen mirasçı ya da mirasçılarının

⁸² Helvacı (n 3) 226; Cordey (n 2) 84; Stooss (n 21) 107.

⁸³ Baygın (n 8) 140; Tuncer Kazancı ve Öcal Apaydın (n 8) 789.

⁸⁴ Kocayusufoğlu (n 2) 632; Oğuzman (n 2) 299 dn 154; Aybay (n 3) 94; Serozan ve Engin (n 3) 523; Baygın (n 8) 151; Helvacı (n 3) 227; Öztan (n 3) 403; Hoşlan (n 2) 333; Tuncer Kazancı ve Öcal Apaydın (n 8) 792-793; Şahan (n 2) 231; Cordey (n 2) 84-85; Stooss (n 21) 107; Sandoz (n 8) 797-798.

⁸⁵ Helvacı (n 3) 226-227.

⁸⁶ Yargıtay 14 HD, 18632/7026, 9.11.2020, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: "*Birden çok mirasçının varlığı halinde; reddin iptaline karar verilmesi durumunda, reddi iptal edilen mirasçının miras payının resmi tasfiyeye tabi olur (TMK. 617/2).*"; Yargıtay 8 HD, 4831/2561, 17.02.2013, Gençcan (n 6) 1232: "*Ayrıca birden çok mirasçının varlığı halinde; reddin iptaline karar verilmesi durumunda, reddi iptal edilen mirasçılarının miras payının resmi tasfiyeye tabi olacağı gözetilmeden...*"

⁸⁷ İmre ve Erman (n 2) 376; İnan, Ertaş ve Albaş (n 3) 522; Özüğür (n 12) 2048; Şener (n 20) 118; Çabri (n 2) 682; Günay (n 3) 121; Günel (n 2) 126; Özkan (n 2) 3494.

miras paylarının resmi tasfiyesi yoluna gidilmelidir. Aksi çözümün kabulü halinde, reddi iptal edilen mirasçının alacaklılarını korumak adına, mirası kabul etmiş mirasçılara zarar verilmesi riski ortaya çıkacaktır. Kanunun açık hükmüne rağmen, TMK m 617'nin tek bir mirasçının olduğu durumlar dikkate alınarak düzenlendiği ve reddi iptal edilen mirasçı dışında mirasçıların da olması halinde bir kanun boşluğu olduğu kabul edilerek, sadece reddi iptal edilen mirasçının miras payının resmi tasfiyeye tabi tutulması gerekir. Bu durumda resmi tasfiye, reddi iptal edilen mirasçının payının terekeden ayrılması ve reddeden mirasçının yerine geçmek üzere TMK m 648'e göre paylaşmaya katılmak üzere kayyım atanması yoluyla yapılacaktır.

Yargıtay'ca da kabul edilen bu ikinci görüşün uygulanabilmesi, diğer bir ifadeyle, sadece mirası reddi iptal edilen mirasçının miras payının resmi tasfiyeye tabi tutulması için, öncelikle o mirasçının miras payına isabet eden tereke varlığı belirli hale gelmelidir. Bu ise ancak, mirasın -en azından payı resmi tasfiyeye tabi tutulan mirasçı bakımından kısmen- paylaşılması yoluyla gerçekleşir. Paylaşmanın yapılabilmesi amacıyla, reddi iptal edilen mirasçının yerine paylaşmaya katılmak üzere TMK m 648'e göre kayyım atanmalıdır⁸⁸. Reddi iptal edilen mirasçının yerine geçmek üzere kayyım atanmasından sonra, kayyımın diğer mirasçılarla anlaşabilmesi halinde rızai, anlaşamaması halinde ise dava açılması yoluyla paylaşma sağlanacak, böylece reddi iptal edilen mirasçının payına isabet eden malvarlığı netleşecek ve sadece reddi iptal edilen mirasçının payına isabet eden bu malvarlığı değerleriyle sınırlı olarak resmi tasfiye süreci işletilecektir.

Mirasbırakanın diğer mirasçılarının menfaatlerinin korunması reddi iptal edilen mirasçının alacaklılarının menfaatlerinin korunması kadar önemli olduğu halde terekenin tümünden resmi tasfiyeye tabi tutulmasının onlar bakımından yaratabileceği ekonomik risk ve diğer mirasçıların terekenin tümünden resmi tasfiyesini engellemek için reddi iptal edilen mirasçının borçlarına yeterli güvence göstermelerini beklemenin adil olmadığı gözetildiğinde, Yargıtay'ın de benimsediği bu çözüm daha adil görünmektedir. Şüphesiz Türk Medeni Kanunu'nun yaklaşımı dikkate alındığında, hukuk tekniği bakımından resmi tasfiyenin terekenin bütünü bakımından yapılması gerekir. Bununla birlikte unutmamak gerekir ki, resmi tasfiyeye ilişkin TMK m 632/2'ye göre, birlikte mirasçı olanlardan birinin mirası kabul etmesi halinde, resmi tasfiye yapılamaz. Tartışma konusu durumda da mirası reddi iptal edilen mirasçı dışındaki mirasçıların mirası kabul etmiş olduğu gözetildiğinde, TMK m 617/2'de öngörülen resmi tasfiyenin TMK m 632/2 kuralına getirilmiş bir istisna olduğu kabul edilmeli ve istisnaların dar yorumlanması ilkesinden hareketle, sadece mirası reddi iptal edilen mirasçının miras payının resmi tasfiyeye tabi tutulacağı kabul edilmelidir.

⁸⁸ İmre ve Erman (n 2) 376; Çabri (n 2) 683.

C. Alacakların Ödenmesi

TMK m 617'ye göre mirası reddin iptalinin diğer sonucu, alacakların ödenmesidir. Esasen yukarıda açıklanan resmi tasfiye süreciyle ulaşılmaya çalışılan öncelikli hedef, alacakların ödenmesinin sağlanmasıdır. TMK m 617/3'te alacakların ödenmesi bakımından alacaklılar arasında bir sıra öngörülmüştür.

Hükme göre, mirası reddin iptaliyle birlikte ilk olarak resmi tasfiye süreci tamamlanmalıdır. Bu durumda, düzenlemede açıkça belirtilmiş olmasa da, öncelikle resmi tasfiye kapsamında mirasbırakanın (terekenin) borçlarının ödenmesi gerekir. Bu kapsamda ilk olarak mirasbırakanın alacaklılarının alacakları ve mal vasiyeti lehtarlarının vasiyet alacakları yerine getirilir (TMK m 603/1). Esasen bu borçların ifası, mirası reddin TMK m 617'ye dayalı iptaline bağlı özellik arz eden bir durum olmayıp, resmi tasfiye sürecinin olağan bir sonucudur.

Daha sonra ise sıra, mirası reddi iptal edilen mirasçının alacaklılarına gelir. Kanun bu alacaklılar arasında da bir sıralama öngörmüştür. Eğer resmi tasfiye sonrasında reddi iptal edilen mirasçının payına bir şey düşürse bundan, önce mirasçının mirası reddine itiraz ederek reddi iptal ettiren alacaklılarının, daha sonra ise reddi iptal edilen mirasçının diğer alacaklılarının alacakları ödenir (TMK m 617/3). Kanunun, reddi iptal edilen mirasçının alacaklıları arasında böyle bir sıra öngörmesinin sebebi, reddin iptalini talep ederek bu davanın risklerini göğüslemiş ve davayı kendi çabaları ile olumlu sonuca ulaştırmış alacaklıların, bu konuda hiçbir çaba göstermemiş diğer alacaklılardan üstün tutulmasının daha adil olacağı düşüncesidir⁸⁹.

Bu düzenlemeye uygun olarak, resmi tasfiye neticesinde reddeden mirasçının payına bir şey düşerse, öncelikle mirasçının reddi iptal ettiren alacaklılarının alacaklarının ödenecektir. Reddeden mirasçının payına düşen miktarın bu alacaklıların alacaklarının tamamını karşılamaya yetmemesi halinde, alacaklılar alacaklarıyla orantılı olarak tatmin edilir⁹⁰. Reddin iptali amacıyla ayrı davalar açmış alacaklıların davalarının birleştirilmemesi nedeniyle birbirinden bağımsız olarak yürüyor olması ve bu davalardan birinin kabul edilerek reddin iptalinin sağlanması halinde de aynı sonuca ulaşmak adil olur.

Mirası reddi iptal edilen mirasçının tatmin edilecek ikinci grup alacaklıları, reddin iptali davası açmamış olanlardır. Ancak düzenlemede “*diğer alacaklılar*” olarak ifade edilen bu alacaklılar, reddi iptal edilen mirasçının tüm alacaklıları değildir. Burada kastedilen alacaklılar, alacakları mirasın reddinden önce doğmuş, bu nedenle başka alacaklılar tarafından açılan reddin iptali davasında mirasçının malvarlığının borçlarını karşılamaya yeterli olup olmadığı incelenirken alacakları dikkate alınmış olmasına rağmen, kendileri reddin iptali davası açmamış olan alacaklılardır. Zira ancak reddin

⁸⁹ Baygın (n 8) 152; Helvacı (n 3) 230 dn 590.

⁹⁰ Kılıçoğlu (n 3) 312; Helvacı (n 3) 231.

iptali davasında mirasçının malvarlığının borçlarını karşılamaya yeterli olup olmadığı incelenirken alacakları hesaba katılan bu alacaklılar, reddin zarara uğrattığı alacaklılar olarak kabul edilebilir. Bu nedenle, mirasçının alacaklısının bu ikinci grup içinde kabul edilebilmesi için, alacaklarını resmi tasfiyeyi gerçekleştiren sulh mahkemesine kabul ettirmiş olmaları şartı aranmalıdır⁹¹. Ayrıca alacaklarını mahkemeye kendileri kabul ettirmiş olmasalar da, reddi iptale konu edilen mirasçı tarafından alacakları mahkemeye bildirilen alacaklıların da bu gruba dahil edilmesi gerekir⁹². Özetle, reddin iptali davası açan alacaklıların alacaklarının ödenmesi sonrasında geriye bir şey kalırsa, bu ikinci grup alacaklıların alacaklarının ödenmesine geçilir. Geriye kalan miktarın ikinci gruptaki alacaklıların alacaklarının tamamını karşılamaya yetmemesi halinde, bu alacaklılara da alacaklarıyla orantılı bir ödeme yapılır.

Diğer bir ihtimal olarak, reddin iptaline iflas idaresinin açtığı dava neticesinde karar verilmesi halinde ise, resmi tasfiye sonunda reddi iptal edilen mirasçının payına bir şey düşerse, bu değer iflas masasına dahil olur ve iflas masasına kayıtlı alacaklılar arasında alacaklarıyla orantılı olarak paylaşılır⁹³. Ancak, mirası reddeden borçlu iflas etmiş olmasına rağmen, iflas idaresinin mirası reddin iptali davasını açmakta lüzum görmeyerek dava açma hakkını İİK m 245'e göre alacaklılardan birine ya da bazılarına devretmesi ve reddin iptalinin bu alacaklılar tarafından açılan dava sonucunda sağlanması halinde, öncelikle davayı açan alacaklıların alacakları ödenir. Bu ödeme yapıldıktan sonra geriye bir şey kalırsa, geriye kalan bu miktar iflas masasına dahil olur ve mirasçının iflas masasına kayıtlı diğer alacaklıları arasında alacaklarıyla orantılı olarak paylaşılır (İİK m 245).

D. Arta Kalan Değerin Dağıtılması

Resmi tasfiye neticesinde reddi iptal edilen mirasçının miras payına düşen değerden, alacaklılarının yukarıda açıklanan sırayla tatmin edilmesi sonrasında hala arta kalan bir değer var ise, düzenlemeye göre bu değerler, ret geçerli olsa idi bundan yararlanacak olan mirasçılara verilir (TMK m 617/3).

Arta kalan değer reddi iptal edilen mirasçıya değil de, ret geçerli olsa idi bundan yararlanacak olan mirasçılara verilmesi adil bir çözümdür. Çünkü bütün alacaklılar tatmin edildikten sonra geriye kalan değer, mirası alacaklılarına zarar vermek amacıyla reddetmiş mirasçıya bırakılsaydı, sanki mirası reddetmemiş gibi bir sonuç ortaya çıkacak, bu mirasçının reddi iptal eden mahkemece tespit edilmiş kötü niyetli tavrı cezasız kalmış olacaktı. Bu düzenleme sayesinde, mirası kötüniyetli olarak reddettiği mahkemece tespit edilmiş mirasçı cezalandırılmaktadır. Ayrıca bu düzenlemeyle reddin geri alınamayacağı ilkesi de korunmakta, ret iptal edilmesine rağmen, sanki bu

⁹¹ Helvacı (n 3) 231; Baygın (n 8) 153; Şahan (n 2) 33.

⁹² Helvacı (n 3) 231 dn 592; Baygın (n 8) 153.

⁹³ Baygın (n 8) 152; Tuncer Kazancı ve Öcal Apaydın (n 8) 793; Çabri (n 2) 683.

iptal hiç gerçekleşmemiş gibi reddeden mirasçı bakımından sonuçlarını doğurmaya devam etmektedir⁹⁴.

Ret geçerli olsa idi bundan yararlanacak mirasçılardan kimler olduğu, TMK m 612, 613 ve 614'te düzenlenen özelliikli ret halleri dışında, TMK m 611'e göre belirlenir. Anılan düzenlemeye göre, yasal mirasçılardan biri mirası reddederse onun payı, miras açıldığı zaman kendisi sağ değilmiş (mirasbırakandan önce ölmüş) gibi düşünülerek belirlenecek hak sahiplerine geçer (TMK m 611/1). Atanmış mirasçının mirası reddetmesi halinde ise onun payı, mirasbırakanın arzusunun başka türlü olduğu ölüme bağlı tasarrufundan anlaşılmadıkça, mirasbırakanın en yakın yasal mirasçılardan kalır (TMK m 611/2). Sonuç olarak, resmi tasfiye sonunda reddi iptal edilen mirasçının payına düşen değerden alacaklılarının alacakları ödendikten sonra arta kalan değer, ret geçerli olsa idi TMK m 611'e göre mirasçılık sıfatını kazanması ya da miras payının artması söz konusu olacak kişilere verilecektir.

Örneğin, mirasbırakanın çocukları A, B ve C'nin mirasçılığında, altsoyu bulunmayan A'nın mirası reddinin TMK m 617'ye göre iptal edilmesi halinde, resmi tasfiye sonunda A'nın payına düşen değerden alacaklılarının alacakları ödendikten sonra arta kalan değer, B ve C arasında bölüştürülecektir. A'nın altsoyu D'nin bulunması halinde ise, arta kalan değer D'ye verilmesi gerekir. Tek yasal mirasçısı kardeşi K olan mirasbırakanın yaptığı vasiyetname ile terekesinin tamamı için L'yi mirasçı olarak ataması ve L'nin mirası reddinin alacaklıları tarafından TMK m 617'ye göre iptal edilmesi halinde ise, resmi tasfiye sonunda L'ye düşen değerden alacaklılarının alacakları ödendikten sonra arta kalan değer, K'ya verilir.

SONUÇ

Mirasın iradi reddi, mirasçıya, mirası kabul etmeyerek mirasçılık sıfatını ortadan kaldırma imkanı veren bir hukuki yoldur. Gerek yasal gerek atanmış mirasçılar, kanunda öngörülen usule uymak kaydıyla, herhangi bir gerekçe göstermek zorunda olmaksızın mirası serbestçe reddetme hakkına sahiptir. Ancak mirasçının bu hakkını alacaklılarına zarar vermek amacıyla kullanması, hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğurur. Bunu engellemek isteyen kanun koyucu, mirasçının alacaklılarına açacakları bir dava ile mirasın reddine itiraz ederek reddin iptalini sağlama hakkı tanımıştır. TMK m 617'de düzenlenen bu davanın kabul edilebilmesi için, mirası reddeden mirasçının malvarlığının borçlarına yetmiyor olması, mirasın alacaklılara zarar vermek amacıyla reddedilmesi ve alacaklılara yeterli güvence verilmemesi şartlarının aynı anda gerçekleşmesi gerekir.

Mirası reddeden mirasçının malvarlığının borçlarını karşılamaya yetmiyor (mirasçının malvarlığındaki aktiflerin pasifleri karşılamıyor) oluşu, malvarlığının

⁹⁴ Helvacı (n 3) 230 dn 590; Baygın (n 8) 153.

mirasın reddi anındaki durumu dikkate alınarak incelenmelidir. Düzenlemede mirasçının bu durumunun resmen tespit edilmiş olması şartı aranmadığı için, mirasçı hakkında alınmış bir aciz belgesi veya iflas kararı bulunmasa da, reddin iptalinin talep edildiği mahkemece gerekli inceleme yapılarak reddin iptaline karar verilebilecektir. İnceleme yapılırken, mirasın reddinden önce doğmuş olmak kaydıyla, muaccel olsun ya da olmasın tüm alacaklar dikkate alınmalıdır. Mirasçının malvarlığının borçlarını karşılamaya yeterli olmadığını ispat yükü, reddin iptalini talep eden davacının üzerindedir. Bu noktada davacı alacaklının, örneğin, davalının çok sayıda icra takibine uğradığını, ret öncesinde ödeme taleplerini sebepsiz olarak geri çevirdiğini, borçlarını ödememek için ortadan kaybolduğunu ortaya koyarak hakimde yeterli kanaatin oluşmasını sağlaması yeterli görülmelidir. Zira davacının, davalının hakimiyet alanındaki bu durumu kesin delillerle ispatlaması beklenemez.

Mirasın alacaklılara zarar vermek amacıyla (*in fraudem creditorum*) reddedilmesi şartı ise, normalde hiçbir gerekçe göstermeye ihtiyaç duymaksızın mirası ret hakkına sahip olan mirasçının reddinin iptalini, hakkaniyete uygun hale getirmektedir. Mirası reddeden kişinin bu amacının retten yararlananlarca bilinmesi önemli değildir. Ancak davalının bu amacının davacılar tarafından ispat edilememesi halinde, mirası reddeden mirasçı alacaklılarını tatmin edemiyor durumda olsa bile reddin iptaline karar verilemez. Doktrinde, davalının mirası reddinin alacaklılarının alacağını tehlikeye düşürecek olduğunu bilmesi veya bilebilecek durumda olması, zarar verme kastının varlığı için yeterli kabul edilmektedir. Yargıtay kararlarında da, malvarlığı borçlarına yetmeyen mirasçının mirası ret için makul bir sebep gösterememesi halinde, zarar verme kastının ispatlanmış sayıldığı görülmektedir. Bu durumda davalının davanın reddini sağlayabilmesi, mirasbırakanla arasında ailevi bağların tamamen kopmuş olduğu veya mirasbırakanın kendisine sağlığında yaptığı kazandırmaları dikkate alarak diğer mirasçıların hakkını gözetmek amacıyla mirası reddettiği gibi makul bir sebebi ortaya koyabilmesine bağlıdır. Terekenin borca batık olması nedeniyle mirasın hükmen reddedilmiş kabul edildiği durumlarda da, mirasçının alacaklılarına zarar verme kastı bulunamayacağı için, reddin iptali talep edilememelidir.

Mirası reddin iptali davasının kabul edilebilmesi için aranan son şart, alacaklılara yeterli güvence verilmemiş olmasıdır. Güvence, davalı ya da başka bir kişi tarafından gösterilebilir, şahsi veya ayni olabilir. Hükümün amacından yola çıkarak, gösterilmesi beklenen güvencenin, davalının tüm alacaklılarının değil, reddin iptalini talep eden alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yeterli olması gerektiği söylenebilir. Ancak davanın iflas idaresi tarafından açılmış olması halinde, gösterilen güvence iflas masasına kayıtlı tüm alacakları karşılamaya yeterli olmalıdır. Bununla birlikte her durumda, reddedilen miras payının ekonomik değeri, gösterilmesi beklenen güvencenin üst sınırını oluşturur.

Reddin iptali davası, mirasın kayıtsız şartsız reddedildiğine ilişkin beyanın sulh mahkemesine ulaştığı andan itibaren altı ay içinde açılmalıdır. Bu süre hak düşürücü nitelikte olduğu için, kesilmesi veya durması söz konusu olmaz, hakim tarafından resen dikkate alınır. Alacaklının bu kısa süreyi kaçırmaması, mirasın reddedebileceği dönemi gözeterek zaman zaman borçlusunun mirasbırakanının yerleşim yeri sulh mahkemelerinde tutulan sicilleri kontrol etmesini gerektirmektedir.

Reddin iptali davası, mirasçı hakkında iflas kararı alınmış olması halinde iflas idaresi, aksi halde mirasçının alacaklıları tarafından açılır. Mirasçının alacaklılarından birinin, bazılarının ya da hepsinin bir arada dava açması mümkündür. Her alacaklı kendi davasını açma hakkına sahip olduğu için, alacaklılardan birinin açtığı davanın reddedilmesi, diğer alacaklıların dava hakkını ortadan kaldırmaz. Zira davayı kaybeden alacaklı, mirasçının mirası retteki kötü niyetini ispatlayamamış olabilir ya da davası, alacağının yeterli güvencesi bulunduğu veya sonradan yeterli güvence gösterildiği için reddedilmiş olabilir. Doktrinde, alacaklının dava açabilmesi için alacak miktarının kesin olarak belirli olması gerekmediği kabul edilmekle birlikte, bu ihtimalde mirası reddeden mirasçının malvarlığının borcu karşılamaya yeterli olup olmadığının hesaplanmasında ve davanın reddini sağlamak üzere gösterilecek teminatın kapsamının belirlenmesinde yaşanabilecek güçlükler dikkate alınarak, bu görüşe ihtiyatlı yaklaşmak gerekir. Dava hakkı sadece mirasçının alacaklılarına tanındığı için, vasiyet lehtarının alacaklıları ve mirasbırakanın alacaklıları TMK m 617'ye göre dava açamaz.

Reddin iptali davasının kime karşı açılması gerektiği ise, düzenlemede bu konuda açıklık olmadığı için, gerek Türk gerek İsviçre hukukunda son derece tartışmalı bir konudur. Hakim görüşe göre, bu davanın mirası reddetmiş mirasçıya karşı açılması gerekir. Yargıtay'ca benimsenen ve üstün tutulması gereken fikre göre ise, davanın hem mirası reddetmiş mirasçıya hem de mirasın reddinden yararlanan kişilere birlikte yöneltilmesi gerekir. Bu davada malvarlığının borçlarını karşılamaya yeterli olup olmadığı, mirası redde kötüniyeti bulunup bulunmadığı araştırılacak ve nihayetinde dava kabul edilirse reddi iptal edilecek kişi mirası reddeden mirasçı olduğuna göre, onun bu davada taraf olarak gösterilmemesi düşünülemez. Diğer yandan, bu davanın kabul edilmesinin yaratacağı ekonomik sonuçlardan en çok etkilenecek olanlar, mirasın reddinden yararlananlardır. TMK m 617'nin gerekçesinde reddin iptali davası açılması için öngörülen sürenin üç aydan altı aya çıkarılmasının sebebi olarak, reddeden kişinin mirasçılarının alacaklılarca saptanmasının uzun zamanı gerektirmesinin gösterilmesi de, kanun koyucunun tercihinin bu kişilerin de davada taraf olarak bulunması yönünde olduğunun göstergesidir. Davanın retten yararlanan kişilere de yöneltilmesi davacıların iş yükünü bir miktar arttıracak olsa da, mirasın reddedilerek kendilerinin hak sahibi haline geldiğinden haberdar dahi olmayabilecek bu kişilerin davaya taraf olması ve dava sürecinde reddin iptali riskini fark ederek

teminat göstermek, hatta borcu ödemek yoluna gidebilecekleri düşünüldüğünde, sonuçta davacının lehine bir neticenin ortaya çıkmasını da sağlayabilir.

Mirası reddin iptali davasının terekeyle doğrudan ilgisi nedeniyle, TMK m 576'dan hareketle, davanın mirasbırakanın yerleşim yeri mahkemesinde açılması gerekir. Görevli mahkeme ise, asliye hukuk mahkemesidir.

Mahkemece davanın kabul edilerek reddin iptaline karar verilmesinin hukuki sonuçlarını, resmi tasfiyenin yapılması, alacakların ödenmesi ve arta kalan değer in dağıtılması olmak üzere özetlemek mümkündür.

Resmi tasfiye, reddin iptaline karar verilmesinin en önemli sonucudur. Bu konuda mahkemeden özel olarak bir talepte bulunulmuş olmasa dahi, reddin iptaline karar veren mahkeme, resmi tasfiye sürecini de resen başlatmalıdır. Kanunun ifade tarzı, sadece tek bir mirasçının bulunması ve bu mirasçının reddinin iptali halinde değil, birden fazla mirasçısının bulunması ve bunlardan sadece birinin reddinin iptal edilmesi halinde de terekenin tamamının resmi tasfiyeye tabi tutulması gerektiği şeklinde anlaşılmaya uygundur. Nitekim bir görüşe göre, mirası reddin TMK m 617 gereğince iptal edilmesi halinde, sadece reddi iptal edilen mirasçı ya da mirasçıların miras paylarının değil, tereke bütünüünün resmi tasfiyeye tabi tutulması gerekir. Zira resmi tasfiye ancak terekenin bütünü bakımından söz konusu olur. Diğer yandan, Yargıtay'ca da kabul edilen ve daha adil görünen diğer fikre göre, mirası kabul etmiş mirasçıların miras paylarının da reddi iptal edilen mirasçının miras payıyla birlikte resmi tasfiye kapsamına alınmasının onlar bakımından yaratabileceği ekonomik kayıp dikkate alınarak, sadece reddi iptal edilen mirasçı ya da mirasçıların miras paylarının resmi tasfiyesi yoluna gidilmelidir. Kanunun açık hükmüne rağmen, TMK m 617'nin tek bir mirasçının olduğu durumlar dikkate alınarak düzenlendiği ve reddi iptal edilen mirasçı dışında mirasçıların da bulunması halinde bir kanun boşluğu olduğu kabul edilerek, sadece reddi iptal edilen mirasçının miras payının resmi tasfiyeye tabi tutulması uygun olur. Bu durumda resmi tasfiye, reddi iptal edilen mirasçının payının terekeden ayrılması ve reddeden mirasçının yerine geçmek üzere TMK m 648'e göre paylaşmaya katılmak üzere kayyım atanması yoluyla yapılmalıdır. Böylece TMK m 617/2'de öngörülen resmi tasfiyenin TMK m 632/2 kuralına getirilmiş bir istisna olduğu kabul edilmekte ve istisnaların dar yorumlanması ilkesinden hareketle, sadece mirası reddi iptal edilen mirasçının miras payı resmi tasfiyeye tabi tutulmaktadır.

Resmi tasfiyeden sonraki aşama, alacakların ödenmesidir. Düzenlemede, alacaklılar arasında bir sıra öngörülmüştür. Eğer resmi tasfiye sonrasında reddi iptal edilen mirasçının payına bir şey düşürse bundan, önce mirasçının mirası reddine itiraz ederek reddi iptal ettiren alacaklılarının, daha sonra ise reddi iptal edilen mirasçının diğer alacaklılarının alacakları ödenir. Bu sıralamayla, reddin iptalini talep ederek bu davanın risklerini göğüslemiş ve davayı kendi çabaları ile olumlu

sonuca ulaştırmış alacaklılara, bu konuda hiçbir çaba göstermemiş diğer alacaklılara göre öncelik tanınmaktadır. Reddin iptaline iflas idaresinin açtığı dava neticesinde karar verilmesi halinde ise, resmi tasfiye sonunda reddi iptal edilen mirasçının payına bir şey düşerse, bu değer iflas masasına dahil olur ve iflas masasına kayıtlı alacaklılar arasında alacaklarıyla orantılı olarak paylaşılır.

Alacaklıların alacaklarının ödenmesinden sonra hala arta kalan bir değer olursa, bu değer, ret geçerli olsa idi bundan yararlanacak olan mirasçılara verilir. Bu yolla, mirası kötüniyetli olarak reddettiği mahkemece tespit edilmiş mirasçı cezalandırılmaktadır. Ayrıca bu düzenlemeyle reddin geri alınamayacağı ilkesi de korunmakta, ret iptal edilmesine rağmen, sanki bu iptal hiç gerçekleşmemiş gibi reddeden mirasçı bakımından sonuçlarını doğurmaya devam etmektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Antalya G, *Miras Hukuku* (4. Baskı, Seçkin 2019).
- Ayan M, *Miras Hukuku* (10. Baskı, Adalet 2020).
- Aybay A, *Miras Hukuku Dersleri* (Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 2002).
- Baygın C, *Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması* (Seçkin 2005).
- Cordey A, *Les droits des créanciers personnels de l'héritier d'après le code civil suisse Art. 524, 578, 609, al. 1* (La concorde, Lausanne 1923).
- Çabri S, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m 575-639) Cilt-II* (On İki Levha 2020).
- Dural M ve Öz T, *Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku* (15. Bası, Filiz, İstanbul 2020).
- Eren F ve Yücer Aktürk İ, *Türk Miras Hukuku* (3. Baskı, Yetkin 2020).
- Gençcan Ö U, *Miras Hukuku* (3. Baskı, Yetkin 2016).
- Guinand J ve Stettler M, *Droit civil: Successions (art. 457-640 CC)* (Cinquième édition, Éditions Universitaires Fribourg 2003).
- Günal A E, *Mirasın Reddi ve Hukuki Sonuçları* (2. Baskı, Platon 2020).
- Günay E, *Miras Hukukunda Mirasçılarının Sorumluluğu ve Alacaklıların Korunması* (Seçkin 2019).
- Hatemi H, *Miras Hukuku* (9. Baskı, XII Levha 2021).
- Helvacı İ, *Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Reddi (MK. m 605-MK. m 618)* (Filiz 2002).
- Hoşlan O, 'Mirasçının Alacaklısının Mirasın Reddini İptal Ettirebilmesi Hakkı', (1992) 18 (3) Yargıtay Dergisi 318-335.
- İmre Z ve Erman H, *Miras Hukuku* (13. Bası, Der, İstanbul 2017).

- İnan A N, Ertaş Ş ve Albaş H, *Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku* (10. Bası, Seçkin 2019).
- İşgüzar H, Demir M ve Yılmaz S, *Miras Hukuku* (Yetkin 2019).
- Kılıçoğlu A, *Medeni Kanun'umuzun Aile Miras Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler* (3. Bası, Turhan 2014).
- Kılıçoğlu A, *Miras Hukuku* (10. Bası, Turhan 2019).
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Miras Hukuku* (3. Bası, Filiz 1987).
- Oğuzman M K, *Miras Hukuku* (6. Bası, Filiz 1995).
- Özkan H, *Türk Medeni Yasası ve Uygulaması 5. Cilt Miras Hukuku* (Legal 2017).
- Öztan B, *Miras Hukuku* (11. Bası, Yetkin 2020).
- Özğür A İ, *Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku Cilt 2* (4. Baskı, Seçkin 2016).
- Piotet P, *Traité de droit privé suisse Tome IV Droit successoral* (Éditions Universitaires Fribourg 1975).
- Piotet P, *Précis de droit successoral* (Deuxième édition, Stämpfli 1988).
- Sandoz S, *Commentaire romand, Pichonnaz - Foëx - Piotet (Éditeurs), Code civil II Art. 457 - 977 CC - Art. 1 - 61 Tit. fin. CC* (Helbing Lichtenhahn, Bâle 2016).
- Serozan R ve Engin B İ, *Miras Hukuku* (7. Baskı, Seçkin 2021).
- Stooss W, *La répudiation des successions d'après le Code civil suisse* (Stämpfli 1917).
- Şahan G, 'Mirası Reddeden Mirasçının Alacaklılarının Korunması', (2020) 15 (1) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-40.
- Şener E, 'Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması', (1977) 3 (1) Yargıtay Dergisi 115-134.
- Tuncer Kazancı İ ve Öcal Apaydın B, 'Mirasçılarının Alacaklılarını Koruyan Davalar ile Tasarrufun İptali Davası İlişkisi', (2015) 2 (Özel Sayı) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 775-808.
- Tuor P, *Le code civil suisse* (Éditions polygraphiques, Zürich 1942).

Elektronik Kaynakça

Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı
Kazancı İçtihat Bilgi Bankası



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 28.07.2021
Revizyon Talebi: 30.07.2021
Son Revizyon Tarihi: 10.03.2022
Kabul: 10.08.2022

Tüketici Sözleşmelerinde Erken İfa

Musa Furkan Şahin*

Öz

Erken ifa, borçlunun borcunu sözleşmede kararlaştırılan vadeden önce ifa etmesidir. Türk Borçlar Kanunu'nun 96. maddesinde borçlunun borcunu kural olarak erken ifa edebileceği düzenlenmektedir. Ancak sözleşmenin hükümlerinden, sözleşmenin özelliklerinden veya durumun gereğinden bunun aksi anlaşılabilir. Erken ifa gerçekleştiğinde geçerli bir ifa söz konusu olur. Bu sebeple, borçlu edimin iadesini isteyemez. Türk Borçlar Kanunu'nun 96. maddesine göre, erken ifa sebebiyle kural olarak indirim yapılmaz. Ancak kanun, sözleşme veya adet gereği erken ifa sebebiyle indirim yapılabilir. Erken ifa hâlinde, sözleşmede kararlaştırıldığı takdirde alacaklı, erken ödeme tazminatı talep edebilir. Erken ödeme tazminatı, alacaklının erken ifa sebebiyle alacağına indirim yaptığı takdirde uğradığı zararın kısmen telafi edilmesi için talep ettiği bedeldir. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da taksitle satış, tüketici kredisi ve konut finansmanı sözleşmelerinde erken ifaya izin verilmektedir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da bu sözleşmelerde borçlunun borcunu erken ödemesi hâlinde erken ödeme indiriminin yapılacağı düzenlenmektedir. Buna göre, borçlu borcunu erken ödendiğinde faiz ve ek masraflar miktarınca indirim yapılması gerekir. İndirimin nasıl hesaplanacağı, her bir sözleşmenin yönetmeliğinde açıklanmıştır. Erken ödeme hâlinde Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 37. maddesine göre erken ödeme tazminatı gündeme gelebilir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da erken ödeme tazminatına sadece konut finansmanı sözleşmesinde izin verilmektedir. Erken ödeme tazminatının talep edilebilmesi için konut finansmanı sözleşmesi bulunması, sözleşmede sabit faiz oranının belirlenmesi, sözleşmede erken ödeme tazminatının açıkça kararlaştırılması ve borcun sözleşmede kararlaştırılan ifa zamanından önce ödenmesi gerekir. Erken ödeme tazminatının hesaplanması için öncelikle erken ödenen anapara miktarı hesaplanır. Ardından kalan vade otuz altı ayı aşarsa bu miktarın en fazla yüzde ikisi, aşmıyorsa bu miktarın en fazla yüzde biri erken ödeme tazminatı olarak talep edilebilir.

Anahtar Kelimeler

Erken İfa, Tüketici Sözleşmesi, Erken Ödeme, Erken Ödeme İndirimi, Erken Ödeme Tazminatı

Early Performance in Consumer Contracts

Abstract

Early performance describes performance before a contract's due date. As a rule, a debtor can demand early performance of a debt according to Article 96 of the Turkish Code of Obligations. However, the counter to this rule can possibly be inferred from the terms or nature of a contract or circumstances. The rendering of an early performance is a valid performance. According to Article 96 of the Turkish Code of Obligations, the obligor is not entitled to apply a discount due to early performance. However, if a discount is regulated by law, agreed upon by the parties, or sanctioned by custom, the obligor is then entitled to apply a discount. In case of early performance, the creditor may demand early repayment compensation if this has been agreed upon in the contract. According to Law No. 6502 on Consumer Protection, early performance is allowed in installment sales, consumer credit, and housing finance contracts. Law No. 6502 on Consumer Protection regulated the occurrence of an early repayment reduction in case of early repayment. In case of early repayment, however, early repayment compensation may also come into question in accordance with Article 37 of Law No. 6502 on Consumer Protection. Early repayment compensation is only permitted in terms of housing finance

* **Sorumlu Yazar:** Musa Furkan Şahin (Arş. Gör.), Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: musafurkan.sahin@asbu.edu.tr ORCID: 0000-0001-7277-1013

Atrf: Sahin MF, "Tüketici Sözleşmelerinde Erken İfa" (2022) 80(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 881. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.3.0006>



contracts. In order to claim early repayment compensation, a housing finance contract must be present, a fixed interest rate must have been determined in the contract, early repayment compensation must be agreed upon in the contract, and the debt must be paid before the contractual maturity.

Keywords

Early Performance, Consumer Contract, Early Repayment, Early Repayment Reduction, Early Repayment Compensation

Extended Summary

Early performance describes the performance before due date that has been agreed upon by the parties in a contract. According to Article 96 in the Turkish Code of Obligations, a debtor can, as a rule, submit early performance on the debt before the due date. The debtor may render early performance by renouncing the beneficial aspects of the situation.

The following exceptions to the possibility of early performance are stated in Article 96 of the Turkish Code of Obligations: (1) If the parties agree to terms prohibiting early performance in the contract, the debtor cannot render early performance. (2) Based on the nature of the contract, one may infer that early performance cannot be rendered. (3) In accordance with Article 96 of the Turkish Code of Obligations, circumstances may also prevent early performance.

In accordance with Article 96 of the Turkish Code of Obligations, no discount is applied as a rule in case of early performance. Although the debtor renounces the benefits of the maturity, the debtor cannot force the creditor to renounce any part of the claim. This rule should also apply to debts accruing interest because the creditor in this case expects to benefit from interest income and the time of performance. However, Article 96 of the Turkish Code of Obligations regulates that discounts can be made in accordance with law, contract, or custom.

In case of early performance, the parties may agree to pay early repayment compensation in order to compensate for the creditor's loss of income due to the early repayment. The amount of early repayment compensation can be agreed upon in the contract. Meanwhile, the creditor may have the authority based on the contract to determine the amount of early repayment compensation. In this case, the creditor must act in good faith and adhere to the prohibition of rights abuse when determining the amount of early repayment compensation.

Provisions are found regarding early performance in installment sales (Article 20), consumer credit (Article 27), and housing finance (Article 37) from Law No. 6502 on Consumer Protection. According to these articles, a consumer can give early performance for a debt. Provisions about early performance are also present in the

regulations of a contract (e.g., Regulation on Installment Sales Contracts, Consumer Credit Contracts Regulation, and Housing Finance Contracts Regulation).

Law No. 6502 on Consumer Protection states regarding early repayment provisions that, if the debtor pays his debt early, the debtor will be entitled to request an early repayment reduction. These provisions concerning early repayment reduction are intended to protect the consumer and are mandatory. How to calculate the reduction is explained in each contract's regulations. If no provision is present in other regulations regarding this calculation, the relevant provisions in the Consumer Credit Contracts Regulation will be applied. If an early repayment is made on the installment date, the amount due for the installment is first subtracted from the total amount of the early repayment. If the repayment is made during the interim period, the amount of interest and additional expenses accrued since the due date of the previous installment is subtracted from the total amount of the early repayment. After subtracting these, the remaining amount is the early repayment of the capital. If the total amount of the capital is paid early, the early repayment reduction is the sum of the interest and additional costs that have not yet accrued. In case of partial early repayment, the interest and additional costs that will accrue for the part that have been paid early fall within the scope of the early repayment reduction.

Article 37 of the Law on Consumer Protection concerning regulations on the early repayment provisions for housing finance states that the parties are given the opportunity to agree for the debtor to pay early repayment compensation in case of early repayment. In order to claim the early repayment compensation, the housing finance contract must be valid, and a fixed interest rate must have been determined in the contract. In addition, in this contract, the ability to demand early repayment compensation in case the debtor submits early performance should be clearly stated and agreed upon in this contract. The calculation of the early repayment compensation is regulated in Article 11 of the Housing Finance Contracts Regulation. When calculating the early repayment compensation, the early repayment amount corresponding to the capital is found first, then the early repayment compensation is calculated at no more than 1% of the early paid amount of the capital for cases where the remaining maturity does not exceed 36 months. Apart from this case, compensation is calculated at no more than 2% of the early paid amount of the capital for cases where the remaining maturity exceeds 36 months.

Tüketici Sözleşmelerinde Erken İfa

Giriş

Bir borç ilişkisinde taraflar edimlerini ifa zamanında gerçekleştirmelidirler. Tarafların edimini yerine getirebildiği süreçte ifa edilebilir bir borç söz konusu olur. İfa edilebilirlik, borçlunun borcunu ifa edebilme yetkisidir¹. Olağan durum, borçlunun ifa zamanı geldiğinde edimini yerine getirmesidir. Ancak bazı durumlarda erken ifa da kabul edilmektedir.

İfa zamanı borçluyu korumaktadır². Zira borç ilişkisinde ifa zamanı belirlendiği takdirde borç belirlenen bu zamanda muaccel olur³. Muacceliyet gerçekleşmeden önce alacaklı borçludan ifayı talep edemez. Ancak ifa zamanı borçluyu koruduğundan, bu vakit gelmeden borçlu kural olarak ifayı gerçekleştirebilir⁴. Başka bir deyişle, borçlunun borcunu ifa etmesi için muacceliyeti beklemesine kural olarak gerek yoktur. Kısaca borç muaccel olmadan önce borçlu tarafından kural olarak ifa edilebilen ancak alacaklı tarafından ifası talep edilemeyen bir borçtur.

¹ Marius Schraner, 'Art 81' için *Die Erfüllung der Obligationen, Art 68-96 OR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art 1-529 OR), ZK - Zürcher Kommentar Band/ Nr VI/1e* (3. Basi, Schulthess Juristische Medien 2000) N 1; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25. Basi, Yetkin 2020) N 2935; Rona Serozan, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme* (7. Basi, Filiz 2016) §5, N 1; Rona Serozan, 'Yeni Borçlar Kanunu'nda "İfa Zamanı" ve "Zamanında İfa Etmeme" Konularında Rastlanan Yenilikler' için Fevzi Şahlanan ve Ender Gülver (edr), *İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 2011) 1075; Melek Bilgin Yüce, *Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı* (Vedat 2015) 209; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler 1. Cilt* (18. Basi, Vedat 2020) N 999; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku* (7. Basi, Filiz 1993) 800; Safa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (23. Basi, Beta 2012) 329; Leyla Müjde Kurt, *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü* (Yetkin 2012) 89; Mehmet Üçer, *Alacaklının Temerrüdü* (Turhan 2007) 57.

² Bu kuralın temellerinin, Roma hukukundaki, vadenin borçlu lehine olması şeklinde açıklanabilen "dies adiectio pro reo est, non pro stipulatore" ilkesi olduğuna ilişkin Hermann Becker, 'Art 81' için Hermann Becker (ed) *Allgemeine Bestimmungen, Art 1-183 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, BK - Berner Kommentar, Band/Nr VI/1* (3. Basi, Stämpfli Verlag 1945) N 2; Rolf H. Weber, 'Art 81' için Heinz Hausheer (ed), *Die Erfüllung der Obligation, Art 68-96 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar Band/Nr VI/1/4* (2. Basi, Stämpfli Verlag 2005) N 4; Schraner (n 1) N 2; Andreas Von Tuhr (Çeviri: Edege C), *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı 1-2. Cilt* (Yargıtay Yayınları 1983) 513; Kenan Tunçomağ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler 1. Cilt* (5. Basi, Sermet 1972) 419.

³ Nami Barlas, *Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar* (Kazanıcı Hukuk 1992) 21; Yüce (n 1) 16; Eren (n 1) N 2934; Serozan, *İfa* (n 1) §5, N 1; Halil Akkanat, 'İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü' için Nami Barlas, Abuzer Kendigelen ve Suat Sarı (edr), *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan* (Beta 2000) 8; Oğuzman ve Öz (n 1) N 994; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 1) 800; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler 2. Cilt* (2. Basi, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1977) 109; Ayşe Havutçu, *Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini* (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 1995) 24; Reisoğlu, *Borçlar* (n 1) 326; Üçer (n 1) 57.

⁴ Weber (n 2) N 5; Jolanta Kren Kostkiewicz, 'Art 81' için Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Fankhauser (edr), *OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator: ch)* (3. Basi, Orell Füssli Verlag 2016) N 1; Paola Wullschleger, 'Art 81' için Andreas Furrer ve Anton K. Schnyder (edr), *Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen, Art 1-183 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (3. Basi, Schulthess Juristische Medien 2016) N 1; Eren (n 1) N 2958; Serozan, *İfa* (n 1) §5, N 1; Serozan, 'İfa Zamanı' (n 1) 1075; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 1) 805; Akkanat (n 3) 9; Oğuzman ve Öz (n 1) N 1000; Feyzioğlu (n 3) 119. Borcun vadeye bağlanması hâlinde borçlu kural olarak ifa zamanından önce ifayı gerçekleştirebilir; ancak alacaklının talep hakkı bulunmamaktadır. Bu sebeple, "ertelenmiş ifa", bir tür "geçici eksik borç" niteliğindedir. Açıklamalar için Hüseyin Hatemi ve K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (4. Basi, Vedat 2017) §25, N 77.

I. Erken İfa Kavramı

A. Genel Olarak

Erken ifa, borçlunun borcunu ifa zamanından önce ifa etmesidir. Buna göre, borcun doğumu ile muacceliyet arasındaki süreçte ifanın gerçekleştirilmesi hâlinde erken ifa söz konusu olur⁵. Doktrinde erken ifa, öncelenmiş ifa olanağı⁶, vaktinden önce ifa yetkisi⁷, vadeden önce borcu ifa yetkisi⁸ gibi farklı şekillerde de ifade edilebilmektedir.

Erken ifanın söz konusu olabilmesi için borcun doğumu ile muacceliyetin aynı anda gerçekleşmemesi gerekir⁹. Başka bir deyişle, borç vadeye bağlanmalıdır. Zira borcun doğumu anında muacceliyet gerçekleştiyse ve borç ifa edildiyse; ifa, zamanında gerçekleştirilmiş olur.

Erken ifa, Türk Borçlar Kanunu madde 96'da düzenlenmektedir. Bu maddede borçlunun edimini vaktinden önce ifa etmesine izin verilmiştir. Maddenin ilk cümlesinde erken ifanın mümkün olduğu belirtilmekle beraber, erken ifanın gerçekleştirilemeyeceği durumlar da sayılmaktadır. Maddenin ikinci cümlesinde ise, erken ifanın sonuçlarından biri olan indirim yapılmaması kuralından bahsedilmekte ve bunun istisnalarına değinilmektedir.

B. Erken İfa İmkânının İstisnaları

Borçlu kural olarak erken ifada bulunabilir. Ancak Türk Borçlar Kanunu madde 96'da erken ifa imkânının istisnaları düzenlenmektedir. Bu maddede sayılan istisnalar, sözleşmenin hükümleri, sözleşmenin özelliği ve durumun gereğidir. Bu hâllerde borçlunun borcunu erken ifa etmesi mümkün değildir.

Erken ifa, sözleşmede yer alan hükümler ile yasaklanabilir. Bu yasaklama, sözleşmenin hükümlerinden açıkça anlaşılmalıdır¹⁰. Açıkça yazmasa dahi sözleşmede bu anlama gelen bir hüküm bulunduğu takdirde de erken ifa gerçekleştirilemez. Sözleşmede yer alan ifa zamanına ilişkin düzenlemelerden erken ifanın yasaklanmış olduğu anlaşılıyor olabilir. Nitekim kesin vade kararlaştırıldığında ifa zamanına özel

⁵ Eren (n 1) N 2958; Barlas (n 3) 21; Serozan, *İfa* (n 1) §5, N 14; Yüce (n 1) 213; Akkanat (n 3) 9; Tunçomağ (n 2) 419; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 1) 805; Von Tuhr (n 2) 513; Cem Baygın, *Yabancı Para Üzerinden Borçlanmalar ve Hukuki Sonuçları* (Kazancı Hukuk 1997) 81; Kurt (n 1) 89; Ayşe Dilşad Keskin, 'Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt ve İmkânsızlık' (2007) 11 (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 209, 210; Ahmet M Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22. Baskı, Turhan 2018) 715.

⁶ Serozan, *İfa* (n 1) §5, N 14.

⁷ Tunçomağ (n 2) 419; Eren (n 1) N 2957.

⁸ Oğuzman ve Öz (n 1) N 1000.

⁹ Weber (n 2) N 6; Schraner (n 1) N 3; Kostkiewicz (n 4) N 1; Eren (n 1) N 2958; Oğuzman ve Öz (n 1) N 1000; Yüce (n 1) 212-213.

¹⁰ Weber (n 2) N 13; Schraner (n 1) N 8; Kostkiewicz (n 4) N 4; Eren (n 1) N 2961; Yüce (n 1) 218; Tunçomağ (n 2) 420; Oğuzman ve Öz (n 1) N 1001; Von Tuhr (n 2) 514; Baygın (n 5) 81; Kılıçoğlu (n 5) 715; Üçer (n 1) 64.

bir önem atfedildiği için borcun vaktinden önce ifa edilmesi gereği gibi ifa olmaz¹¹. Ancak belirsiz vade, belirlenebilir vade ve belirli vade söz konusu olduğunda erken ifanın yasaklandığına ilişkin ayrıca açıkça bir hüküm yoksa erken ifa mümkündür. Zira erken ifaya ilişkin kural, borçluya erken ifa imkânının verilmesidir. Yasaklama bulunmadığı takdirde borçlu edimini vaktinden önce ifa edebilir.

Erken ifanın mümkün olmaması, sözleşmenin özelliğinden de anlaşılabilir. Sözleşmenin özelliğinin erken ifaya imkân tanıyıp tanımadığı tarafların edimleri, borçların mahiyeti, sözleşmenin amacı gibi unsurların değerlendirilmesi ile belirlenebilir. Ancak erken ifa imkânının varlığı, tarafların her bir borcu için ayrı ayrı değerlendirilmelidir¹². Zira bir tarafın borcu için erken ifa mümkünken sözleşmenin özelliği diğer tarafın borcu için erken ifayı mümkün kılmayabilir.

Sözleşmenin hükümleri ile erken ifanın yasaklanması hâlinde tarafların subjektif iradeleri önem kazanmaktayken sözleşmenin özelliğinin erken ifaya imkân tanıyıp tanınamaması objektif olarak tespit edilir. Diğer bir ifadeyle, sözleşmenin özelliği, dürüst, makul ve orta zekâlı bir kişinin bakış açısıyla değerlendirilmelidir. Bu sebeple, sözleşmenin özelliğinden erken ifanın mümkün olmadığı anlaşılıyorsa sözleşmede tarafların bu yönde ayrıca hüküm kararlaştırmalarına gerek yoktur.

Türk Borçlar Kanunu'nda bazı sözleşmeler bakımından erken ifanın mümkün olmadığı düzenlenmektedir. Mesela, Türk Borçlar Kanunu madde 565'te saklama sözleşmelerinde erken ifa düzenlenmiştir. Bu hükme göre saklayan, kural olarak saklanana vaktinden önce geri veremez. Ancak bu düzenleme yapılmıyorsa dahi saklama sözleşmesinin özellikleri değerlendirildiğinde bu sonuca varılabilirdi. Türk Borçlar Kanunu madde 575'te ise ardiyecinin malları vaktinden önce geri veremeyeceği düzenlenmektedir. Bu sözleşme bakımından da erken ifanın mümkün olmadığı sözleşmenin özelliğinden anlaşılmaktadır. Bunun yanında, kanuni bir düzenleme ile de ardiyecinin erken ifası yasaklanmıştır.

Erken ifanın istisnalarından diğeri ise durumun gereğince erken ifanın kabul edilebilir olmamasıdır. Vade kural olarak borçlu lehinedir. Ancak bazı durumlarda, alacaklının lehine de olur¹³. Vadenin alacaklı lehine olması, ifa için uygun zemin oluşmamasından, ifanın gerçekleşme imkânı olmamasından veya ifa gerçekleşirse alacaklı açısından sıkıntı doğuracak olmasından kaynaklanabilir. Bu hâllerde, muacceliyet gerçekleşmeden önce durumun gereğine göre alacaklı müsait olmadığından ifa söz konusu olmaz. Durumun gereği kavramı, tarafların her bir borcu açısından ayrıca değerlendirilmelidir.

¹¹ Özer Seliçi, 'Kesin Vadeli İşlemler' (1968) 2 (3) İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 92, 97; Keskin (n 5) 217; Yüce (n 1) 219.

¹² Weber (n 2) N 14; Kostkiewicz (n 4) N 5; Eren (n 1) N 2961; Oğuzman ve Öz (n 1) N 1001; Kılıçoğlu (n 5) 715; Yüce (n 1) 224; Üçer (n 1) 65.

¹³ Weber (n 2) N 16; Schraner (n 1) N 15; Wullschlegler (n 4) N 2; Eren (n 1) N 2962; Serozan, *Ifa* (n 1) §5, N 14; Yüce (n 1) 226; Feyzioğlu (n 3) 119; Tunçomağ (n 2) 420; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 1) 805; Oğuzman ve Öz (n 1) N 1001; Von Tuhr (n 2) 514; Baygın (n 5) 82; Keskin (n 5) 210; Kılıçoğlu (n 5) 715.

Bu çerçevede edimin niteliği göz önüne alınarak erken ifanın mümkün olup olmadığı tespit edilmelidir¹⁴. Mesela, henüz inşaatı tamamlanmamış bir binanın kapılarının monte edilmesi mümkün değildir. Bu edim, inşaatın tamamlanmasından sonra ifa edilebilir. Bir yemek şirketinin düğün yemeklerini birkaç gün önceden getirmesi hâlinde de yemeklerin bozulması veya saklanma zorluğunun ortaya çıkması söz konusu olur. Bunlar da alacaklıya ekstra masraf ve zorluk yükler. Durumun gereği kavramı üzerinden değerlendirildiğinde düğün yemeklerinin düğün gününde getirilmesi gerektiği ve yemeklerin önceki günlerde ifa edilmesinin uygun olmadığı çıkarımı yapılır. Sonuç olarak, durumun gereği değerlendirilirken somut olayda edimlere ve tarafların durumuna bakılması gerekir. İfanın mümkün olmaması veya alacaklıya zorluk çıkarması gibi hâllerde durumun gereğince erken ifa gerçekleştirilemez.

C. Erken İfanın Hüküm ve Sonuçları

1. Genel Olarak

Erken ifa gerçekleştirildiğinde borçlu borcunu ifa etmiş olur. Dolayısıyla erken ifanın temel sonucu, borcun ifa sebebiyle sona ermesidir. Erken ifanın yasaklanmadığı hâllerde alacaklının ifayı kabul etmesi gerekir. Aksi takdirde alacaklının temerrüdü ortaya çıkar¹⁵.

Erken ifa sonucunda edimde kural olarak indirim yapılmaması, erken ödeme tazminatı ve erken ifanın iadesinin talep edilememesi sonuçları doğar. Ancak özellikle tüketici işlemleri bakımından istisnai düzenlemeler söz konusu olabilmektedir¹⁶.

2. Erken İfa Sebebiyle Edimde İndirim Yapılmaması

a. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu madde 96'ya göre borçlu, erken ifa sebebiyle edimde indirim yapamaz. Erken ifa hâlinde borçlu kendi lehine olan vadeden feragat etmiş sayılsa da alacaklının alacağına bir kısmından feragat etmesini talep edemez¹⁷. Borçlunun erken ifa sebebiyle edimde indirim yapılmasını talep etmesi hâlinde alacaklının bu talebi kabul etme zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu durumda, borçlu borcunu tamamen ödemelidir¹⁸.

¹⁴ Yüce (n 1) 226-227; Serozan, *İfa* (n 1) §5, N 14; Kurt (n 1) 89.

¹⁵ Weber (n 2) N 8; Schraner (n 1) N 5; Kostkiewicz (n 4) N 8; Wullschleger (n 4) N 1; Eren (n 1) N 2958; Barlas (n 3) 21; Serozan, *İfa* (n 1) §5, N 13; Yüce (n 1) 230; Akkanat (n 3) 9; Feyzioğlu (n 3) 119; Oğuzman ve Öz (n 1) N 1000; Üçer (n 1) 64.

¹⁶ Açıklamalar için III.

¹⁷ Yargıtay kararlarında da özellikle ticari kredilerde sözleşmede erken ifa hâlinde indirim yapılacağına ilişkin bir hüküm yer almaması veya buna ilişkin âdet bulunmamasının, borçlunun krediyi vadesinden önce kapatması hâlinde indirim yapılmaması sonucunu doğurduğu kabul edilmektedir. Bu konudaki bazı kararlar için Yargıtay 11 HD, 2710/966, 05.02.2020; Yargıtay 11 HD, 953/1948, 24.02.2020 <Yargıtay Karar Arama> Erişim Tarihi 17.05.2021.

¹⁸ Weber (n 2) N 21; Becker (n 2) N 1; Schraner (n 1) N 19; Kostkiewicz (n 4) N 5; Wullschleger (n 4) N 4; Eren (n 1) N 2959; Yüce (n 1) 230; Serozan, *İfa* (n 1) §5, N 14; Feyzioğlu (n 3) 120; Tunçomağ (n 2) 419; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 1) 805; Oğuzman ve Öz (n 1) N 1000; Von Tuhr (n 2) 513; Kılıçoğlu (n 5) 716; Üçer (n 1) 64; Gözde Hatipoğlu, Tüketici Hukukunda Erken İfa (On İki Levha 2019) 40.

b. Faizli Borçlar Bakımından

Faizli borçlar, borcun doğumundan ödeme anına kadarki süreçte anaparaya belli oranda faiz eklenmesi ve faiz eklenen bu bedelin ödenmesi ile ifa edilir. Bu sebeple, ödeme ne kadar geç gerçekleşirse alacaklının o kadar faiz kazancı olur. Nitekim faiz, ödeme tarihine kadar devam etmektedir.

Faizli borçlar bakımından erken ifanın mümkün olup olmadığı, mümkünse ne zamana kadarki faizin ödeneceği tartışmalıdır. Dolayısıyla öncelikle faizli borçlarda erken ifanın mümkün olup olmadığı sorunu çözümlenmelidir. Erken ifanın mümkün olduğu kabul edilirse faizin ne zamana kadar işlemiş sayılacağına açıklığa kavuşturulması gerekir.

Doktrindeki bir görüş, faizli borçların erken ifa edilemeyeceğini ileri sürmektedir¹⁹. Bu görüşe göre, erken ifa hâlinde sözleşmede kararlaştırılan ifa zamanına kadar faiz işlememiş olur. Bu da alacaklının eline geçecek olan para miktarının azalması anlamına gelmektedir. Diğer bir deyişle, alacaklı, erken ifa tarihi ile muacceliyet tarihi arasında işleyecek olan faiz gelirinden mahrum kalacaktır. Bu durumda vade, alacaklının da lehine olduğundan erken ifada bulunulamaz.

Doktrinde, faizli borçlarda erken ifanın mümkün olduğuna ilişkin görüşler de bulunmaktadır. Bunların ilkinde göre, faizli borçlarda erken ifa hâlinde edimde indirim yapmama kuralı faiz için uygulanmaz²⁰. Faiz, ifa ne zaman gerçekleştirilirse o zamana kadar işler. Sözleşmede kararlaştırılan ifa zamanına kadar işlemesi beklenen faiz miktarı önemli değildir. Esas olan, erken ifa anına kadar işlemiş olan faizdir. Diğer bir deyişle, erken ifa hâlinde anapara değişmemekte, sadece faiz değişmektedir. Erken ifa hâlinde indirim yapmama kuralı da sadece anapara içindir. Erken ifa sonucunda faizin beklenene göre daha az ödenecek olması hâlinde, henüz işlememiş olan faiz miktarını da ihtiva eden ve sözleşmede kararlaştırılan ifa zamanına kadar işlemesi beklenen faiz miktarı bakımından indirim yapmama kuralı uygulama alanı bulmaz. Böylece erken ifa anına kadarki faiz hesaplanır ve bu miktar anaparaya eklenerek ödeme yapılır. Henüz işlememiş olan faizin ifası talep edilemez.

Erken ifanın mümkün olduğuna ilişkin diğer görüş ise, faizin de borcun muhtevasına dâhil olduğunu kabul etmektedir²¹. Dolayısıyla erken ifa hâlinde faiz açısından da indirim yapmama kuralı devreye girer. Bu görüşe göre, borç erken ifa

¹⁹ Schraner (n 1) N 11; Becker (n 2) N 1; Serozan, *İfa* (n 1) §5, N 14; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 1) 805; Oğuzman ve Öz (n 1) N 1001; Baygın (n 5) 82; Mustafa Alper Gümüş, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi (Madde: 1 - 46) I. Cilt* (Vedat 2014) 199.

²⁰ Weber (n 2) N 8; Eren (n 1) N 2958. Borçlunun faizin tamamını ödemesine ilişkin bir zorunluluk kabul edildiği takdirde, bunun teknik anlamda faiz olmadığı, alacaklının elde edemediği gelire yönelik bir tazminat olduğu yönünde Weber (n 2) N 8.

²¹ Feyzioğlu (n 3) 119; Tunçomağ (n 2) 420; Yüce (n 1) 231-232; Sezer Çabri, 'Ticari Kredilerde Erken Ödeme Tazminatı ile Erken Ödeme Tazminatının Sınırı' (2016) 11 (145-146) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 393, 396. Kredi sözleşmesinde kredi alanın borcunu vadesinde ödemesi hâlinde menfaati bulunmamaktadır. Bu sebeple, kredi alanın borcunu erken ifa etmek istemesi hâlinde, kredi veren bu erken ifayı kabul etmelidir, Çabri, 'Ticari Kredi' (n 21) 395.

edilse dahi faiz, daha önce kararlaştırılmış olan ifa zamanına göre hesaplanır. Bu durumda alacaklının elde edeceği faiz miktarında da düşüş olmamaktadır. Böylece alacaklının aleyhine olan daha az miktarda para elde etmesi durumu bertaraf edilmiş olur. Buna göre, faizli borcun erken ifası mümkündür; ancak erken ifa hâlinde dahi faiz sanki sözleşmede kararlaştırılmış olan ifa zamanına kadar işlemiş gibi hesaplanır.

Faizli borçlarda vade alacaklının da lehinedir. Bu sebeple, kanaatimizce faizli borçlar Türk Borçlar Kanunu madde 96'da yer alan ve erken ifa imkânının istisnalarından biri olan erken ifanın durumun gereğince kabul edilebilir olmadığı hâllere dâhildir. Borçlu, anapara borcunu erken ifa etmek istediğinde, alacaklı bunu kabul etmeye zorlanamaz. Bunun sonucu olarak, faizli borçlar bakımından erken ifa indirimi kural olarak uygulama alanı bulamaz.

Her ne kadar kanaatimizce alacaklı faizli borçlar bakımından erken ifayı kabul etmeye zorlanamazsa da alacaklının borçlunun borcunu erken ifa etme talebini kabul etmesi de mümkündür²². Faizli borcun alacaklısı olan taraf, erken ifayı kabul ettiği takdirde, hem o tarihe kadar işleyen faizi hem de sözleşmede kararlaştırılan vadeye kadar işlemesi beklenen faizi talep edebilir. Nitekim sözleşmede kararlaştırılan bedel, anapara ile birlikte vadeye kadar işleyen faiz tutarının toplamı kadardır. Erken ödeme hâlinde sadece bu tarihe kadar işlemiş olan faizin talep edilmesine imkân verilmesi, erken ödeme indiriminin ana kural hâline getirilmesi sonucunu doğurur²³. Bu da Türk Borçlar Kanunu madde 96'daki erken ifa hâlinde kural olarak indirim yapılmaması hükmüne aykırı olur.

Alacaklı olan taraf, erken ödeme tarihinden sözleşme ile kararlaştırılan vadeye kadarki süreçte işlemesi gereken faiz tutarından feragat etmiş veya sözleşmede açıkça bu yönde bir hüküm kabul etmiş olabilir. Bu durumda erken ödeme indirimi söz konusu olur. Bununla birlikte, alacaklı olan taraf elde etmeyi umduğu faiz gelirin uygun bir kısmını talep edebilir. Uygulamada da genellikle tüketici işlemi niteliğinde olmayan kredi sözleşmelerinde kredi alacaklısı olan banka, erken ödemeyi kabul ederek alacağına indirim yaptığı takdirde erken ödeme tazminatı veya erken kapama komisyonu gibi adlar altında bedel talep etmektedir²⁴.

c. İndirim Yapılmaması Kuralının İstisnaları

Türk Borçlar Kanunu madde 96'nın ikinci cümlesi ile kanun koyucu erken ifa hâlinde edimde indirim yapılmaması kuralına istisna getirmiştir. Buna göre, kanun, sözleşme veya âdet söz konusu olduğunda erken ifa sebebiyle indirim yapılabilir.

²² Yargıtay kararlarında da özellikle ticari kredilerde borçlunun erken ödeme yapmak istemesi hâlinde bankanın bunu kabul edebileceği belirtilmektedir. Bu konudaki bazı kararlar için Yargıtay HGK, 410/189, 20.02.2020; Yargıtay HGK, 567/1346, 12.12.2019 <Yargıtay Karar Arama> Erişim Tarihi 17.05.2021.

²³ Nitekim Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenen taksitle satış, tüketici kredisi ve konut finansmanı sözleşmelerinde kural erken ifa indiriminin yapılmasıdır. Açıklamalar için III, B.

²⁴ Açıklamalar için I, C, 3.

İlk olarak kanunda borçlunun borcunu erken ifa etmesi halinde edimde indirim yapılacağı düzenlenmiş olabilir. Mesela, taksitle satış sözleşmesine ilişkin olan Türk Borçlar Kanunu madde 258’de alıcının satış bedelini ifa zamanından önce ödeyebileceği belirtilmiştir. Hükümün ikinci cümlesinde ise erken ifa sebebiyle peşin satış bedeline ilave edilen bedelde indirim yapılacağından bahsedilmiştir. Bu hüküm dışında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da da indirim yapılmasına ilişkin hükümler bulunmaktadır²⁵.

Taraflar, aralarındaki sözleşmede erken ifa hâlinde indirim yapılacağını kararlaştırabilirler. Bu durumda irade serbestisi ilkesi gereğince tarafların kendi iradeleriyle koymuş oldukları bu hüküm, kanundaki tamamlayıcı nitelikteki Türk Borçlar Kanunu madde 96 hükmünün uygulanmasını engeller²⁶. Diğer bir deyişle, sözleşmede kararlaştırıldığı takdirde borçlu borcunu erken ifa ettiğinde sözleşmedeki hükme göre indirim yapılır.

Erken ifa hâlinde indirim yapılmaması kuralının Türk Borçlar Kanunu madde 96’da bulunan diğer istisnası ise âdet gereği indirim yapılmasıdır. Buna göre, borcun erken ifa edilmesi hâlinde indirim yapılmasına ilişkin bir âdet bulunduğu takdirde de indirim yapılır²⁷.

3. Erken Ödeme Tazminatı

Erken ödeme tazminatı, borçlunun borcunu vaktinden önce ifa etmesi hâlinde edimin haricinde ödenmesi gereken bedeldir²⁸. Borçlunun sözleşmede kararlaştırılan ifa zamanına kadar faiz işlemesi beklenen borcunu erken ifa etmesi sebebiyle alacaklı, erken ifa tarihi ile sözleşmede kararlaştırılan vade arasındaki süreçte işlemesi beklenen faiz gelirinden mahrum kalır. Erken ödeme tazminatı, alacaklının bu mağduriyetini önlemek için ortaya çıkmıştır.

Mevzuatta sözleşmede erken ödeme tazminatı kararlaştırılmasına izin veren hükümler bulunmaktadır. Ancak erken ödeme tazminatının kararlaştırılabilmesi ve talep edilebilmesi için ilgili hükümdeki şartların sağlanmış olması gerekir²⁹.

Sözleşmede erken ödeme tazminatına ilişkin yer alan maddelerin genel işlem şartı niteliğinde olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Doktrinde ticari kredi söz konusu olsa dahi kredi sözleşmesinde yer alan maddelerin taraflar arasında müzakere

²⁵ Açıklamalar için III, B.

²⁶ Weber (n 2) N 19; Schraner (n 1) N 23; Von Tuhr (n 2) 513; Eren (n 1) N 2959; Yüce (n 1) 233; Feyzioğlu (n 3) 120; Tunçomağ (n 2) 420; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 1) 805; Oğuzman ve Öz (n 1) N 1000; Üçer (n 1) 64.

²⁷ Eren (n 1) N 2959; Feyzioğlu (n 3) 120; Tunçomağ (n 2) 420; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 1) 805; Oğuzman ve Öz (n 1) N 1000; Von Tuhr (n 2) 513; Kılıçoğlu (n 5) 717.

²⁸ Yargıtay, buna erken ödeme ücreti, erken kapama komisyonu, erken kapama ücreti gibi isimler de vermektedir; Yargıtay 11 HD, 13437/1461, 13.03.2017; Yargıtay 13 HD, 17578/20262, 03.11.2016; Yargıtay 19 HD, 852/8480, 09.05.2016 <Yargıtay Karar Arama> Erişim Tarihi 13.06.2021.

²⁹ Açıklamalar için III, C, 2.

edilmediği için genel işlem şartının gündeme geldiği ileri sürülmektedir³⁰. Ancak erken ödeme tazminatının genel işlem şartı niteliğinde olup olmadığının tespiti için somut olayın değerlendirilmesi gerekir. Somut olayda sözleşmede erken ödeme tazminatına ilişkin hüküm olduğu hakkında kredi alana bir bilgi verilmediyse genel işlem şartı gündeme gelir ve bunun sonucunda erken ödeme tazminatı istenemez. Buna karşılık, erken ödeme tazminatı üzerinde anlaşma yapılmışsa, artık genel işlem şartı söz konusu olmaz³¹.

Her bir somut olayda erken ödeme tazminatının Türk Medeni Kanunu 2’de yer alan dürüstlük kuralı çerçevesinde olup olmadığı değerlendirilmelidir³². Talep edilen erken ödeme tazminatı, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmemelidir. Bu kapsamda erken ödeme tazminatı, özellikle sözleşmede yer alan ifa zamanına kadar işlemesi beklenen faiz tutarının erken ifa sebebiyle ödenmeyen kısmını; diğer bir ifadeyle, erken ödeme indirimi miktarını geçmemelidir. Sözleşmede kredi verene erken ödeme tazminatını belirlemesi için yetki verildiği takdirde de dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde yüksek bir tazminat tutarı belirlendiğinde bu tutarın dürüstlük kuralına göre makul bir seviyeye çekilmesi gerekir³³.

Yapılandırma, yüksek faizli kredinin kapatılarak daha düşük faizli başka bir kredinin kullanılmasıdır ve gerçek anlamda erken ifa niteliğinde değildir. Erken ifa ve yapılandırma farklı hukuki müesseseler olduğu için yapılandırma söz konusu olduğunda erken ödeme tazminatı talep edilemez³⁴. Yargıtay da bu konuda önüne gelen uyuşmazlıklarda erken ödeme ile yapılandırmanın farklı kavramlar olduğunu belirtmiştir. Yargıtay’a göre yapılandırma sebebiyle ortaya çıkan masraflar ancak tüketici daha önceden bilgilendirilirse ve masraf tahsil edilmesine yönelik olarak

³⁰ Çabri, ‘Ticari Kredi’ (n 21) 398.

³¹ Yargıtay, kararlarında taraflar arasındaki sözleşmede somut olaya özgü değerlendirme yapılması, bu çerçevede genel işlem şartının söz konusu olup olmadığının irdelenmesi ve genel işlem şartı niteliği mevcutsa nasıl bir denetim yapılacağına tespit edilmesi gerektiğini belirtmektedir, Yargıtay 11. HD, 12491/5907, 02.10.2018 <Kazancı> Erişim Tarihi 08.05.2021. Tüketici işlemi niteliğindeki konut finansmanlarında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 37’ye göre erken ödeme tazminatı kararlaştırılabilir; ancak sözleşmedeki bu hükmün haksız şart niteliğinde olup olmadığını değerlendirmesi gerekir, Yargıtay HGK, 11-410/189, 20.02.2020 <Kazancı> Erişim Tarihi 05.05.2021.

³² Yüce (n 1) 240-241.

³³ Çabri, ‘Ticari Kredi’ (n 21) 407. Kredi sözleşmesinde erken ödeme hâlinde tahsil edilecek erken ödeme tazminatının miktarının belirlenmesi için bankanın yetkilendirildiği bir uyuşmazlıkta Yargıtay, bankanın bu miktarı dürüstlük kuralına uygun olarak belirlenmesi ve hakkın kötüye kullanılması yasağına tabi olmasını belirtmiş ve diğer bankaların benzer nitelikteki ve özelliklerdeki krediler için tahsil ettikleri erken ödeme tazminatı miktarlarının göz önüne alınarak somut olaydaki erken ödeme tazminatı miktarının tespit edilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir, Yargıtay HGK, 11-410/189, 20.02.2020 <Kazancı> Erişim Tarihi 05.05.2021. Aynı yönde Yargıtay HGK, 567/1346, 12.12.2019 <Yargıtay Karar Arama> Erişim Tarihi 17.05.2021.

³⁴ Bilal Can, *İpotekli Konut Finansmanı Sistemi ve Tüketicinin Korunması* (Seçkin 2014) 116; Nihan Değirmencioğlu, ‘Konut Kredi Sözleşmelerinin Yeniden Finansmanı Halinde Erken Ödeme Ücretinin Talep Edilip Edilmeyeceği’ (2014) 3 (9) Banka ve Finans Hukuku Dergisi 221, 236; Doruk Gönen, ‘Konut Finansmanı Sözleşmelerinde Erken Ödeme Ücreti’ (2013) 9 (105-106) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi 145, 165; Gülerci, 104-105; Mehmet Deniz Yener, ‘6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un Tüketici Kredileri Bakımından Getirdiği Yenilikler’ (2015) 7 (13) Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi 409, 432; İbrahim Murat Haznedar, ‘6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un Bankacılık Uygulamaları Bakımından Getirdiği Yenilikler’ (2014) 88 (3) İstanbul Barosu Dergisi 5, 25-26. Erken ifa ile yapılandırmanın farklı nitelikte olduğu ve yapılandırma söz konusu olduğunda, erken ödeme ticreti alınmayacağına ilişkin Yargıtay 13 HD, 27053/27475, 29.11.2012 <Yargıtay Karar Arama> Erişim Tarihi 12.06.2021.

tüketicinin onayı alındıysa talep edilebilir. Masraf adı altında bedel alındıysa bunun haklı olduğunu ve gerçeği yansıttığını bankanın ispat etmesi gerekir³⁵.

4. Erken İfanın İadesinin Talep Edilememesi

Erken ifa sonucunda, ifa gerçekleştirilmiş olur. Dolayısıyla erken ifa hâlinde borç, ifa sebebiyle sona erer. Borçlu ifayı gerçekleştirdiğinde, erken ifa gerekçesiyle edimin iadesini talep edemez. Diğer bir deyişle, borçlunun henüz muaccel olmayan bir borcu ödediğini ileri sürerek edimin iadesini talep etmesi mümkün değildir. Zira henüz muaccel olmadıysa da ortada bir borç bulunmaktadır ve geçerli bir borç ifa edilmiştir. Bu sebeple sebepsiz zenginleşme iddiası, ifa hukuki bir sebebe dayandığından kabul edilmez³⁶.

II. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da Erken İfanın Düzenlendiği Tüketici Sözleşmeleri

A. Genel Olarak

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da bazı sözleşmeler açısından erken ifa düzenlemeleri bulunmaktadır. Bu düzenlemeler, taksitle satış sözleşmesine ilişkin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 20, tüketici kredisi sözleşmesine ilişkin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 27 ve konut finansmanı sözleşmesine ilişkin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 37'dir. Bu hükümlerde, taksitle satış, tüketici kredisi ve konut finansmanı sözleşmelerinde tüketicinin bedel ödeme borcunun erken ifası düzenlenmiştir. Bedel ödeme borcu bir para borcu olduğundan bu maddelerin her birinin başlığı "*Erken Ödeme*" şeklindedir.

B. Taksitle Satış Sözleşmesi

Taksitle satış sözleşmesi, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da erken ifaya ilişkin hüküm ihtiva eden sözleşmelerden biridir. Bu sözleşme, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 17-21'de ve Taksitle Satış Sözleşmeleri Hakkında Yönetmelik'te düzenlenmektedir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 17'ye ve Taksitle Satış Sözleşmeleri Hakkında Yönetmelik madde 4/I-(i)'ye göre taksitle satış sözleşmesinin tarafları, satıcı veya sağlayıcı ile tüketicidir. Satıcı veya sağlayıcı, taksitle satış sözleşmesi kapsamında malın teslimi veya hizmetin ifası borcu

³⁵ Somut olayda Yargıtay bu kriterleri saydıktan sonra yeniden finansman ve yapılandırma işleminde masraf alınmasına ilişkin bir anlaşma bulunmadığı ve tüketicinin rızasını gösteren belgenin karşılıklı mutabakatla belirlenmediği sonucuna varmış; bankanın yapılandırma sırasında tüketiciden tahsil ettiği bedelin iadesine ilişkin davanın yerel mahkemece reddine karar verilmesini hatalı bulmuştur, Yargıtay HGK, 13-583/137, 13.02.2020 <Kazancı> Erişim Tarihi 10.05.2021.

³⁶ Weber (n 2) N 10; Eren (n 1) N 2958; Tunçomağ (n 2) 420. Vaktinden önce ifa yanılma sonucu yapılmışsa iade talep edilebileceğine ilişkin Tunçomağ (n 2) 420.

altına girmektedir. Tüketici ise bedel ödeme borcunu kararlaştırılan vade tarihlerinde kısım kısım ödemeyi üstlenmektedir. Tüketicinin henüz muaccel olmamış kısımları ödemesi hâlinde erken ifa söz konusu olmaktadır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 17/III'e ve Taksitle Satış Sözleşmeleri Hakkında Yönetmelik madde 5/I'e göre taksitle satış sözleşmesinin geçerlilik şekli yazılı şekildir. Taksitle satış sözleşmesinin zorunlu içeriği, Taksitle Satış Sözleşmeleri Hakkında Yönetmelik madde 6'da düzenlenmektedir. Erken ifa bakımından, Taksitle Satış Sözleşmeleri Hakkında Yönetmelik madde 6/I-(ğ) ve (h) hükümleri önemlidir. Bu fıkranın (ğ) bendinde ödeme planının, (h) bendinde ise tüketicinin erken ifasının mümkün olduğu ve erken ödenen miktara göre satıcı veya sağlayıcının faiz ve komisyon indirimi yapacağı bu sözleşmenin zorunlu içeriğinde yer alması gerektiği düzenlenmektedir.

C. Tüketici Kredisi Sözleşmesi

Tüketici kredisi sözleşmesi, erken ifaya ilişkin hükümler içeren sözleşmelerden biridir. Bu sözleşme, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 22-31'de ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği'nde düzenlenmektedir. Tüketici kredisi sözleşmesinin tarafları, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 22'ye ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği madde 4/I-(o)'ya göre kredi veren ve tüketicidir. Kredi veren, bu sözleşmeye göre faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında tüketiciye kredi vermekte veya kredi vermeyi taahhüt etmektedir. Söz konusu kredi, ödemenin ertelenmesi, ödünç veya benzeri finansman şekilleri aracılığıyla verilebilir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 22/III'e ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği madde 10/I'e göre, tüketici kredisi sözleşmesinin geçerli olması için yazılı şekilde yapılması gerekir. Tüketici kredisi sözleşmesinin zorunlu içeriği, Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği madde 11 ve 12'de düzenlenmektedir. Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği madde 11/I-(g)'ye göre, tüketicinin ödeyeceği taksitlerin vadelerini ve miktarlarını gösteren ödeme planının ve 11/I-(n)'ye göre tüketicinin erken ödeme imkânı ile kredi verenin indirim yapma yükümlülüğüne ilişkin bilginin bu sözleşmede yer alması gerekmektedir.

D. Konut Finansmanı Sözleşmesi

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da konut finansmanı sözleşmesinde erken ifaya ilişkin bir hüküm de yer almaktadır. Konut finansmanı sözleşmesi, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 32-39'da ve Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği'nde düzenlenmektedir. Konut finansmanı sözleşmesinin tarafları konut finansmanı kuruluşu ve tüketicidir. Bu sözleşmenin tanımı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 32'de ve Konut Finansmanı Sözleşmeleri

Yönetmeliği madde 4/I-(h)'de yer almaktadır. Bu hükümlere göre konut finansmanı sözleşmesi dört şekilde kurulabilir. Bunlar tüketiciye konut edinmesi amacıyla kredi kullandırılması, finansal kiralama yoluyla tüketiciye konut kiralanması, tüketicinin maliki olduğu konut teminat gösterilerek tüketiciye kredi kullandırılması ve söz konusu kredilerin yeniden finansmanı amacıyla kredi kullandırılmasıdır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 32/II'ye ve Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği madde 8'e göre konut finansmanı sözleşmesi yazılı olarak kurulmalıdır. Yazılı şekil, bu sözleşmenin geçerlilik şeklidir. Konut finansmanı sözleşmesinin zorunlu içeriği, Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği madde 9'da düzenlenmektedir. Buna göre konut finansmanı sözleşmesinde, tüketicinin ödemesi gereken her bir taksit tutarı, tüketicinin erken ödeme hakkı bulunması, erken ödeme hâlinde yapılması gereken indirim ve kararlaştırıldıysa talep edilebilecek erken ödeme tazminatının yer alması gerekmektedir.

III. Tüketici Sözleşmeleri Açısından Erken İfanın Hüküm ve Sonuçları

A. Genel Olarak

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da taksitle satış, tüketici kredisi ve konut finansmanı sözleşmelerinde tüketicinin bedel ödeme borcunun erken ifası "Erken Ödeme" başlığı altında düzenlenmektedir. Erken ödeme, genellikle borçlunun eline toplu bir para geçtiği durumlarda söz konusu olur. Borçlu, eline geçen yüklü miktarda para ile borçlarını kapatmak isteyebilir. Bu durumda borçlunun ödemeye teşvik edilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde borçlu borcunu erken ödemekten kaçınabilir³⁷. Bunu göz önüne alan kanun koyucu, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da erken ödemeye ilişkin özel kurallar öngörmüştür. Bu kurallar, Türk Borçlar Kanunu'ndaki hükümlerden bazı farkları ihtiva etmektedir. Bu farklar, erken ödeme indirimi ve erken ödeme tazminatına ilişkindir.

B. Erken Ödeme İndirimi

1. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu'nda erken ifa hâlinde kural olarak indirim yapılmaması kabul edilmiştir. Ancak indirim yapmama kuralının istisnaları bulunmaktadır. Bu istisnalardan biri de kanundan doğan indirim imkânıdır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da bazı tüketici sözleşmelerinde erken ödeme hâlinde borçlu lehine

³⁷ Yeşim M Atamer, *Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması* (On İki Levha 2016) 167; Hatipoğlu (n 18) 40.

indirim hakkı tanınmıştır³⁸. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un bu yöndeki hükümleri kanuni istisna niteliğinde olduğundan borçlunun erken ödemesi hâlinde kanunda belirtilen sınırlar çerçevesinde indirim yapılır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da taksitle satış, tüketici kredisi ve konut finansmanı sözleşmelerinde erken ödemeye ilişkin hüküm bulunmaktadır. Ancak bu hükümler ayrıntılı değildir. Erken ödeme söz konusu olduğunda hesaplamanın nasıl yapılacağına ilişkin detaylı hükümler ilgili sözleşmenin yönetmeliğinde yer almaktadır. Nitekim Taksitle Satış Sözleşmeleri Hakkında Yönetmelik madde 10'da, Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği madde 15-17'de ve Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği madde 11'de erken ödemeye ilişkin detaylı hükümler bulunmaktadır. Ancak bu yönetmeliklerdeki erken ifaya ilişkin hükümlerden en detaylı olanı Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği'ndeki hükümlerdir. Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği'nde kredinin tamamının erken ödenmesine ve ara ödemeye yönelik ayrı ayrı düzenlemeler bulunmaktadır. Taksitle Satış Sözleşmeleri Hakkında Yönetmelik ve Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği'nde hüküm bulunmayan hâllerde bu yönetmelikteki hükümler kıyasen uygulama alanı bulur³⁹.

“*Erken ödeme*” başlıklı Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği madde 15'te erken ödemenin mümkün olduğu, erken ödeme hâlinde indirim yapılacağı, indirimde ödemenin yapıldığı tarihin esas alınacağı ve gerekli indirimin yapılması için sistem kurulması düzenlenmektedir. “*Kredinin tamamının erken ödenmesi*” başlıklı Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği madde 16'da kredinin tamamının erken ödenmesi hâlinde öncelikle tahsil edilecek kalemler, iki taksit arasında yapılan ödemede faiz hesaplaması ve peşin alınmış faizin henüz işlememiş kısmının iadesi bulunmaktadır. “*Ara ödeme*” başlıklı Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği madde 17'de ise kredinin bir kısmının erken ödenmesi hâlinde öncelikle tahsil edilecek kalemler, yeni bir ödeme planı oluşturulması, tüketicinin talebi hâlinde taksit sayısının değiştirilebilmesi, taksit tutarının ilk ödeme planından fazla olabilmesi, peşin alınan faizlerin aşan kısmının gerekiyorsa iade edilmesi, yeni planın tüketiciye verilmesi ve ispat yükünün kredi verene ait olması yer almaktadır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'daki ve ilgili yönetmeliklerdeki hükümlerden anlaşıldığı üzere, belirtilen tüketici sözleşmelerinde borçlu farklı şekillerde erken ödemede bulunabilir. Erken ödeme, kalan anapara borcunun tamamının kapatılması şeklinde olabilir⁴⁰. Ayrıca ara ödeme şeklinde de erken ödeme

³⁸ Konut finansmanında tanınan erken ödeme indiriminin Türk Borçlar Kanunu'na istisna getirmediği, düşük faizli krediyeye geçmek için yüksek faizli kredinin sona erdirileceği yönünde Seza Reisoğlu, 'Konut Edinme Amaçlı Konut Finansmanı Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları' (2007) (61) Bankacılar Dergisi 75, 83.

³⁹ Atamer (n 37) 171; Bilgehan Çetiner, 'Konut Kredilerinde Erken Ödeme' (2008) 6 (67) Legal Hukuk Dergisi 2283, 2292; İlhan Kara, *Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku* (Engin 2015) 865; Etem Sabâ Özmen ve Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi* (On İki Levha 2016) 79.

⁴⁰ Tüketicinin muacceliyet kaydının devreye girmesinin ardından erken ödemede bulunması hâlinde dahi erken ödeme indiriminin yapılması gerektiğine ilişkin Hatipoğlu (n 18) 43, 53.

gerçekleştirilebilir. Başka bir deyişle, kalan borcun tamamının değil de bir kısmının erken ödenmesi mümkündür⁴¹. Ancak kısmi ödeme yapıldığı durumda ara ödemenin bir taksit miktarından az olmaması gerekir.

Erken ödeme indirimi, ilerideki taksitler için işleyecek faizi ve ek masrafları kapsamaktadır. Faiz ve ek masraflar peşin olarak ödenmiş olsa dahi, erken ödeme tarihinden sonraki döneme yönelik peşin olarak ödenmiş faiz ve ek masrafların iadesi gerekir. Erken ödeme yapan tüketici, faiz ve ek masraflardan kurtulmuş olur⁴². Diğer bir deyişle, erken ödeme indirimi anapara için değildir. Erken ödeme yapılsa dahi anapara borcundan indirim talep edilemez. Ancak anapara dışındaki diğer bedellere ilişkin borç indirim miktarınca sona erer.

Erken ödeme indirimine ilişkin hükümler, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yer alan emredici hükümlerdendir⁴³. Taraflar taksitle satış, tüketici kredisi ve konut finansmanı sözleşmelerinde erken ödeme indirimine ilişkin bir hüküm üzerinde anlaşmasalar dahi tüketicinin erken ödemesi hâlinde indirim yapılması gerekir. Uygulamada bankalar, tüketici ile yapılan sözleşmelere erken ödeme indirimiyle ilgili hükümler eklemektedirler⁴⁴.

Erken ödeme indirimi, Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun üye devletlerin tüketici kredisine ilişkin mevzuatlarının yakınlaştırılmasına ve uyumlulaştırılmasına ilişkin hazırladığı 87/102/EEC sayılı direktifinde de düzenlenmiştir⁴⁵. Avrupa Birliği'nin 23 Nisan 2008'de kabul ettiği 2008/48/EC sayılı direktifi ile yürürlükten kaldırılan 87/102/EEC sayılı direktifin 8. maddesinde tüketicinin sözleşmeyle kararlaştırılan vade gelmeden borçlarını ödemesine izin verilmekteydi. Bu hükmün devamında ise,

⁴¹ Murat İnceoğlu, 'Das neue türkische Verbraucherschutzgesetz' (2016) *Recht der Internationalen Wirtschaft* 572, 575; Atamer (n 37) 171; Hasan Seçkin Ozanoğlu, *Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1999) 223; Ebru Ceylan, '6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'daki Tüketici Kredileri İle İlgili Yeni Düzenlemeler' (2014) 88 (1) *İstanbul Barosu Dergisi* 61, 74; Yener (n 34) 431; Ümit Gezder, *Tüketici Kredisi Sözleşmeleri* (Beta 1998) 131; Osman Oy, *Türkiye'de Mortgage Uygulaması, Konut Finansmanı Sistemi ve Ana Hatları ile Gayrimenkul Mevzuatı* (Beta 2007) 154; Gençer Özdemir, *Konut Kredileri ve Konut Kredilerinde Teminat İşlemleri* (Seçkin 2017) 122; Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu (n 39) 79; Hatipoğlu (n 18) 39.

⁴² İnceoğlu, 'Verbraucherschutzgesetz' (n 41) 575; Atamer (n 37) 171; Reisoğlu, 'Konut' (n 38) 83; Gümüş (n 19) 200; Okan Veli Şafaklı ve Kenan Şahin, 'Kelepeçleme Hükümlerinden Korunmaya Yönelik Düzenlemeler: KKTC Tüketici Kredisi Sözleşmesi Hükümlerinin TC ve AB Düzenlemeleri ile Karşılaştırılması' (2017) 2 (10) *Bankacılık ve Sigortacılık Araştırmaları Dergisi* 18, 28; Gezder (n 41) 132; Oy (n 41) 154; Özdemir (n 41) 123.

⁴³ Seza Reisoğlu, 'Tüketici Kredileri Hukuki Sorunlar: 4077 Sayılı Yasada Değişiklik Öngören Taslak' (2009) (69) *Bankacılık Dergisi* 50, 54; Hatipoğlu (n 18) 53, 69.

⁴⁴ Bankaların tüketici ile yaptıkları sözleşmelere eklenen erken ödeme indirimine ilişkin hükümlere örnek olarak şunlar verilebilir: Halkbank'ın Ön Ödemeli Konut Finansmanı Sistemi Kredisi Sözleşme Öncesi Bilgi Formu'nda şu hükümler yer almaktadır: "11.1. Müşteri, Kredi borcunun tamamını veya bir taksit tutarından az olmak üzere bir kısmını önceden ödeyebileceği gibi, vadesi gelmemiş bir ya da birden çok taksit için de erken ödemede bulunabilir. Sabit faizli konut finansmanı sözleşmelerinde, erken ödeme durumunda, kalan anapara tutarı ve erken ödenen gün sayısı dikkate alınarak akdi faiz oranı üzerinden faiz ve varsa bu faiz üzerinden hesaplanacak fon, vergi ve diğer maliyet unsurları kadar indirimli tahsilât yapılacaktır. (...) 11.3. Banka, faizin tamamının veya bir kısmının Müşteri'den peşin olarak tahsil edildiği kredilerde, Müşteri'nin erken ödeme yapması halinde gerekli indirim yapmakla yükümlüdür." Ziraat Bankası'nın Sabit Faiz Oranlı Konut Finansmanı Kredileri İçin Sözleşme Öncesi Bilgi Formu'nda da şu hüküm yer almaktadır: "Tüketici, borçlandığı miktarın tamamını veya bir taksit tutarından az olmak üzere herhangi bir miktarı vadesinden önce ödeyebilir. Bu hallerde Banka erken ödenen miktara göre gerekli indirim yapar."

⁴⁵ Council Directive 87/102/EEC of 22 December 1986 for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit [1987] OJ L042

erken ödeme yapılması hâlinde, üye devletlerin kendi mevzuatlarına göre, tüketicinin ödeyeceği toplam bedelde uygun bir indirim yapılacağı düzenlenmekteydi. Ayrıca bu direktifin 4. maddesinin 3. fıkrasında yazılı şekilde yapılan sözleşmenin direktifin ekinde bulunan esaslı unsurları içermesi gerektiği belirtilmekteydi. Direktifin ekinde yer alan hususlardan biri de tüketicinin erken ödeme yapması hâlinde indirim hakkına ilişkin hükümdü. Dolayısıyla direktif, tüketici kredisi sözleşmelerinde erken ödeme indirimine ilişkin hükmün bulunması gerektiğini düzenlenmekteydi.

Uygulamada olan 2008/48/EC sayılı direktifte tüketici kredilerinde erken ödemeye ilişkin daha detaylı bir düzenleme yer almaktadır⁴⁶. Bu direktifin 16. maddesinin ilk fıkrasında tüketicinin kredi sözleşmesinden kaynaklanan borçlarını erken ifa etmesine izin verilmekte ve bu durumda indirim yapılacağı düzenlenmektedir. Ayrıca bu direktifin 5. maddesinin 1-(p) bendine göre, tüketiciye yapılacak ön bilgilendirmede erken ödeme imkânı olduğunun belirtilmesi de gerekmektedir. Ek II'de yer alan standart tüketici kredisi bilgilendirmesinin 4. bölümünde de tüketicinin erken ödeme imkânına ilişkin bilgilendirme kısmı bulunmaktadır.

Avrupa Komisyonu, 5 Kasım 2020 tarihinde 2008/48/EC sayılı direktife ilişkin bir rapor yayımlamıştır⁴⁷. Raporun 2.3 sayılı bölümüne göre, 2008/48/EC sayılı direktifin en etkili hükümlerinden biri erken ödemeye ilişkin hükümdür. Raporla tüketiciler, tüketici örgütleri, üye devletlerin yetkilileri ve alacaklılar tarafından bu hükümlerin iyi bir şekilde işletildiğine yönelik fikir birliği olduğu belirtilmektedir. Raporun sonuç bölümünde de erken ödemeye ilişkin hükümlerin de içinde bulunduğu hükümlerin standart bir tüketici koruma seviyesi getirdiği, tüketicinin zararını azaltıp faydasını arttırdığı ve Avrupa Birliği çapında eşit şartlar sağladığı açıklanmaktadır.

Avrupa Birliği'nin 4 Şubat 2014'te düzenlediği taşınmaz mallara ilişkin tüketici kredi sözleşmelerine yönelik hükümler içeren ve bu sebeple daha özel nitelikte olan 2014/17/EU sayılı direktif ise⁴⁸, 2008/48/EC sayılı direktifte değişiklikler yapmaktadır. 2014/17/EU sayılı direktifin 25. maddesinde erken ödeme düzenlenmiştir. 25. maddenin ilk fıkrasına göre, tüketicinin erken ödeme imkânı bulunmaktadır ve erken ödeme hâlinde indirim yapılması gerekir. 25. maddenin ikinci fıkrasında, üye devletlere erken ödeme imkânının bazı şartlara bağlamaları ve bazı kısıtlamalar yapmalarına izin verilmektedir. Bu direktifin, kredi sözleşmesine ilişkin bilgilendirme yapılması gerekliliğini düzenleyen 13. maddesinin 1-(k) fıkrasında da erken ödeme hâlinde uygulanacak kuralların bilgilendirmede yer alması gerektiği bulunmaktadır.

⁴⁶ Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC [2008] OJ L133/66

⁴⁷ European Commission, Report From The Commission to the European Parliament and the Council on the Implementation of Directive 2008/48/EC on Credit Agreements for Consumers, Brussels, 5.11.2020 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0963&rid=2>> Erişim Tarihi 08.05.2021.

⁴⁸ Directive 2014/17/EU of the European Parliament and of the Council of 4 February 2014 on credit agreements for consumers relating to residential immovable property and amending Directives 2008/48/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010 [2014] OJ L60/34

2. Erken Ödeme İndiriminin Hesaplanması

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 20, 27 ve 37’de erken ödeme hâlinde indirim yapılacağı hükmü bulunmaktadır. Ancak bu hükümlerde hesaplanmanın nasıl olduğu belirtilmemektedir. Hesaplama, ilgili yönetmeliklerde yer almaktadır. Özellikle Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği’nde ve Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği’nde hesaplamaya ilişkin yöntemler açıklanmıştır. Hatta bu iki yönetmeliğin eklerinde hesaplamalarla ilgili örnekler verilmiştir.

Erken ödeme indirimi, tüketicinin fiilen ödeme yaptığı tarihe göre hesaplanır. Ödeme gününe kadar işlemiş olan faiz hesaplanarak erken ödeme indirimi belirlenir. Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği madde 15 ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği madde 11’de bu durum düzenlenmiştir. Ayrıca söz konusu maddelerde bu konuda tüketici aleyhine düzenleme yapılamayacağı da belirtilmiştir. Böylece, tüketici henüz taksitin ifa zamanı gelmeden, mesela bir aylık taksit süresi dolmadan yirminci gün ödeme yapmak istediğinde alacaklı, tüketicinin taksitin o ay sonundaki ödeme zamanına kadar beklemesi gerektiğini dayatamaz. Böyle bir durumda alacaklı, tüketicinin yirminci günde ödeme yapmasını kabul etmek zorundadır⁴⁹.

Erken ödeme indirimi hesaplanırken öncelikle bir önceki taksitten itibaren işlemiş olan faiz ve diğer masraflar hesaplanır. Tüketicinin gerçekleştirmiş olduğu ödemeden, öncelikle bu bedelin düşülmesi gerekir. Diğer masraflar, vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülükleri ihtiva eder.

Faiz ve diğer masraflar ödemedi düşüldükten sonra geriye kalan anapara borcundan yapılan ödeme kadar borç sona erer. Bu kısım için Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği’nde iki farklı madde bulunmaktadır. Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği madde 16’da, borcun tamamen kapatılması düzenlemiştir. Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği madde 17 ise, borcun kısmen sona erdirilmesine, diğer bir ifadeyle ara ödemeye ilişkindir.

Tüketici, kalan anapara ücretinin tamamını ödemişse borç sona erer. Bu durumda gelecekteki taksitlerin faizi ödenmemiş olur. Dolayısıyla kalan borcun tamamının ödenmesi hâlinde erken ödeme indirimi, gelecekteki taksitlerde ödenmesi gereken faiz miktarlarının toplamı kadardır⁵⁰.

⁴⁹ Danıştay, bir kararında, tüketici kredisinde veya konut finansmanında erken ödeme yapan tüketicinin bankanın valör uygulaması sebebiyle ödeme gününden bir iş günü sonra ödeme yapmış gibi sayılarak, erken ödeme indiriminin olması gerekenden daha az miktarda hesaplanmasının hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir, Danıştay 15 D, 50/179, 22.01.2019 <Kazancı> Erişim Tarihi 16.05.2021. Benzer bir uyumsuzlukta Danıştay, ödemenin bir gün sonra yapılmış sayılmasının erken ödeme indiriminin daha az yapılmasıyla birlikte, daha fazla faiz işlemesine sebep olduğunu da vurgulamıştır, Danıştay 10 D, 7000/3572, 06.05.2019 <Kazancı> Erişim Tarihi 16.05.2021.

⁵⁰ Atamer (n 37) 172; Reisoğlu, ‘Konut’ (n 38) 83; Yener (n 34) 431; Şafaklı ve Şahin (n 42) 28; Çetiner, ‘Erken Ödeme’ (n 39) 2293; Kara (n 39) 865; Oy (n 41) 154. Taksitle satış sözleşmesinde satıcı, taksitli satış fiyatını hesaplarken faiz dışındaki giderleri de bu miktara ekler. Bazı satıcılar, ön ödeme hâlinde daha az erken ödeme indirimi yapmak için faiz oranını düşük gösterip diğer masrafların miktarını yüksek gösterebilirler. Bu durumda tüketici, mahkemeye başvurmalı ve erken ödeme indirimi hesaplanırken gerçekte uygulanmış olan faiz oranının esas alınmasını talep etmelidir. Açıklamalar için Murat İnceoğlu, *Taksitle Satımlarda Tüketicinin Korunması* (Beta 1998) 30.

Tüketici, kalan borcunun tamamını değil de bir kısmını ödemişse yapılan toplam ara ödemeden faiz ve masraflar çıkarıldıktan sonra kalan tutar anaparaдан düşülür⁵¹. Ancak bu durumda, tüketicinin hâlâ ödemesi gereken bir kısım bulunmaktadır. Anaparanın kalan kısmı için yeni bir ödeme planı belirlenir. Bu ödeme planında, taksit sayısı ve ödeme tarihleri değiştirilmez. Buna bağlı olarak, kalan anapara miktarı taksit sayısına göre paylaşılır ve taksitlerin miktarları belirlenmiş olur. Ancak tarafların anlaşması hâlinde taksit sayısı, ödeme tarihleri veya taksit miktarları değiştirilebilir⁵². Hatta yeni ödeme planında taksit miktarı ilk ödeme planına göre daha fazla olabilir. Mesela erken ödeme öncesindeki ödeme planında taksitler 1.000 TL iken, erken ödeme sonrasında aynı taksit sayısı kabul edilirse 600 TL'lik taksitler söz konusu olabilir. Ancak taraflar anlaşarak, yeni ödeme planında taksit miktarlarını 1.500 TL de yapabilirler. Böylece taksit sayısı azalır ve borç daha çabuk sona erer. Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği madde 17/V'e göre, tüketicinin ara ödeme yapması hâlinde yeni ödeme planının ücretsiz olarak tüketiciye verilmesi gerekmektedir.

Bazı tüketici sözleşmelerinde faiz peşin olarak alınmaktadır. Başka bir ifadeyle, toplam işleyecek olan faiz hesaplanıp, sözleşme imzalandığında bunun bir kısmının ödenmesi beklenmektedir. Bu sözleşmelerde erken ödeme durumunda ödemenin nasıl gerçekleşeceği de Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği'nde belirtilmiştir. Peşin alınan bir faiz söz konusu olduğunda tüketicinin erken ödeme ile anapara borcunu tamamen kapatması hâlinde, peşin alınan faiz içinde o ana kadar işlemesi gereken kısım hesaplanır. Ardından peşin alınan faizden bu kısımdaki faiz miktarı indirilir. Kalan miktar, erken ödeme yapan tüketiciye iade edilir. Zira kalan miktar henüz işlememiş olan faizin karşılığıdır. Mesela peşin olarak tahsil edilen faiz 3.000 TL'dir. Erken ödeme yapılan tarihe kadar işlemesi gereken faiz ise 2.000 TL'dir. Bu durumda, erken ödeme tarihinden sonra işlemesi gereken faiz bedeli olan 1.000 TL, alacaklı tarafından tüketiciye iade edilir. Bu yöntem, tüketicinin ara ödeme yapması hâlinde de uygulanır. Buna göre, tüketici ara ödeme yaptığında o ana kadar ödemesi gereken ve ödemenin ardından kalan anapara borcu için işleyecek faiz miktarı belirlenerek toplanır. Ardından peşin ödenen faizden bu toplam miktar çıkarılarak iade edilecek miktar bulunur. Dolayısıyla faiz peşin ödenmiş olsa dahi tüketicinin erken ödemesi hâlinde alacaklının erken ödemeden dolayı indirim yapması gerekir⁵³.

⁵¹ Taksitle satış sözleşmesinde birden fazla taksit miktarında ödeme yapılması hâlinde bu ödemenin en son taksitlere yönelik olduğunun kabul edilmesi gerektiği hakkında İnceoğlu, *Taksit* (n 50) 31.

⁵² Yeni ödeme planı oluşturulurken erken ödeme yapılan miktara göre ödemesiz dönem kararlaştırılmasının da mümkün olduğu ve ödemesiz dönemin tüketicinin talebine bağlı olduğu yönünde Hatipoğlu (n 18) 41-42.

⁵³ Reisoğlu, 'Tüketici' (n 43) 54; Atamer (n 37) 173; Şafaklı ve Şahin (n 42) 28; Çetiner, 'Erken Ödeme' (n 39) 2294; Kara (n 39) 865; Oy (n 41) 154; Hatipoğlu (n 18) 42.

3. Erken Ödeme İndirimine İlişkin Örnekler

Erken ödeme hâlinde yapılacak olan erken ödeme indiriminin hesaplanması, örnek bir ödeme planı üzerinden gösterildiğinde daha iyi anlaşılabilir⁵⁴. Bu sebeple, bu başlık altında tüketici kredilerine ilişkin örnek ödeme planları üzerinden tamamen veya kısmen ödemeye ilişkin örnekler gösterilmektedir⁵⁵.

Örnek 1: Tüketici kredisi ödeme planı:

- o Kredi miktarı: 100.000 TL
- o Vade: 24 ay
- o Aylık akdi faiz oranı: %1,65
- o KKDF⁵⁶ oranı: %15
- o BSMV⁵⁷ oranı: %5

Ay	Ödeme Tarihi	Taksit (TL)	Anapara ⁵⁸ (TL)	Faiz ⁵⁹ (TL)	KKDF (TL)	BSMV (TL)	Kalan Anapara (TL)
0 ⁶⁰	10.12.2020	0	0	0	0	0	100.000
1	10.01.2021	5.275,14	3.295,14	1.650	247,50	82,50	96.704,86
2	10.02.2021	5.275,14	3.360,38	1.595,63	239,34	79,78	93.344,48
3	10.03.2021	5.275,14	3.426,92	1.540,18	231,03	77,01	89.917,56
4	10.04.2021	5.275,14	3.494,77	1.483,64	222,55	74,18	86.422,78
5	10.05.2021	5.275,14	3.563,97	1.425,98	213,90	71,30	82.858,82
6	10.06.2021	5.275,14	3.634,54	1.367,17	205,08	68,36	79.224,28
7	10.07.2021	5.275,14	3.706,50	1.307,20	196,08	65,36	75.517,78
8	10.08.2021	5.275,14	3.779,89	1.246,04	186,91	62,30	71.737,89
9	10.09.2021	5.275,14	3.854,73	1.183,68	177,55	59,18	67.883,16
10	10.10.2021	5.275,14	3.931,05	1.120,07	168,01	56,00	63.952,11

⁵⁴ Erken ödeme indiriminin hesaplanmasına ilişkin örnekler, Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği ve Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin ekinde de bulunmaktadır.

⁵⁵ Bu başlık altında sadece tüketici kredilerinde erken ödemeye ilişkin örnekler verilmektedir. Konut finansmanında erken ödeme hâlinde erken ödeme indirimi ile birlikte erken ödeme tazminatı da söz konusu olduğu için konut finansmanında erken ödemeye ilişkin örnekler aşağıda yer almaktadır, III, C, 4.

⁵⁶ Kaynak Kullanımını Destekleme Fonu (KKDF), 07.06.1988 tarihli ve 19835 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Kaynak Kullanımını Destekleme Fonu Hakkında Karar ile yatırımların kalkınma planı ve yıllık programlara göre yönlendirilebilmesi ve bazı kredilerde kredi maliyetlerinin düşürülmesi amacıyla kurulmuştur. KKDF oranı, 26.08.1989 tarihli ve 20264 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 12.05.1988 Tarih ve 88/12944 Sayılı Kararnameye İlişkin Kaynak Kullanımını Destekleme Fonu Hakkında Tebliğ (Sıra No:6) madde 2'ye göre, bankalar ve finansman şirketleri tarafından kullanılan tüketici kredilerinde %15'tir.

⁵⁷ Banka ve Sigorta Muameleleri Vergisi (BSMV), Gider Vergileri Kanunu madde 28'de düzenlenen ve banka ve sigorta şirketlerinin elde ettikleri paralara ilişkin bir vergidir. Tüketici kredilerinde BSMV oranı, 01.10.1998 tarihli ve 23450 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 28.08.1998 tarihli ve 98/11591 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı madde 1/f'e göre, bankanın lehine elde ettiği miktarın %5'idir.

⁵⁸ Satırda yer alan ayda ödenen taksit miktarındaki anapara ödemesidir. Satırda yer alan taksit miktarından o ayki faizin çıkarılması sonucunda elde edilen miktardır.

⁵⁹ Satırda yer alan ayda ödenen taksit miktarındaki faiz ödemesidir. Önceki taksitin ödenmesinin ardından kalan anapara ile aylık akdi faiz oranının çarpımı sonucunda elde edilen miktardır.

⁶⁰ Bu satır, sözleşmenin yapıldığı tarihi ve toplam anapara borcunu göstermek için ödeme planına eklenmiştir.

11	10.11.2021	5.275,14	4.008,89	1.055,21	158,28	52,76	59.943,22
12	10.12.2021	5.275,14	4.088,26	989,06	148,36	49,45	55.854,96
13	10.01.2022	5.275,14	4.169,21	921,61	138,24	46,08	51.685,75
14	10.02.2022	5.275,14	4.251,76	852,81	127,92	42,64	47.433,98
15	10.03.2022	5.275,14	4.335,95	782,66	117,40	39,13	43.098,04
16	10.04.2022	5.275,14	4.421,80	711,12	106,67	35,56	38.676,24
17	10.05.2022	5.275,14	4.509,35	638,16	95,72	31,91	34.166,89
18	10.06.2022	5.275,14	4.598,64	563,75	84,56	28,19	29.568,25
19	10.07.2022	5.275,14	4.689,69	487,88	73,18	24,39	24.878,56
20	10.08.2022	5.275,14	4.782,54	410,50	61,57	20,52	20.096,02
21	10.09.2022	5.275,14	4.877,24	331,58	49,74	16,58	15.218,78
22	10.10.2022	5.275,14	4.973,81	251,11	37,67	12,56	10.244,97
23	10.11.2022	5.275,14	5.072,29	169,04	25,36	8,45	5.172,68
24	10.12.2022	5.275,14	5.172,72	85,35	12,80	4,27	-0,04
Tp ⁶¹		127.103,36 TL	100.000,00 TL	22.169,43 TL	3.325,42 TL	1.108,47 TL	

Örnek 1.a: Kredinin geri kalan kısmının tamamı altıncı taksitin ödeneceği 10.06.2021 tarihinde ödenmiştir. Bu durumda, 10.06.2021 tarihinde ödenecek toplam miktar, altıncı taksit miktarı (5.275,14 TL) ile altıncı taksit itibarıyla geri kalan anapara borcudur (79.224,28 TL):

$$\cdot \quad \text{Tahsil edilmesi gereken tutar} = 6. \text{ taksit miktarı} + \text{Kalan anapara borcu} = 5.275,14 + 79.224,28 = 84.499,42 \text{ TL}$$

Buna göre, tüketici, altıncı taksitin ödeneceği 10.06.2021 tarihinde 84.499,42 TL ödeyerek borcundan kurtulabilir. Bu durumda, erken ödeme indiriminin miktarı, ödeme planında belirlenen toplam geri ödeme miktarından (127.103,36 TL) ilk beş taksitin ödemesinin (5.275,14 TL x 5) ve toplu ödemenin miktarının (84.499,42 TL) çıkarılması yoluyla tespit edilebilir:

$$\cdot \quad \text{Erken ödeme indirimi miktarı} = \text{Toplam geri ödeme miktarı} - [\text{İlk beş taksit ödemesi miktarı (bir taksit x 5)} + \text{Toplu ödeme miktarı}] = 127.103,36 - [(5.275,14 \times 5) + 84.499,42] = 16.228,24 \text{ TL}$$

Tüketici, altıncı taksitin ödeneceği 10.06.2021 tarihinde borcunu kapatırsa 16.228,24 TL erken ödeme indirimini yapacaktır.

Örnek 1.b: Kredinin geri kalan kısmının tamamı altıncı taksitin ödeneceği 10.06.2021 tarihinden 5 gün önce 05.06.2021 tarihinde ödenmiştir. Bu durumda öncelikle beşinci taksit ödemesi ile erken ödeme yapılacak olan 05.06.2021 tarihi arasında işleyen 26 günlük süre için faiz ve ek masraflar (KKDF ve BSMV) hesaplanır. Bu hesaplamada esas alınan anapara miktarı, beşinci taksit ödemesinden sonra geriye kalan anapara miktarıdır (82.858,82 TL):

⁶¹ Toplam

- Tahsil edilmesi gereken faiz tutarı = (5. taksit ödemesinden sonra geriye kalan anapara miktarı x Faiz oranı) x 26 günlük işleyen faiz (26 gün/30 gün) = $(82.858,82 \times \%1,65) \times 26/30 = 1.184,88$ TL
- Tahsil edilmesi gereken KKDF = Tahsil edilmesi gereken faiz tutarı x %15 = $1.184,88 \times \%15 = 177,73$ TL
- Tahsil edilmesi gereken BSMV = Tahsil edilmesi gereken faiz tutarı x %5 = $1.184,88 \times \%5 = 59,24$ TL
- Tahsil edilmesi gereken faiz ve ek masraflar tutarı = Faiz tutarı + KKDF + BSMV = $1.184,88 + 177,73 + 59,24 = 1.421,85$ TL

Tahsil edilmesi gereken faiz ve ek masrafların tutarı hesaplandıktan sonra, bu tutara (1.421,85 TL) kalan anapara borcu (82.858,82 TL) eklenerek altıncı taksitin ödeneceği 10.06.2021 tarihinden 5 gün önce 05.06.2021 tarihinde borcun kapatılması için ödenmesi gereken toplam miktar hesaplanır:

- Tahsil edilmesi gereken tutar = Tahsil edilmesi gereken faiz ve ek masraflar tutarı + Kalan anapara borcu = $1.421,85 + 82.858,82 = 84.280,67$ TL

Buna göre, tüketici, altıncı taksitin ödeneceği 10.06.2021 tarihinden 5 gün önce 05.06.2021 tarihinde 84.280,67 TL ödeyerek borcundan kurtulabilir. Bu durumda, erken ödeme indiriminin miktarı, ödeme planında belirlenen toplam geri ödeme miktarından (127.103,36 TL) ilk beş taksitin ödemesinin (5.275,14 TL x 5) ve toplu ödemenin miktarının (84.280,67 TL) çıkarılması yoluyla tespit edilebilir:

- Erken ödeme indirimi miktarı = Toplam geri ödeme miktarı – [İlk beş taksit ödemesi miktarı (bir taksit x 5) + Toplu ödeme miktarı] = $127.103,36 - [(5.275,14 \times 5) + 84.280,67] = 16.446,99$ TL

Tüketici, altıncı taksitin ödeneceği 10.06.2021 tarihinden 5 gün önce 05.06.2021 tarihinde borcunu kapatırsa 16.446,99 TL erken ödeme indirimi yapılacaktır.

Örnek 1.c: On yedinci taksitin ödeneceği 10.05.2022 tarihinde 20.000 TL'lik ara ödeme yapılmıştır. Taraflar aksini kararlaştırmadıkları için ara ödemenin ardından taksit sayısı ve tarihleri değişmeyecektir.

Ara ödeme (20.000 TL) içinden anapara ödemesinin bulunması için öncelikle, bu miktardan on yedinci taksit (5.275,14 TL) ödenmiş sayılır.

- Anapara ödemesi = $20.000 - 5.275,14 = 14.724,86$ TL

Ara ödeme sonucunda, ödeme planına göre on yedinci taksitin ödenmesinin ardından kalması gereken anapara miktarından (34.166,89 TL) ara ödeme içindeki anapara ödemesi miktarı (14.724,86 TL) çıkarılarak yeni ödeme planı için esas alınacak olan kalan anapara miktarı bulunur.

- Yeni ödeme planı için esas alınacak olan kalan anapara miktarı = Ödeme planına göre 17. taksitin ödenmesinin ardından kalması gereken anapara miktarı - ara ödeme içindeki anapara ödemesi miktarı = 34.166,89 - 14.724,86 = 19.442,03 TL

Ara ödeme sonucunda kalan anapara borcu 19.442,03 TL'dir. On yedinci taksitten sonra taksit sayısı ise yedidir. Ara ödemenin ardından kalan anapara borcu olan 19.442,03 TL üzerinden yedi aylık yeni bir ödeme planı hazırlanmalıdır. Yeni ödeme planı şu şekilde olur:

- o Kalan anapara borcu miktarı: 19.442,03 TL
- o Vade: 7 ay
- o Aylık akdi faiz oranı: %1,65
- o KKDF oranı: %15
- o BSMV oranı: %5

Ay	Ödeme Tarihi	Taksit (TL)	Anapara (TL)	Faiz (TL)	KKDF (TL)	BSMV (TL)	Kalan Anapara (TL)
1	10.06.2022	3.001,71	2.616,76	320,79	48,12	16,04	16.825,24
2	10.07.2022	3.001,71	2.668,57	277,62	41,64	13,88	14.156,67
3	10.08.2022	3.001,71	2.721,41	233,59	35,04	11,68	11.435,26
4	10.09.2022	3.001,71	2.775,29	188,68	28,30	9,43	8.659,97
5	10.10.2022	3.001,71	2.830,24	142,89	21,43	7,14	5.829,73
6	10.11.2022	3.001,71	2.886,28	96,19	14,43	4,81	2.943,45
7	10.12.2022	3.001,71	2.943,43	48,57	7,29	2,43	0,02
Tp		21.109,18 TL	19.442,00 TL	1.308,32 TL	196,25 TL	65,42 TL	

Buna göre, tüketici, on yedinci taksitin ödeneceği 10.05.2022 tarihinde 20.000 TL ara ödeme yaptığından erken ödeme indiriminin miktarı, ilk ödeme planında belirlenen toplam geri ödeme miktarından (127.103,36 TL) ilk on altı taksitin ödemesinin (5.275,14 TL x 16), toplu ödemenin miktarının (20.000 TL) ve yeni ödeme planındaki toplam geri ödeme miktarının (21.109,18 TL) çıkarılması yoluyla tespit edilebilir:

- Erken ödeme indirimi miktarı = İlk ödeme planındaki toplam geri ödeme miktarı - [İlk on altı taksit ödemesi miktarı (bir taksit x 16) + Toplu ödeme miktarı + Yeni ödeme planındaki toplam geri ödeme miktarı] = 127.103,36 - [(5.275,14 x 16) + 20.000 + 21.109,18] = 1.591,94 TL

Tüketici, on yedinci taksitin ödeneceği 10.05.2022 tarihinde 20.000 TL ara ödeme yaparsa 1.591,94 TL erken ödeme indirimi yapılacaktır.

Örnek 2: Kredi faizinin bir kısmının peşin olarak ödendiği tüketici kredisi ödeme planı:

- o Kredi miktarı: 10.000 TL
- o Vade: 12 ay
- o Aylık akdi faiz oranı⁶²: %1,5
- o Peşin tahsilat oranı: %2
- o Peşin faiz tutarı: 200 TL
- o KKDF oranı: %15
- o BSMV oranı: %5

Ay	Ödeme Tarihi	Taksit (TL)	Anapara (TL)	Faiz (TL)	KKDF (TL)	BSMV (TL)	Kalan Anapara (TL)	Peşin Faiz Dağılımı ⁶³ (TL)
0	20.12.2020	200	0	166,67	25,00	8,33	10.000	
1	20.01.2021	934,02	754	150	22,50	7,50	9.246	24,97
2	20.02.2021	934,02	768	138,69	20,80	6,93	8.478	23,09
3	20.03.2021	934,02	781	127,18	19,08	6,36	7.697	21,18
4	20.04.2021	934,02	795	115,45	17,32	5,77	6.902	19,22
5	20.05.2021	934,02	810	103,52	15,53	5,18	6.092	17,24
6	20.06.2021	934,02	824	91,38	13,71	4,57	5.267	15,21
7	20.07.2021	934,02	839	79,01	11,85	3,95	4.428	13,16
8	20.08.2021	934,02	854	66,42	9,96	3,32	3.574	11,06
9	20.09.2021	934,02	870	53,61	8,04	2,68	2.704	8,93
10	20.10.2021	934,02	885	40,56	6,08	2,03	1.819	6,76
11	20.11.2021	934,02	901	27,28	4,09	1,36	918	4,55
12	20.12.2021	934,02	918	13,76	2,06	0,69	0	2,29
Tp.		11.408,24 TL	10.000,00 TL	1.173,53 TL	176,03 TL	58,68 TL		167,67 TL

Örnek 2.a: Kredinin geri kalan kısmının tamamı dokuzuncu taksitin ödeneceği 20.09.2021 tarihinde ödenmiştir. Bu durumda, 20.09.2021 tarihinde ödenecek toplam miktarın ve peşin ödenen faizden iade edilecek miktarın hesaplanması gerekir.

Öncelikle, 20.09.2021 tarihinde ödenecek toplam miktar, dokuzuncu taksit miktarı (934,02 TL) ile dokuzuncu taksit itibarıyla geri kalan anapara borcudur (2.704 TL):

⁶² Peşin ödenen faiz miktarı haricinde aylık işleyen faiz oranıdır.

⁶³ Peşin tahsil edilen faiz (vergiler hariç) aylar itibarıyla reeskont dağılımını göstermektedir. Bu sütun, standart ödeme planlarında yer almamaktadır. Ancak örneğin daha iyi anlaşılması amacıyla tabloya eklenmiştir.

- Tahsil edilmesi gereken tutar = 9. taksit miktarı + Kalan anapara borcu = $934,02 + 2.704 = 3.638,02$ TL

Ardından peşin olarak tahsil edilmiş olan faizin dokuzuncu taksite kadar işlemiş kısmı ve henüz işlememiş kısmı hesaplanır. Peşin olarak tahsil edilmiş olan faizin henüz işlememiş olan kısmı tüketiciye iade edilir:

- Peşin olarak tahsil edilmiş olan faizin 9. taksite kadar işlemiş kısmı = $24,97 + 23,09 + 21,18 + 19,22 + 17,24 + 15,21 + 13,16 + 11,06 + 8,93 = 154,06$ TL
- Henüz işlememiş olan kısım = Tüketiciye iade edilecek olan peşin faiz miktarı = $166,67 - 154,06 = 12,61$ TL

Buna göre, tüketici, dokuzuncu taksitin ödeneceği 20.09.2021 tarihinde 3.638,02 TL ödeyerek borcundan kurtulabilir. Tüketiciye, peşin olarak ödediği faizden ise 12,61 TL iade edilecektir. Bu durumda, erken ödeme indiriminin miktarı, ödeme planında belirlenen toplam geri ödeme miktarından (11.408,24 TL) ilk sekiz taksitin ödemesinin (934,02 TL x 8), peşin olarak tahsil edilmiş olan faizin dokuzuncu taksite kadar işlemiş kısmının (154,06 TL) ve toplu ödemenin miktarının (3.638,02 TL) çıkarılması yoluyla tespit edilebilir.

- Erken ödeme indirimi miktarı = Toplam geri ödeme miktarı - [İlk sekiz taksit ödemesi miktarı (bir taksit x 8) + Peşin olarak tahsil edilmiş olan faizin dokuzuncu taksite kadar işlemiş kısmı + Toplu ödeme miktarı] = $11.408,24 - [(934,02 \text{ TL} \times 8) + 154,06 + 3.638,02] = 144$ TL

Tüketici, dokuzuncu taksitin ödeneceği 20.09.2021 tarihinde borcunu kapatırsa 144 TL erken ödeme indirimi yapılacaktır.

4. Taksitle Satış Sözleşmesinde Erken Ödemeye İlişkin Türk Borçlar Kanunu madde 258'de ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 20'de Yer Alan Hükümlerin Karşılaştırılması

Taksitle satış sözleşmesi, hem Türk Borçlar Kanunu hem Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenen bir sözleşmedir. Somut olayda taksitle satış sözleşmesinin tüketici işlemi niteliğinde olup olmamasına göre hangi hükümlerin uygulama alanı bulacağı tespit edilir. Dolayısıyla tüketici işlemi niteliğinde olmayan taksitle satış sözleşmeleri Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabiyken tüketici işlemi niteliğinde olanlar Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerine tabidir. Zira Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Türk Borçlar Kanunu'na göre özel

kanun niteliğindedir. Üstelik Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri, Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre tüketicinin daha lehinedir⁶⁴.

Taksitle satış sözleşmesinde erken ödeme bakımından Türk Borçlar Kanunu madde 258 ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 20 arasında üç fark bulunmaktadır. Bunlar, erken ödemenin kambiyo senedine bağlanmış sözleşmelerde uygulanmasına, kalan borcun bir kısmının ödenmesi imkânına ve indirimin kapsamına ilişkindir.

Türk Borçlar Kanunu madde 258’de erken ödeme hâlinde indirim yapılması için, taksitle satış sözleşmesinden doğan borçların kambiyo senedine bağlanmamış olması gerekmektedir. Nitekim Türk Borçlar Kanunu madde 258 hükmü “*taksit borcu kambiyo senedine bağlanmış olmadıkça...*” şeklinde başlar. Bu husus, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun bağlamında incelendiğinde ise Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 20’de kambiyo senetlerine ilişkin bir sınırlama getirildiği görülmemektedir. Ancak bu noktada, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un diğer hükümlerini de dikkate almak gerekir. Zira Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 4/V’te tüketicinin yaptığı işlemler için kıymetli evrak düzenlenmesine ilişkin sınırlandırıcı ve emredici bir hüküm bulunmaktadır. Bu hükmeye göre, tüketici işlemleri için sadece nama yazılı ve her bir taksit için ayrı senet düzenlenebilir. Bu sınırlamanın dışındaki senetler ise tüketici yönünden geçersiz kılınmıştır. Ayrıca Taksitle Satış Sözleşmeleri Hakkında Yönetmelik madde 11’de de bu sınırlama tekrar edilmiştir. Sonuç olarak, Türk Borçlar Kanunu’nda kambiyo senedine bağlanmış borçlarda erken ödeme yapılamaz⁶⁵. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da ise nama yazılı ve her bir taksit için ayrı düzenlenmiş senetlere bağlanmış taksitle satış sözleşmesi bakımından erken ödeme yapılabilir.

Türk Borçlar Kanunu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun arasındaki taksitle satış sözleşmelerinde erken ödemeye ilişkin diğer bir fark, kalan borcun ne kadarlık bir kısmının ödenebileceğine ilişkindir. Türk Borçlar Kanunu madde 258’e göre borçlu, kalan borcun tamamını erken ödeyebilir. Dolayısıyla ara ödeme niteliğinde erken ödeme yapılması mümkün değildir. Diğer bir deyişle borçlu, kalan borcun bir kısmını, mesela dörtte üçünü ödeyerek bu kısmın faizinden veya ek masraflarından kurtulamaz⁶⁶. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 20’de ise “*bir ya da birden çok taksit ödemesinde de bulunabilir*” ifadesi yer almaktadır. Dolayısıyla tüketici, kalan borcun tamamını kapatabileceği gibi bir taksitten az olmayacak miktarda ödeme de yapabilir⁶⁷.

⁶⁴ Atamer (n 37) 173; Remzi Demir, *Türk Borçlar Kanunu Açısından Taksitle Satım Sözleşmeleri* (Adalet 2013) 96; Çağlar Özel ve Utku Topcan, ‘Tüketicinin Korunması Açısından Mevzuatta Getirilen Son Değişiklikler Çerçevesinde Taksitle Satış Sözleşmeleri’ (2014) 9 (Özel Sayı) Terazi Hukuk Dergisi 47, 55; Hatipoğlu (n 18) 51.

⁶⁵ Demir (n 64) 96; Ayşe Gül Öksüz, *Taksitle Satım Sözleşmesi* (Seçkin 2016) 103; Özel ve Topcan (n 64) 55; Mustafa Ünlütepe, ‘6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Taksitle Satış Sözleşmesi’ (2014) (2) Ankara Barosu Dergisi 291, 339; Hatipoğlu (n 18) 51.

⁶⁶ Atamer (n 37) 174; Demir (n 64) 96; Öksüz (n 65) 103; Ünlütepe (n 65) 340; Hatipoğlu (n 18) 51.

⁶⁷ Atamer (n 37) 174; Ozanoğlu (n 41) 223; Inceoğlu, *Taksit* (n 50) 29; Gümüş (n 19) 171; Özel ve Topcan (n 64) 55; Ünlütepe (n 65) 340.

Doktrindeki bir görüşe göre, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'daki hükmün lafzı açık değildir. Söz konusu hükümden, bir taksitten az miktarda ödeme yapılamayacağı anlaşılmaktadır. Buna karşılık, bir taksitten fazla olup iki taksitten az olan bir miktarın ödenip ödenmeyeceğine ilişkin bir netlik bulunmamaktadır. Bu görüşe göre, bu konuda hükmün lafzına bağlı kalınmalı ve tüketiciye tanınan erken ödeme imkânının bir veya birden fazla taksit miktarında olması gerektiği kabul edilmelidir. Aksi takdirde (bir veya birden fazla taksit miktarında olmayan, bir veya birden fazla taksit miktarından az veya çok olan bir ödeme yapıldığı takdirde) satıcı açısından hesaplama zorluklarının veya karışıklıkların ortaya çıkması muhtemeldir⁶⁸. Kanaatimizce böyle bir kaygı yersizdir. Zira ara ödeme yapılması hâlinde sırasıyla hangi işlemlerin yapılacağı ve nasıl bir hesaplama yapılacağı Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği'nde açıkça yer almaktadır. Daha önce belirttiğimiz gibi taksitle satış sözleşmesinde erken ödemeye ilişkin düzenleme bulunmadığı takdirde Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği hükümleri kıyasen uygulama alanı bulur⁶⁹. Ayrıca tüketicinin sözleşme yaptığı satıcı olan taraf, ticari amaçla hareket eden bir kişidir. Hesaplamaya ilişkin bir karışıklık yaşanabileceği görüşü, ticari hayat bakımından karşılık bulamaz. Bu sebeple, bir taksit ödemesinden daha fazla olacak şekilde herhangi bir miktarda ara ödeme yapılması mümkündür. Tüketici, illa birden fazla taksit miktarınca ödeme yapmaya zorlanamaz.

Türk Borçlar Kanunu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun arasındaki erken ödemeye ilişkin son fark, ne kadarlık bir indirim yapılacağıdır. Türk Borçlar Kanunu madde 258'de "*yarısından az olmamak üzere*" ifadesi bulunmaktadır. Bu durumda, erken ödeme hâlinde, faiz ve ek masrafların en az yarısı oranında indirim yapılır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 20'ye göre ise "*ödenen miktara göre gerekli tüm faiz ve komisyon indirimini*" yapması gerekir. Bu hükümde geçen "*tüm*" ifadesi, erken ödeme sonucunda yapılacak indirimin, faizin ve ek masrafların tamamını kapsadığına dikkat çekmektedir⁷⁰.

Sonuç olarak, tüketici için Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yer alan hüküm, Türk Borçlar Kanunu'ndakine nazaran daha avantajlıdır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a göre taksitle satış sözleşmesinde tüketici, kambyo senedine bağlanmış borcun borçlusu olsa ve kalan taksitlerin tamamının değil de en az bir taksit miktarında erken ödeme yapsa dahi, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'daki hesaplama yöntemine göre tüm faiz ve ek masraflar miktarında indirim yapılması gerekir.

⁶⁸ İnceoğlu, *Taksit* (n 50) 29.

⁶⁹ Açıklamalar için III, B, 1.

⁷⁰ Atamer (n 37) 174; Ozanoğlu (n 41) 224; Öksüz (n 65) 108; Özel ve Topcan (n 64) 55.

C. ERKEN ÖDEME TAZMİNATI

1. Genel Olarak

Erken ifa bakımından, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'daki özel düzenlemelerden biri de erken ödeme tazminatıdır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da erken ödeme hâlinde indirim yapılacağına ilişkin hüküm bulunmaktadır. Bu da alacaklının, borçlunun erken ödemesi hâlinde beklediği miktardan daha azını elde etmesi anlamına gelmektedir. Kanun koyucu, bunu da göz önüne alarak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da erken ödeme tazminatına ilişkin düzenleme getirmiştir⁷¹.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 37'de erken ödeme tazminatı imkânı tanınmaktadır. Bu madde, konut finansmanı sözleşmelerine ilişkindir. Taraflar sözleşmede kararlaştırdıkları takdirde erken ödeme hâlinde alacaklı tarafta olan konut finansmanı kuruluşu erken ödeme tazminatı alabilir. Konut finansmanı sözleşmesi dışındaki tüketici işlemlerinde ise erken ödeme tazminatı hükmü sözleşmeye eklense dahi kesin olarak hükümsüzdür⁷². Zira diğer sözleşmeler için erken ödeme tazminatına izin veren bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla sadece konut finansmanı sözleşmesinde tüketicinin erken ödeme gerçekleştirilmesi hâlinde erken ödeme tazminatı gündeme gelir.

Erken ödeme tazminatı, tüketicinin aleyhine olan bir düzenlemedir. Ancak bu düzenlemenin bazı ekonomik sebepleri vardır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 37'nin gerekçesinde bu sebeplerden bahsedilmemektedir. Ancak doktrinde bu sebepler şu şekilde açıklanmaktadır: Erken ödeme tazminatının ekonomik sebeplerinden ilki, konut finansmanı sözleşmesi sırasında yapılan ek masrafların erken ödeme hâlinde tahsil edilememesidir. Bu masraflara, kıymet takdiri, kredi onaylanması, dosya masrafları gibi kalemler dâhil edilebilir. Söz konusu masraflar genellikle ödeme planında paylaştırılmış olur. Ancak erken ödeme hâlinde ek masrafların kalan dönemdeki miktarlarında indirim yapılması gerekir. Bu durumda masrafların yükü kredi veren kuruluşun üstüne yüklenmiş olur. Bunu bir nebze telafi edebilmek için erken ödeme tazminatı talep edilmektedir⁷³. Erken ödeme

⁷¹ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un tasarı aşamasında tüketici kredilerinde de erken ödeme tazminatının düşünüldüğü ancak kanunlaştırma sırasında bu hükmün çıkarıldığına ilişkin Başak Baysal, 'Tüketici Kredisi (TKHK 22-31)' iç M. Murat İnceoğlu (ed), *Yeni Tüketici Hukuku Konferansı* (On İki Levha 2015) 316.

⁷² Atamer (n 37) 175; Murat Aydoğdu, 'Konut Finansman Sistemi ve Sözleşmelerinin Tüketici Hukukuna Etkileri' (2007) 9 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 553, 579; Can, İpotekli (n 34) 116; Yüce (n 1) 238-239.

⁷³ Mustafa Topaloğlu, 'Mortgage Kredilerinde Erken Ödeme Ücreti (Cezası)' (2008) 12 (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 185, 193; Mustafa Topaloğlu, 'Konut Kredilerinde Erken Ödeme ve Yeniden Yapılandırma Ücreti' iç Fehim Üçışık ve Hakan Tokbaş (edr), 2. *Tüketici Hukuku Sempozyumu Ses Çözümleri ve Makaleleri* (Bilge 2013) 342; Ahmet Karakocalı, 'Konut Finansmanı Sözleşmeleri Kapsamında Tahsil Olunan Yeniden Yapılandırma Ücretinin Tüketici Hukuku Bakımından Yasal Dayanağının İncelenmesi' (2015) 1 (2) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 42, 55; Bilal Can, '6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Konut Finansmanına Yönelik Hükümleri' (2014) 9 (89) Terazi Hukuk Dergisi 104, 108; Değirmencioglu (n 34) 227; Murat Aydoğdu, *Konut Finansman Sistemi (Mortgage), Sistemin Tüketici Hukukuna Etkileri ve Sistemde Yer Alan Menkul Kıymetler* (Adalet 2010) 77; Hatipoğlu (n 18) 72.

tazminatı talep edilmesinin diğer bir sebebi, faizlerin düştüğü dönemde borçların kapatılması hâlinde kredi veren kuruluşun zarara uğrayacak olmasıdır. Nitekim bu durumda, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 37’de düzenlenen erken ödeme indirimi sebebiyle kalan döneme ilişkin faizler talep edilemez. Ancak bu dönemde verilecek kredilerde, faiz oranları düşük olduğundan ilk sözleşmedeki faiz kazancı da edinilemez. Bu da kredi veren kuruluşu zarara sokar⁷⁴. Son olarak, erken ödeme hâlinde kredi veren kuruluşun kasasına toplu para girmektedir. Bu da kredi veren kuruluşun vergi yükünü ağırlaştırır. Ödemelerin kabul edilen plana göre yapılması hâlinde vergiler yayılacakken erken ödeme hâlinde birikmiş olarak yükümlü olunmaktadır⁷⁵. Tüm bu ekonomik sebeplere binaen, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 37’de konut finansmanında erken ödeme hâlinde erken ödeme tazminatı kararlaştırılması imkânı düzenlenmektedir.

Erken ödeme tazminatı, sözleşmede açıkça kararlaştırılmalıdır⁷⁶. Erken ödeme tazminatına ilişkin anlaşmanın geçerlilik şekli de asıl sözleşme olan konut finansmanı sözleşmesinin geçerlilik şekline tabidir⁷⁷. Kanunda erken ödeme tazminatı belirlenmesine izin verilmesi, bunun kanundan kaynaklanan bir yükümlülük olduğunu göstermez. Zira kanun izin verse dahi taraflar sözleşmede kararlaştırmazsa erken ödeme tazminatı talep edilemez. Dolayısıyla erken ödeme tazminatı, sözleşmeden doğan bir yan yükümlülüktür⁷⁸.

Doktrinde erken ödeme tazminatının niteliği hakkında tartışma bulunmaktadır. Bir görüşe göre, erken ödeme tazminatı cezai şart niteliğindedir. Bu görüş, alacaklının zarara uğramasa bile erken ödeme tazminatını talep edebileceğini ileri sürmektedir⁷⁹. Diğer bir görüş ise, erken ödeme tazminatı cezai şart niteliğinde olmasa bile, bunun

⁷⁴ Topaloğlu, ‘Mortgage’ (n 73) 193; Topaloğlu, ‘Konut’ (n 73) 342; Mustafa Topaloğlu, ‘Banka Kredilerinde Erken Ödeme’ (2010) (50) Terazi Hukuk Dergisi 53, 59; Bilgehan Çetiner, ‘Konut Kredisi Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Koşulları’ (2007) 5 (55) Legal Hukuk Dergisi 2155, 2168; Murat Aydoğdu, ‘Konut Finansman Sistemi (Mortgage) ve Sözleşmeleri’ (2007) 9 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 19; Karakocalı (n 73) 56; Can, İpotekli (n 34) 115.

⁷⁵ Topaloğlu, ‘Mortgage’ (n 73) 194; Topaloğlu, ‘Konut’ (n 73) 342; Hatipoğlu (n 18) 73.

⁷⁶ Uygulamada bankalar, konut finansmanı sözleşmesine, erken ödeme hâlinde erken ödeme tazminatı talep edileceğine ilişkin hüküm eklemektedirler. Mesela, Halkbank’ın Ön Ödemeli Konut Finansmanı Sistemi Kredisi Sözleşme Öncesi Bilgi Formu’nda şu hükümler yer almaktadır: “**11.2. Sabit Faiz Oranlı Konut Finansmanı Kredilerinde, Müşteri’nin bir ya da birden fazla taksitini vadesinden önce ödemesi veya borcunun tamamını vadesinden önce kapatması durumunda, konut finansmanı sözleşmesi hükümleri doğrultusunda Müşteri’den, gerekli faiz indirimi yapılarak hesaplanan ve erken ödenen tutar/tutarların kalan vadesi 36 ayı aşmayan kredilerde % 1’e, kalan vadesi 36 ayı aşan kredilerde ise % 2’ye varan oranda “Erken Ödeme Tazminatı” tahsil edilecektir. Bu ücret ödenmedikçe teminatlar iade edilmeyecek, ipotek fek edilmeyecektir. (...)** **11.4. Erken ödeme tazminat tutarı hiçbir şekilde tüketiciye yapılacak toplam indirim tutarını aşamayacaktır.”** Ziraat Bankası’nın Sabit Faiz Oranlı Konut Finansmanı Kredileri İçin Sözleşme Öncesi Bilgi Formu’nda da şu hüküm yer almaktadır: “**Sabit faizli kredilerde erken ödeme yapılması halinde, gerekli faiz indirimi yapılarak hesaplanan ve tüketici tarafından erken ödenen tutarın kalan vadesi otuz altı ayı aşmayan kredilerde yüzde birini, kalan vadesi otuz altı ayı aşan kredilerde ise yüzde ikisini geçemeyecek şekilde erken ödeme tazminatı alınır.”**

⁷⁷ Gümüş (n 19) 243.

⁷⁸ Topaloğlu, ‘Banka’ (n 74) 64. Erken ödeme tazminatının bu niteliği Yargıtay kararlarında da kabul edilmektedir, Yargıtay HGK, 11-410/189, 20.02.2020 <Kazancı> 05.05.2021; Yargıtay HGK, 567/1346, 12.12.2019 <Yargıtay Karar Arama> Erişim Tarihi 17.05.2021.

⁷⁹ Sezer Çabri, *Konut Finansmanı Sözleşmeleri* (On İki Levha 2010) 424; Çetiner, ‘Erken Ödeme’ (n 39) 2293; Aydoğdu, *Konut* (n73) 77.

cezai şart benzeri bir kurum niteliğinde olduğunu savunmaktadır⁸⁰. Doktrindeki bizim de katıldığımız hâkim görüş bu bedelin, kredi veren kuruluşun zararının telafi edilmesi işlevi göz önüne alındığında tazminat niteliğinde olduğunu kabul etmektedir⁸¹. Nitekim Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği madde 11/IV'te de erken ödeme tazminatının toplam indirimi aşamayacağı belirtilmiştir. Bu da, bu bedelin kredi veren kuruluşun zararının telafi edilmesi anlamına geldiğini göstermektedir⁸².

Erken ödeme tazminatına ilişkin doktrinde değinilen diğer bir husus ise, bu tazminatın Anayasa'daki eşitlik ilkesine uygun olup olmadığıdır. Nitekim tüketici, tüketici kredisi veya konut finansmanı sözleşmesi ile kredi çekebilir. Ancak erken ödeme hâlinde her ikisinde de indirim yapılmasına rağmen konut finansmanında ayrıca erken ödeme tazminatı alınmaktadır. Bu da, aynı durumda bulunanların farklı sonuçlara tabi olmasına neden olacaktır. Bu durumda, Anayasa'nın tüketicileri koruyan hükmünü uygulamak gerekirken zayıf taraf olan tüketici böyle bir tereddüde sürüklenmektedir. Buna binaen, konut finansmanında erken ödemede ayrıca bir tazminata hükmedilmesinin eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmektedir⁸³.

Erken ödeme tazminatı, Avrupa Birliği'nin 2008/48/EC sayılı direktifinde de yer almaktadır. Bu direktifin 16. maddesinin 2. fıkrasında sabit oranlı faiz uygulanan tüketici kredilerinde erken ödeme yapılması hâlinde alacaklı tarafından erken ödeme tazminatı talep edilebileceği; bu tazminatın erken ödemenin vade tarihinden bir yıldan daha fazla bir süre önce yapılması hâlinde erken ödenen miktarın %1'ini, bir yılı aşmayan bir süre önce yapılması hâlinde ise %0,5'ini geçemeyeceği hükmüne bağlanmaktadır. 3. fıkrada erken ödeme tazminatının talep edilemeyeceği hâller belirtilmekte ve bu kapsamda erken ödemenin sigorta sözleşmesi kapsamında yapılması hâli, açık kredi durumu veya faiz oranının sabit olmadığı sözleşmeler sayılmaktadır. 16. maddenin 4. fıkrasında ise üye devletlere daha fazla zarar olacağına anlaşılması hâlinde tazminat için 2. fıkrada belirtilenden daha yüksek oran belirleyebilme yetkisi verilmektedir. 5. fıkrada erken ödeme tazminatının tüketicinin hak kazandığı indirim miktarını aşamayacağı vurgulanmaktadır. Ayrıca bu direktifin 5. maddesinin 1-(p) bendinde göre, tüketiciye yapılacak ön bilgilendirmede erken ödeme tazminatının yer alması gerektiği düzenlenmektedir.

Avrupa Birliği'nin taşınmaz mallara ilişkin tüketici kredilerine yönelik 2017/17/EU sayılı direktifinde de erken ödeme tazminatına ilişkin hükümler yer almaktadır. Bu direktifin 25. maddesinin 3. fıkrasına göre, erken ödeme hâlinde uygun bir tazminat

⁸⁰ Gönen (n 34) 154, Değirmencioglu (n 34) 229; Yüce (n 1) 237.

⁸¹ Topaloğlu, 'Mortgage' (n 73) 213; Topaloğlu, 'Konut' (n 73) 342; Topaloğlu, 'Banka' (n 74) 65; Atamer (n 37) 178; Gümüş (n 19) 242; Hatipoğlu (n 18) 80.

⁸² Atamer (n 37) 178; Hatipoğlu (n 18) 80.

⁸³ Topaloğlu, 'Mortgage' (n 73) 214-215.

talep edilebilir. Ancak bu tazminatın alacaklının maddi kaybını geçemeyeceği belirtilmektedir.

2. Erken Ödeme Tazminatı Talep Edilebilmesinin Şartları

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği'nde erken ödeme tazminatına ilişkin şartlar bulunmaktadır. Erken ödeme tazminatının talep edilebilmesi için bu şartların tamamlanması gerekmektedir⁸⁴. Bu şartlardan herhangi birinin eksik olması hâlinde erken ödeme tazminatı talep edilemez.

Erken ödeme tazminatının şartlarından ilki, tüketici ile kredi veren arasında konut finansmanı sözleşmesi imzalanmış olmasıdır. Nitekim Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da sadece konut finansmanı sözleşmesinde erken ödeme yapıldığında erken ödeme tazminatının söz konusu olacağı düzenlenmektedir⁸⁵.

Erken ödeme tazminatının şartlarından bir diğeri, konut finansmanı sözleşmesinde sabit faiz oranı belirlenmesidir⁸⁶. Konut finansmanı sözleşmelerinde faiz oranı, sabit, değişken veya hem sabit hem değişken olarak belirlenebilir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 37'de erken ödeme tazminatının talep edilebilmesi için faiz oranının sabit olarak belirlenmesi gerektiği düzenlenmektedir. Doktrinde sadece sabit faiz oranlı konut finansmanı sözleşmeleri için erken ödeme tazminatı imkânı sunan bu hükmün gerekçesi olarak, tüketicilerin piyasadaki gelişmelere göre sabit faizli sözleşmelerini erken ödeyip daha avantajlı faiz oranını içeren başka bir kredi sözleşmesi yapmalarının engellenmesi olduğu ileri sürülmektedir. Buna göre, erken ödeme tazminatı, konut finansmanı kuruluşları ile tüketicilerin menfaatlerini dengeleyici bir unsurdur⁸⁷.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 37'ye göre, faiz oranının değişken olduğu sözleşmelerde erken ödeme tazminatı istenemez. Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği madde 11/IV'te de bu husus belirtilmiştir. Doktrinde bunun gerekçesi olarak, faiz oranının değişken olması hâlinde zaten kredi verenin elde edeceği faiz gelirinin kesin olmaması gösterilmektedir⁸⁸.

Hem sabit hem değişken oranın kabul edildiği sözleşmelerde ise bu konuyu düzenleyen bir hüküm bulunmadığı yönünde tereddütler doğabilir. Zira mülga

⁸⁴ Topaloğlu, 'Mortgage' (n 73) 207; Topaloğlu, 'Konut' (n 73) 343; Atamer (n 37) 176; Karakocalı (n 73) 55; Çetiner, 'Erken Ödeme' (n 39) 2293.

⁸⁵ Konut finansmanı sözleşmesine ilişkin açıklamalar için II, D.

⁸⁶ Topaloğlu, 'Mortgage' (n 73) 207; Topaloğlu, 'Konut' (n 73) 343; Topaloğlu, 'Banka' (n 74) 60; Atamer (n 37) 176; Aydoğdu, 'Etik' (n 72) 580; Aydoğdu, 'Mortgage' (n 74) 18; Reisoğlu, 'Konut' (n 38) 83; Karakocalı (n 73) 55; Haznedar (n 34) 25; Yener (n 34) 432; Çetiner, 'Erken Ödeme' (n 39) 2294; Çetiner, 'Kuruluş' (n 74) 2168; Değirmencioğlu (n 34) 230; Gönen (n 34) 148; Kara (n 39) 1201; Hatipoğlu (n 18) 74.

⁸⁷ Çetiner, 'Kuruluş' (n 74) 2168.

⁸⁸ Atamer (n 37) 176; Değirmencioğlu (n 34) 233; Hatipoğlu (n 18) 75.

olan Konut Finansmanı Sisteminde Erken Ödeme İndirimi ve Yıllık Maliyet Oranı Hesaplama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik madde 5'te bu durumda da erken ödeme ücretinin talep edilemeyeceği ibaresi bulunmaktaydı. Buna karşılık erken ödemeyi düzenleyen Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği madde 11'de böyle bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği madde 6'da sözleşme öncesi bilgi formu düzenlenmektedir. Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği madde 6'da yer alan hükümlerin sözleşme öncesi bilgi formunda yer alması gerekmektedir. Bu maddenin (m) bendinde değişken faizli ve hem sabit hem de değişken faizli sözleşmelerde hangi hükümlerin bulunacağı sekiz madde olarak sayılmaktadır. Bu maddelerden biri "*Geri ödemelerin vadesinden önce yapılması durumunda, erken ödeme tazminatının alınamayacağına ilişkin bilgi*"dir. Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği madde 9'da da bu hükümlerin sözleşmenin zorunlu unsurlarından olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla hem sabit hem değişken oranın kabul edildiği sözleşmelerde erken ödeme tazminatı talep edilememesi hükmü Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği'nde mevcuttur.

Hem sabit hem değişken faiz oranı olan sözleşmelerde ödenecek olan faizin önce sabit oranlı başlayıp bir süre sonra değişken oranlı olması da karşılaştırılabilir. Doktrinde, bu tip sözleşmelerde, faiz oranı sabitken erken ödeme gerçekleştirildiğinde erken ödeme tazminatı talep edilebileceği savunulmaktadır⁸⁹. Buna göre, sözleşmede henüz değişken faiz oranı söz konusu değilken erken ödeme gerçekleşirse erken ödeme tazminatı istenebilir.

Erken ödeme tazminatının talep edilebilmesi için bunun sözleşmede kararlaştırılmış olması gerekir. Nitekim erken ödeme tazminatı, kanundan doğan bir borç değildir. Bunun kararlaştırılmasına kanun sadece izin vermektedir⁹⁰. Doktrinde erken ödeme tazminatının kararlaştırılmasının yeterli olmaması gerektiği savunulmaktadır ve bu yönüyle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun eksik bulunmaktadır. Zira Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'daki hükümde erken ödeme tazminatının nasıl hesaplanacağına sözleşmede kararlaştırılması gerekliliği yer almamakta, sözleşmede sadece erken ödeme tazminatı talep edileceğinin belirtilmesi yeterli görülmektedir. Ancak bu görüş, tüketicinin sözleşmeye bakarak erken ödeme tazminatını hesaplayabilmesinin onun erken ödeme sonucunda ne ile karşılaşacağını tespit edebilmesi açısından önemli olduğunu ileri sürmektedir⁹¹. Kanaatimizce erken ödeme tazminatı kararlaştırıldığında sözleşmede ayrıca bu tazminatın nasıl hesaplanacağına belirtilmesi gerekli değildir. Zira Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği'nde erken ödeme tazminatının nasıl hesaplanacağı

⁸⁹ Reisoğlu, 'Konut' (n 38) 83; Topaloğlu, 'Mortgage' (n 73) 208; Topaloğlu, 'Konut' (n 73) 344; Topaloğlu, 'Banka' (n 74) 60; Aydoğdu, 'Mortgage' (n 74) 19.

⁹⁰ Topaloğlu, 'Mortgage' (n 73) 208; Topaloğlu, 'Konut' (n 73) 344; Topaloğlu, 'Banka' (n 74) 61; Atamer (n 37) 177; Can, 'Konut Finansmanı' (n 73) 108; Çabri, 'Ticari Kredi' (n 21) 398; Çetiner, 'Erken Ödeme' (n 39) 2294; Değirmencioglu (n 34) 234; Gönen (n 34) 148; Hatipoğlu (n 18) 77.

⁹¹ Atamer (n 37) 177.

açıkça düzenlenmiştir. Tüketici, bu hükümler vasıtasıyla erken ödeme tazminatını hesaplayabilir. Ancak tüketicinin bu konuda bilgilendirilmesi gerektiği hususunda tereddüt bulunmamaktadır.

Erken ödeme tazminatının şartlarından sonuncusu ise, ödemenin ifa zamanından önce gerçekleşmesidir. Erken ödeme, sözleşmenin kararlaştırılması anından son taksit de ödenerek borcun sona ermesi anına kadar herhangi bir vakitte olabilir. Bu ödeme, bir veya birden çok taksitin ödenmesi şeklinde gerçekleşebilir. Dolayısıyla erken ödeme en az bir taksit, en fazla geri kalan borcun tamamı miktarında olabilir⁹². Doktrinde sigorta, kamulaştırma veya diğer sebeplerle erken ödeme olması hâlinde de erken ödeme tazminatı alınabileceği; bu durumları öngören bir hükmün de sözleşmeye eklenebileceği yönünde bir görüş bulunmaktadır. Zira erken ödeme tazminatı, kredi veren kuruluşun zararının telafi edilmesine yöneliktir. Bu görüşe göre, bahsedilen bu durumlar sonucunda erken ödeme yapıldığında da kredi veren kuruluş zarar göreceğinden erken ödeme tazminatı talep edebilir⁹³. Buna karşılık, sigorta sebebiyle erken ödeme gerçekleşmesi hâlinde erken ödeme tazminatının talep edilemeyeceğine ilişkin bir görüş de bulunmaktadır⁹⁴. Bu görüş, Avrupa Birliği'nin 2008/48/EC sayılı direktifinin 16/III-(a) hükmüne dayanmaktadır.

3. Erken Ödeme Tazminatının Hesaplanması

Erken ödeme tazminatının hesaplanması Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 37/II ve Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği madde 11/IV'te düzenlenmiştir. Bu hükümlerde erken ödeme tazminatının talep edilebileceğinin belirtilmesinin yanında erken ödeme tazminatının hangi oranda talep edilebileceği ve hangi bedel üzerinden hesaplanacağı da açıklanmaktadır. Erken ödeme tazminatı için iki farklı duruma göre ayrı ayrı tavan oranlar belirlenmiştir. Bu oranlar, tüketicinin borçlarının kalan vadesinin otuz altı ayın üstünde olup olmamasına göre belirlenir. Erken ödeme tazminatına esas alınacak oran, borcun kalan vadesi otuz altı ayın üstündeyse yüzde ikiyi, otuz altı ayı aşmıyorsa yüzde biri geçemez. Bu oranlar azami oranlardır. Dolayısıyla kredi veren kuruluş bu oranlardan daha düşüğünü talep edebilir. Ancak bu oranlardan daha yüksek bir oran kararlaştırılmaz⁹⁵. Bu oranlar erken ödenen anaparaya uygulanır ve bu şekilde erken ödeme tazminatı belirlenir.

⁹² Topaloğlu, 'Mortgage' (n 73) 210; Topaloğlu, 'Konut' (n 73) 345; Topaloğlu, 'Banka' (n 74) 62; Atamer (n 37) 177; Aydoğdu, 'Mortgage' (n 74) 18; Can, 'Konut Finansmanı' (n 73) 108; Çabri, 'Ticari Kredi' (n 21) 398; Değirmencioğlu (n 34) 234; Gönen (n 34) 149; Hatipoğlu (n 18) 74.

⁹³ Topaloğlu, 'Mortgage' (n 73) 210-211; Topaloğlu, 'Banka' (n 74) 63.

⁹⁴ Atamer (n 37) 179.

⁹⁵ İnceoğlu, 'Verbraucherschutzgesetz' (n 41) 575; Topaloğlu, 'Mortgage' (n 73) 212; Topaloğlu, 'Konut' (n 73) 346; Topaloğlu, 'Banka' (n 74) 64; Atamer (n 37) 177; Hatipoğlu (n 18) 82. Mevzuatta erken ödeme ücretinin azami oranları belirtilmiştir. Bu da kredi veren kuruluşların daha düşük oranla erken ödeme tazminatı talep edebileceğini göstermektedir. Ancak uygulamada bu oranların altına düşülmemekte, üst sınırdan hesaplama yapılarak erken ödeme tazminatı talep edilmektedir. Açıklamalar için Karakocalı (n 73) 56.

Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği madde 11/II'ye göre, erken ödeme tazminatının hesaplanması için öncelikle tüketicinin ifa ettiği ödeme tutarına bakılır. Bu tutardan bir önceki taksitten itibaren işlemiş faiz ve diğer masraflar düşülür. Faiz ve diğer masraflar düşüldükten sonra ödemenin kalan miktarı anapara ödemesi olarak kabul edilir. Kalan miktar anaparanın tamamını veya bir kısmını kapsayabilir. Bu miktarın anaparanın tamamını karşılaması durumunda borç sona erer. Ancak bu miktar anaparanın bir kısmını karşılıyorsa kalan anapara borcu tekrar hesaplanarak taksitlere bölünür⁹⁶.

Erken ödeme tazminatı, anapara için gerçekleştirilmiş olan erken ödeme üzerinden hesaplanmaktadır⁹⁷. Dolayısıyla hesaplamada faiz ve diğer masraflar düşüldükten sonra ortaya çıkan ve anapara için yapıldığı kabul edilen ödemenin miktarından muaccel olan kısmın çıkarılması ile elde edilen tutar esas alınır. Zira muaccel olan kısım bakımından erken ödeme söz konusu değildir. Henüz muaccel olmayan kısma ilişkin ödeme, erken ödemenin kapsamındadır.

Erken ödemenin taksit gününde yapılıp yapılmadığı, erken ödeme tazminatının hesaplanması açısından önem arz etmektedir. Erken ödeme taksit günü gelmeden yapıldıysa bir önceki taksitten itibaren işlemiş olan faiz ve ek masraflar hesaplanıp, yapılan erken ödeme miktarından çıkarıldığında erken ödemenin kalan anaparaya karşılık gelen kısmı tespit edilmiş olur. Erken ödeme tazminatı da bu miktar üzerinden hesaplanır. Buna karşılık erken ödeme taksit gününde yapılmışsa öncelikle vadesi gelmiş olan taksit tutarının erken ödeme yapılan miktardan çıkarılması gerekir. Diğer bir ifadeyle, taksit günü geldiğinde o taksitin ihtiva ettiği hem faiz ve ek masrafların miktarı hem de anapara miktarının çıkarılması gerekir. Zira bu durumda o taksit borcu muaccel olmuştur. Tüketici, hem muaccel olan taksit borcunu ödemekte hem de geri kalan anaparanın belli bir kısmı veya tamamı için erken ödeme yapmaktadır. Dolayısıyla erken ödeme miktarından taksit tutarının tamamını değil de sadece önceki taksitten itibaren işleyen faiz ve ek masrafların tutarı çıkarıldığında o taksitin muhteva ettiği anapara miktarı da erken ödeme tazminatının hesaplanmasına esas alınmış olur. Bu da erken ödeme tazminatı hesaplanırken esas alınacak miktarın artmasına ve böylece erken ödeme tazminatının da artmasına sebep olur.

Erken ödeme tazminatına esas alınacak erken ödeme miktarının hesaplanmasının ardından borcun kalan vadesinin otuz altı ayı aşıyor olup olmamasına bakılır. Kalan vade otuz altı ayı aşıyorsa anapara için ödenen miktarın en fazla yüzde ikisi oranında erken ödeme tazminatı talep edilebilir. Kalan vadenin otuz altı ayın üstünde olmadığı takdirde ise anaparadan düşülen miktarın en fazla yüzde biri oranında erken ödeme

⁹⁶ Buraya kadarki hesaplamalar, erken ödeme sonucu gerçekleştirilen hesaplamalardır. Böylece erken ödeme indirimi de hesaplanmış olur. İlgili hesaplamaların detaylı anlatımı için III, B, 2.

⁹⁷ Topaloğlu, 'Mortgage' (n 73) 212; Topaloğlu, 'Konut' (n 73) 346; Topaloğlu, 'Banka' (n 74) 63; Atamer (n 37) 178; Can, İpotekli (n 34) 119.

tazminatı istenebilir⁹⁸. Konut finansmanı kuruluşunun bu oranın uygulanması sonucunda hesaplanan tutardan daha fazla zararı olması hâlinde dahi bu miktardan fazlasının talep edilmesi mümkün değildir⁹⁹.

4. Erken Ödeme Tazminatına İlişkin Örnekler

Erken ödeme hâlinde talep edilecek erken ödeme tazminatının nasıl hesaplandığı, örnek bir ödeme planı üzerinden gösterildiğinde daha iyi anlaşılabilir¹⁰⁰. Bu sebeple, bu başlık altında konut finansmanına ilişkin örnek bir ödeme planı üzerinden tamamen veya kısmen ödemeye ilişkin örnekler gösterilmektedir.

Örnek 1: Konut finansmanı ödeme planı:

- o Kredi miktarı: 200.000 TL
- o Vade: 48 ay
- o Aylık akdi faiz oranı: %1,45
- o KKDF oranı¹⁰¹: %0
- o BSMV oranı¹⁰²: %0

Ay	Ödeme Tarihi	Taksit (TL)	Anapara (TL)	Faiz (TL)	KKDF (TL)	BSMV (TL)	Kalan Anapara (TL)
0	15.12.2020	0	0	0	0	0	200.000
1	15.01.2021	5.812,48	2.912,48	2.900	0	0	197.087,52
2	15.02.2021	5.812,48	2.954,71	2.857,77	0	0	194.132,81
3	15.03.2021	5.812,48	2.997,55	2.814,93	0	0	191.135,25
4	15.04.2021	5.812,48	3.041,02	2.771,46	0	0	188.094,24
5	15.05.2021	5.812,48	3.085,11	2.727,37	0	0	185.009,12
6	15.06.2021	5.812,48	3.129,85	2.682,63	0	0	181.879,27
7	15.07.2021	5.812,48	3.175,23	2.637,25	0	0	178.704,04
8	15.08.2021	5.812,48	3.221,27	2.591,21	0	0	175.482,77
9	15.09.2021	5.812,48	3.267,98	2.544,50	0	0	172.214,79
10	15.10.2021	5.812,48	3.315,37	2.497,11	0	0	168.899,43
11	15.11.2021	5.812,48	3.363,44	2.449,04	0	0	165.535,99

⁹⁸ Danıştay, bir kararında bankanın erken ödeme tazminatının oranını %1 olarak uygulaması gerekirken %2 olarak uygulamasının hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir, Danıştay 10 D, 7000/3572, 06.05.2019 <Kazancı> Erişim Tarihi 16.05.2021.

⁹⁹ Gümüş (n 19) 243.

¹⁰⁰ Erken ödeme indiriminin hesaplanmasına ilişkin örnekler, Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin ekinde de bulunmaktadır.

¹⁰¹ 26.08.1989 tarihli ve 20264 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 12.05.1988 Tarih ve 88/12944 Sayılı Kararnameye İlişkin Kaynak Kullanımını Destekleme Fonu Hakkında Tebliğ (Sıra No:6) madde 3'te KKDF için kesinti yapılmayacak krediler sayılmaktadır. Bu maddenin ikinci bendinde konut kredileri bulunmaktadır. Bu sebeple, konut kredileri bakımından KKDF için ücret ödenmez.

¹⁰² Gider Vergileri Kanunu madde 29'da BSMV'den muaf olan işlemler sayılmaktadır. Bu maddenin (y) bendinde, konut finansmanı da sayılmaktadır. Bu sebeple, konut finansmanında BSMV alınmaz.

12	15.12.2021	5.812,48	3.412,21	2.400,27	0	0	162.123,78
13	15.01.2022	5.812,48	3.461,69	2.350,79	0	0	158.662,10
14	15.02.2022	5.812,48	3.511,88	2.300,60	0	0	155.150,22
15	15.03.2022	5.812,48	3.562,80	2.249,68	0	0	151.587,41
16	15.04.2022	5.812,48	3.614,46	2.198,02	0	0	147.972,95
17	15.05.2022	5.812,48	3.666,87	2.145,61	0	0	144.306,08
18	15.06.2022	5.812,48	3.720,04	2.092,44	0	0	140.586,04
19	15.07.2022	5.812,48	3.773,98	2.038,50	0	0	136.812,06
20	15.08.2022	5.812,48	3.828,71	1.983,77	0	0	132.983,35
21	15.09.2022	5.812,48	3.884,22	1.928,26	0	0	129.099,13
22	15.10.2022	5.812,48	3.940,54	1.871,94	0	0	125.158,59
23	15.11.2022	5.812,48	3.997,68	1.814,80	0	0	121.160,91
24	15.12.2022	5.812,48	4.055,65	1.756,83	0	0	117.105,26
25	15.01.2023	5.812,48	4.114,45	1.698,03	0	0	112.990,81
26	15.02.2023	5.812,48	4.174,11	1.638,37	0	0	108.816,69
27	15.03.2023	5.812,48	4.234,64	1.577,84	0	0	104.582,05
28	15.04.2023	5.812,48	4.296,04	1.516,44	0	0	100.286,01
29	15.05.2023	5.812,48	4.358,33	1.454,15	0	0	95.927,68
30	15.06.2023	5.812,48	4.421,53	1.390,95	0	0	91.506,15
31	15.07.2023	5.812,48	4.485,64	1.326,84	0	0	87.020,51
32	15.08.2023	5.812,48	4.550,68	1.261,80	0	0	82.469,83
33	15.09.2023	5.812,48	4.616,67	1.195,81	0	0	77.853,16
34	15.10.2023	5.812,48	4.683,61	1.128,87	0	0	73.169,55
35	15.11.2023	5.812,48	4.751,52	1.060,96	0	0	68.418,03
36	15.12.2023	5.812,48	4.820,42	992,06	0	0	63.597,61
37	15.01.2024	5.812,48	4.890,31	922,17	0	0	58.707,30
38	15.02.2024	5.812,48	4.961,22	851,26	0	0	53.746,07
39	15.03.2024	5.812,48	5.033,16	779,32	0	0	48.712,91
40	15.04.2024	5.812,48	5.106,14	706,34	0	0	43.606,77
41	15.05.2024	5.812,48	5.180,18	632,30	0	0	38.426,59
42	15.06.2024	5.812,48	5.255,29	557,19	0	0	33.171,29
43	15.07.2024	5.812,48	5.331,50	480,98	0	0	27.839,80
44	15.08.2024	5.812,48	5.408,80	403,68	0	0	22.430,99
45	15.09.2024	5.812,48	5.487,23	325,25	0	0	16.943,76
46	15.10.2024	5.812,48	5.566,80	245,68	0	0	11.376,97
47	15.11.2024	5.812,48	5.647,51	164,97	0	0	5.729,45
48	15.12.2024	5.812,48	5.729,40	83,08	0	0	0,05
Toplam		278.999,04 TL	200.000 TL	78.999,09 TL	0	0	

Örnek 1.a: Kredinin geri kalan kısmının tamamı onuncu taksitin ödeneceği 15.10.2021 tarihinde ödenmiştir. Bu durumda, 15.10.2021 tarihinde ödenecek toplam miktar, onuncu taksit miktarı (5.812,48 TL) ile onuncu taksit itibarıyla geri kalan anapara borcudur (168.899,43 TL):

$$\cdot \text{ Tahsil edilmesi gereken tutar} = 10. \text{ taksit miktarı} + \text{ Kalan anapara borcu} = 5.812,48 + 168.899,43 = 174.711,91 \text{ TL}$$

Bu miktara ek olarak erken ödeme tazminatının da ödenmesi gerekir. Erken ödeme tazminatı, borcun kalan vadesi otuz altı ayın üzerinde olduğu için onuncu taksitin ödenmesinin ardından kalan ve erken ödenen anapara miktarının (168.899,43) yüzde ikisidir:

- Erken ödeme tazminatı = Erken ödenen anapara miktarı x %2 = 168.899,43 x %2 = 3.377,99 TL

Konut finansmanından kaynaklanan borcunun tamamını onuncu taksitin ödeneceği 15.10.2021 tarihinde kapatmak isteyen tüketici, yaptığı toplu erken ödeme (174.711,91 TL) ile birlikte erken ödeme tazminatını (3.377,99 TL) da ödemelidir:

- Toplam tahsil edilmesi gereken tutar = Toplu erken ödeme miktarı + Erken ödeme tazminatı = 174.711,91 + 3.377,99 = 178.089,90 TL

Tüketici, onuncu taksitin ödeneceği 15.10.2021 tarihinde toplam 178.089,90 TL ödeyerek konut finansmanından kaynaklanan borcundan kurtulabilir.

Örnek 1.b: Kredinin geri kalan kısmının tamamı otuz üçüncü taksitin ödeneceği 15.09.2023 tarihinden 12 gün önce 03.09.2023 tarihinde ödenmiştir. Bu durumda öncelikle otuz ikinci taksitin tarihi ile erken ödeme yapılacak olan 03.09.2023 tarihi arasında işleyen 19 günlük süre için faiz hesaplanır. Bu hesaplamada otuz üçüncü taksit için esas alınan anapara miktarı, otuz ikinci taksit ödemesinden sonra geriye kalan anapara miktarıdır (82.469,83 TL):

- Tahsil edilmesi gereken faiz tutarı = (32. taksit ödemesinden sonra geriye kalan anapara miktarı x Faiz oranı) x 19 günlük işleyen faiz (19 gün/30 gün) = (82.469,83 x %1,45) x 19/30 = 757,35 TL

Tahsil edilmesi gereken faiz tutarı hesaplandıktan sonra bu tutara (757,35 TL) kalan anapara borcu (82.469,83 TL) eklenerek otuz üçüncü taksitin ödeneceği 15.09.2023 tarihinden 12 gün önce 03.09.2023 tarihinde borcun kapatılması için ödenmesi gereken toplam miktar hesaplanır:

- Tahsil edilmesi gereken tutar = Tahsil edilmesi gereken faiz tutarı + Kalan anapara borcu = 757,35 + 82.469,83 = 83.227,18 TL

Bu miktarın üzerine erken ödeme tazminatının da ödenmesi gerekir. Erken ödeme tazminatı, borcun kalan vadesi otuz altı ayın üzerinde olmadığı için erken ödenen anapara miktarının (82.469,83 TL) yüzde biridir:

- Erken ödeme tazminatı = Toplu ödenen anapara miktarı x %1 = 82.469,83 x %1 = 824,70 TL

Konut finansmanından kaynaklanan borcunun tamamını otuz üçüncü taksitin ödeneceği 15.09.2023 tarihinden 12 gün önce 03.09.2023 tarihinde kapatmak isteyen tüketici, yaptığı toplu erken ödeme (83.227,18 TL) ile birlikte erken ödeme tazminatını (824,70 TL) da ödemelidir:

- Toplam tahsil edilmesi gereken tutar = Toplu erken ödeme miktarı + Erken ödeme tazminatı = 83.227,18 + 824,70 = 84.051,88 TL

Tüketici, otuz üçüncü taksitin ödeneceği 15.09.2023 tarihinden 12 gün önce 03.09.2023 tarihinde toplam 84.051,88 TL ödeyerek konut finansmanından kaynaklanan borcundan kurtulabilir.

Örnek 1.c: Otuz altıncı taksitin ödeneceği 15.12.2023 tarihinde 30.000 TL'lik ara ödeme yapılmıştır. Taraflar aksini kararlaştırmadıkları için ara ödemenin ardından taksit sayısı ve tarihleri değişmeyecektir.

Ara ödeme (30.000 TL) içinden erken ödeme tazminatına esas alınacak anapara ödemesinin bulunması için öncelikle, bu miktardan otuz altıncı taksitin (5.812,48 TL) ihtiva ettiği faiz miktarı (992,06 TL) ile anapara miktarı (4.820,42 TL) ödenmiş sayılır.

- Erken ödenen anapara tutarı = Ara ödeme - 36. taksit miktarı (36. taksitin ihtiva ettiği faiz miktarı + 36. taksitin ihtiva ettiği anapara miktarı) = 30.000 - (4.820,42 + 992,06) = 30.000 - 5.812,48 = 24.178,52 TL

Erken ödeme tazminatı, borcun kalan vadesi otuz altı ayın üzerinde olmadığı için erken ödenen anapara miktarının (24.178,52 TL) yüzde biridir:

- Erken ödeme tazminatı = Toplu ödenen anapara miktarı x %1 = 24.178,52 x %1 = 241,79 TL

Konut finansmanından kaynaklanan borcu için otuz altıncı taksitin ödeneceği 15.12.2023 tarihinde 30.000 TL'lik ara ödeme yapmak isteyen tüketici, yaptığı erken ödeme (30.000 TL) ile birlikte erken ödeme tazminatını (241,79 TL) da ödemelidir:

- Toplam tahsil edilmesi gereken tutar = Toplu erken ödeme miktarı + Erken ödeme tazminatı = 30.000 + 241,79 = 30.241,79 TL

Ara ödeme sonucunda, ödeme planına göre otuz altıncı taksitin ödenmesinin ardından kalması gereken anapara miktarından (63.597,61 TL) ara ödeme içindeki erken ödeme niteliğindeki anapara ödemesi miktarı (24.178,52 TL) çıkarılarak yeni ödeme planı için esas alınacak olan kalan anapara miktarı bulunur.

- Yeni ödeme planı için esas alınacak olan kalan anapara miktarı = Ödeme planına göre 36. taksitin ödenmesinin ardından kalması gereken anapara miktarı - Ara ödeme içindeki anapara ödemesi miktarı = 63.597,61 - 24.178,52 = 39.419,09 TL

Ara ödeme sonucunda kalan anapara borcu 39.419,09 TL'dir. Otuz altıncı taksitten sonra kalan taksit sayısı ise on ikidir. Ara ödemenin ardından kalan anapara borcu olan 39.419,09 TL üzerinden on iki aylık yeni bir ödeme planı hazırlanmalıdır. Yeni ödeme planı şu şekilde olur:

- o Kalan anapara borcu miktarı: 39.419,09 TL
- o Kalan vade: 12 ay
- o Aylık akdi faiz oranı: %1,45
- o KKDF oranı: %0
- o BSMV oranı: %0

Ay	Ödeme Tarihi	Taksit (TL)	Anapara (TL)	Faiz (TL)	KKDF (TL)	BSMV (TL)	Kalan Anapara (TL)
1	15.01.2024	3.602,69	3.031,11	571,58	0	0	36.387,98
2	15.02.2024	3.602,69	3.075,07	527,62	0	0	33.312,91
3	15.03.2024	3.602,69	3.119,65	483,04	0	0	30.193,26
4	15.04.2024	3.602,69	3.164,89	437,80	0	0	27.028,37
5	15.05.2024	3.602,69	3.210,78	391,91	0	0	23.817,59
6	15.06.2024	3.602,69	3.257,34	345,35	0	0	20.560,25
7	15.07.2024	3.602,69	3.304,57	298,12	0	0	17.255,68
8	15.08.2024	3.602,69	3.352,48	250,21	0	0	13.903,20
9	15.09.2024	3.602,69	3.401,09	201,60	0	0	10.502,10
10	15.10.2024	3.602,69	3.450,41	152,28	0	0	7.051,69
11	15.11.2024	3.602,69	3.500,44	102,25	0	0	3.551,25
12	15.12.2024	3.602,69	3.551,20	51,49	0	0	0,05
Tp.		43.232,28 TL	39.419,00 TL	3.813,24 TL	0	0	

Sonuç

Erken ifa, bir borcun ifa zamanı gelmeden önceki bir tarihte ifa edilmesidir. Türk Borçlar Kanunu madde 96'da erken ifanın kural olarak mümkün olduğu düzenlenmektedir. Zira borcun vadeye bağlanması kural olarak borçlu lehinedir. Borçlu, lehine olan bu durumdan feragat ederek borcunu erken ifa edebilir.

Türk Borçlar Kanunu madde 96'da erken ifa imkânının istisnaları sayılmaktadır. Buna göre taraflar, sözleşmede erken ifayı yasakladıkları takdirde borçlu borcunu erken ifa edemez. Sözleşmenin özelliği de erken ifanın yapılamayacağını gösterebilir.

Son olarak, Türk Borçlar Kanunu madde 96'ya göre durumun gereği de erken ifayı engelleyebilir. Durumun gereğine göre erken ifanın mümkün olmaması, vade sadece borçlu lehine değil alacaklı lehine de olduğunda gündeme gelir.

Borçlu borcunu erken ifa ettiğinde ifa gerçekleşmiş olur. Bu sebeple, erken ifanın ardından henüz ifa zamanı gelmeden ifanın gerçekleştirildiği gerekçesiyle iade istenemez.

Türk Borçlar Kanunu madde 96'ya göre, erken ifa hâlinde kural olarak indirim yapılmaz. Her ne kadar borçlu, kendi lehine olan vadeden feragat etse de alacaklıyı alacağının bir kısmından feragat etmeye zorlayamaz. Bu kural, faizli borçlar açısından da geçerli olmalıdır. Zira faizli borçlarda da alacaklı, faiz geliri beklemektedir. Buna karşılık Türk Borçlar Kanunu madde 96'da kanun, sözleşme veya âdet gereği indirim yapılabileceği düzenlenmektedir.

Taraflar, erken ifa hâlinde alacaklının erken ödeme indirimi sebebiyle ortaya çıkan kazanç kaybını telafi etmek için erken ödeme tazminatı ödenmesini kararlaştırabilirler. Sözleşmedeki erken ödeme tazminatına ilişkin hükümlerin genel işlem şartı niteliğinde olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Sözleşmede erken ödeme tazminatının belli bir oranda talep edilmesi kararlaştırılabileceği gibi alacaklıya erken ödeme tazminatının miktarını belirleme yetkisi de verilebilir. Ancak alacaklı, erken ödeme tazminatının miktarını belirlerken dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına uygun hareket etmelidir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yer alan taksitle satış sözleşmesinde (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 20), tüketici kredisinde (Tüketicinin Korunması Hakkında madde Kanun 27) ve konut finansmanında (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 37) erken ifaya ilişkin hükümler bulunmaktadır. Bu hükümlerde, borçlu tarafta olan tüketicinin para borcunu erken ödemesinin mümkün olduğu belirtilmekte ve erken ödemenin hüküm ve sonuçları düzenlenmektedir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'daki erken ödeme hükümlerinde borçlunun borcunu erken ödemesi hâlinde erken ödeme indirimine hak kazanacağı yer almaktadır. Erken ödeme indirimine ilişkin bu hükümler tüketiciyi korumaya yöneliktir ve emredici niteliktedir. Erken ödeme indirimi, borçlunun borcunun tamamını erken ödemesi hâlinde de bir kısmını erken ödemesi hâlinde de uygulanır. Bunun hesaplanması için öncelikle taksit tarihinde mi yoksa iki taksit arasındaki ara dönemde mi ödeme yapıldığının ayırt edilmesi gerekir. Taksit tarihinde erken ödeme yapıldıysa öncelikle erken ödeme yapılan miktardan muaccel olan taksit miktarı çıkarılır. Ara dönemde ödeme yapıldığı takdirde ise erken ödenen miktardan önceki taksitten itibaren işlemiş olan faiz ve ek masrafların tutarı çıkarılır. Bunlar

çıkarıldıktan sonra kalan miktar, erken ödenen anapara miktarıdır. Anaparanın tamamı erken ödendiye erken ödeme indirimi, henüz işlememiş olan faiz ile ek masrafların toplamı kadardır. Kısmi erken ödeme hâlinde ise erken ödenen kısım için işleyecek olan faiz ile ek masraflar erken ödeme indiriminin kapsamına girer. Anaparanın bir kısmının erken ödenmesi durumunda kalan kısım için yeni bir ödeme planı oluşturulur.

Konut finansmanına ilişkin erken ödeme hükümlerinin düzenlendiği Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 37’de taraflara erken ödeme hâlinde borçlunun erken ödeme tazminatı ödemesi yönünde anlaşma yapma imkânı tanınmaktadır. Doktrinde erken ödeme tazminatının gerekçesi olarak, konut finansmanı sağlayan kuruluşun ek masraflarının ve toplu para elde ettiği için vergi yükünde meydana gelen artışın karşılanması ile faiz gelirlerinin azalması sebebiyle doğan zararının telafi edilmesi gösterilmektedir. Erken ödeme tazminatının talep edilebilmesi için bir konut finansmanı mevcut olmalıdır ve sözleşmede sabit faiz oranı belirlenmelidir. Ayrıca bu sözleşmede borçlu olan tüketicinin erken ödeme yapması hâlinde erken ödeme tazminatının talep edileceği açıkça kararlaştırılmalıdır. Bu şartlar altında erken ödeme yapıldığı takdirde konut finansmanında alacaklı olan taraf erken ödeme tazminatı talep edebilir. Erken ödeme tazminatı hesaplanırken öncelikle erken ödeme indiriminin hesaplanmasında olduğu gibi erken ödeme miktarının anaparaya karşılık gelen kısmı bulunur. Erken ödenen anaparanın üzerinden kalan vade otuz altı ay aşmıyorsa en fazla yüzde bir oranında, aşmıyorsa en fazla yüzde iki oranında erken ödeme tazminatı hesaplanır. Hesaplanan bu erken ödeme tazminatı tutarı, erken ödeme miktarı ile birlikte borçludan talep edilir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Akkanat H, ‘İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü’ iç Nami Barlas, Abuzer Kendigelen ve Suat Sarı (edr), *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan* (Beta 2000) 1-49.
- Atamer YM, *Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması* (On İki Levha 2016).
- Aydoğdu M, *Konut Finansman Sistemi (Mortgage), Sistemin Tüketici Hukukuna Etkileri ve Sistemde Yer Alan Menkul Kıymetler* (Adalet 2010). (Konut)
- Aydoğdu M, ‘Konut Finansman Sistemi (Mortgage) ve Sözleşmeleri’ (2007) 9 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-52. (‘Mortgage’)

- Aydoğdu M, 'Konut Finansman Sistemi ve Sözleşmelerinin Tüketici Hukukuna Etkileri' (2007) 9 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 553-632. ('Etki')
- Barlas N, *Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar* (Kazancı Hukuk 1992).
- Baygın C, *Yabancı Para Üzerinden Borçlanmalar ve Hukukî Sonuçları* (Kazancı Hukuk 1997).
- Baysal B, 'Tüketici Kredisi (TKHK 22-31)' iç M. Murat İnceoğlu (ed), *Yeni Tüketici Hukuku Konferansı* (On İki Levha 2015) 273-325.
- Becker H, 'Art 81' iç Hermann Becker (ed) *Allgemeine Bestimmungen, Art 1-183 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, BK - Berner Kommentar, Band/Nr VI/1* (3. Bası, Stämpfli Verlag 1945) 394-395.
- Can B, '6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Konut Finansmanına Yönelik Hükümleri' (2014) 9 (89) Terazi Hukuk Dergisi 104-109. ('Konut Finansmanı')
- Can B, *İpotekli Konut Finansmanı Sistemi ve Tüketicinin Korunması* (Seçkin 2014). (*İpotekli*)
- Ceylan E, '6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'daki Tüketici Kredileri İle İlgili Yeni Düzenlemeler' (2014) 88 (1) İstanbul Barosu Dergisi 61-80.
- Çabri S, *Konut Finansmanı Sözleşmeleri* (On İki Levha 2010).
- Çabri S, 'Ticari Kredilerde Erken Ödeme Tazminatı ile Erken Ödeme Tazminatının Sınırı' (2016) 11 (145-146) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 393-416. ('Ticari Kredi')
- Çetiner B, 'Konut Kredilerinde Erken Ödeme' (2008) 6 (67) Legal Hukuk Dergisi 2283-2294. ('Erken Ödeme')
- Çetiner B, 'Konut Kredisi Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Koşulları' (2007) 5 (55) Legal Hukuk Dergisi 2155-2171. ('Kuruluş')
- Değirmencioğlu N, 'Konut Kredi Sözleşmelerinin Yeniden Finansmanı Halinde Erken Ödeme Ücretinin Talep Edilip Edilmeyeceği' (2014) 3 (9) Banka ve Finans Hukuku Dergisi 221-238.
- Demir R, *Türk Borçlar Kanunu Açısından Taksitle Satım Sözleşmeleri* (Adalet 2013).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25. Bası, Yetkin 2020).
- Feyzioğlu FN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler 2. Cilt* (2. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1977).
- Gezder Ü, *Tüketici Kredisi Sözleşmeleri* (Beta 1998).
- Gönen D, 'Konut Finansmanı Sözleşmelerinde Erken Ödeme Ücreti' (2013) 9 (105-106) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi 145-167.
- Gümüş MA, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi (Madde: 1 - 46) 1. Cilt* (Vedat 2014).
- Hatemi H ve Gökyayla KE, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (4. Bası, Vedat 2017).
- Hatipoğlu G, *Tüketici Hukukunda Erken İfa* (On İki Levha 2019).
- Havutçu A, *Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazimini* (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları 1995).
- Haznedar İM, '6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un Bankacılık Uygulamaları Bakımından Getirdiği Yenilikler' (2014) 88 (3) İstanbul Barosu Dergisi 5-33.
- İnceoğlu M, 'Das neue türkische Verbraucherschutzgesetz' (2016) Recht der Internationalen Wirtschaft 572-577. ('Verbraucherschutzgesetz')
- İnceoğlu M, *Taksitle Satımlarda Tüketicinin Korunması* (Beta 1998). (*Taksit*)
- Kara İ, *Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku* (Engin 2015).

- Karakocalı A, 'Konut Finansmanı Sözleşmeleri Kapsamında Tahsil Olunan Yeniden Yapılandırma Ücretinin Tüketici Hukuku Bakımından Yasal Dayanağının İncelenmesi' (2015) 1 (2) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 42-75.
- Keskin AD, 'Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt ve İmkânsızlık' (2007) 11 (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 209-231.
- Kılıçoğlu AM, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22. Bası, Turhan 2018).
- Kostkiewicz JK, 'Art 81' iç Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Fankhauser (edr), *OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, OFK - Orell Füssli Kommentar* (Navigator.ch) (3. Bası, Orell Füssli Verlag 2016) 367-368.
- Kurt LM, *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü* (Yetkin 2012).
- Oğuzman MK ve Öz MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler 1. Cilt* (18. Bası, Vedat 2020).
- Oy O, *Türkiye'de Mortgage Uygulaması, Konut Finansmanı Sistemi ve Ana Hatları ile Gayrimenkul Mevzuatı* (Beta 2007).
- Ozanoğlu HS, *Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1999).
- Öksüz AG, *Taksitle Satım Sözleşmesi* (Seçkin 2016).
- Özdemir G, *Konut Kredileri ve Konut Kredilerinde Teminat İşlemleri* (Seçkin 2017).
- Özel Ç ve Topcan U, 'Tüketicinin Korunması Açısından Mevzuatta Getirilen Son Değişiklikler Çerçevesinde Taksitle Satış Sözleşmeleri' (2014) 9 (Özel Sayı) Terazi Hukuk Dergisi 47-56.
- Özmen ES ve Vardar Hamamcıoğlu G, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi* (On İki Levha 2016).
- Reisoğlu S, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (23. Bası, Beta 2012). (*Borçlar*)
- Reisoğlu S, 'Konut Edinme Amaçlı Konut Finansmanı Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları' (2007) (61) Bankacılar Dergisi 75-84. ('Konut')
- Reisoğlu S, 'Tüketici Kredileri Hukuki Sorunlar: 4077 Sayılı Yasada Değişiklik Öngören Taslak' (2009) (69) Bankacılar Dergisi 50-72. ('Tüketici')
- Schraner M, 'Art 81' iç *Die Erfüllung der Obligationen, Art 68-96 OR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art 1-529 OR), ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr V/1e* (3. Bası, Schulthess Juristische Medien 2000) 206-213.
- Seliçi Ö, 'Kesin Vadeli İşlemler' (1968) 2 (3) İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 92-107.
- Serozan R, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme* (7. Bası, Filiz 2016). (*İfa*)
- Serozan R, 'Yeni Borçlar Kanunu'nda "İfa Zamanı" ve "Zamanında İfa Etmeme" Konularında Rastlanan Yenilikler' iç Fevzi Şahlanan ve Ender Gülver (edr), *İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 2011) 1072-1081. ('İfa Zamanı')
- Şafaklı OV ve Şahin K, 'Keleçleme Hükümlerinden Korunmaya Yönelik Düzenlemeler: KKTC Tüketici Kredisi Sözleşmesi Hükümlerinin TC ve AB Düzenlemeleri ile Karşılaştırılması' (2017) 2 (10) Bankacılık ve Sigortacılık Araştırmaları Dergisi 18-36.
- Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku* (7. Bası, Filiz 1993).
- Topaloğlu M, 'Banka Kredilerinde Erken Ödeme' (2010) (50) Terazi Hukuk Dergisi 53-73. ('Banka')

- Topaloğlu M, ‘Konut Kredilerinde Erken Ödeme ve Yeniden Yapılandırma Ücreti’ iç Fehim Üçışık ve Hakan Tokbaş (edr), 2. *Tüketici Hukuku Sempozyumu Ses Çözümleri ve Makaleleri* (Bilge 2013) 341-353. (‘Konut’)
- Topaloğlu M, ‘Mortgage Kredilerinde Erken Ödeme Ücreti (Cezası)’ (2008) 12 (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 185-221. (‘Mortgage’)
- Tunçomağ K, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler 1. Cilt* (5. Bası, Sermet 1972).
- Üçer M, *Alacaklının Temerrüdü* (Turhan 2007).
- Ünlütepe M, ‘6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’ a Göre Taksitle Satış Sözleşmesi’ (2014) (2) Ankara Barosu Dergisi 291-358.
- Von Tuhr A (Çeviri: Edege C), *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı 1-2. Cilt* (Yargıtay Yayınları 1983).
- Weber RH, ‘Art 81’ iç Heinz Hausheer (ed), *Die Erfüllung der Obligation, Art 68-96 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar Band/Nr VI/1/4* (2. Bası, Stämpfli Verlag 2005) 313-321.
- Wuhschleger P, ‘Art 81’ iç Andreas Furrer ve Anton K. Schnyder (edr), *Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen, Art 1-183 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (3. Bası, Schulthess Juristische Medien 2016) 495-497.
- Yener MD, ‘6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un Tüketici Kredileri Bakımından Getirdiği Yenilikler’ (2015) 7 (13) Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi 409-436.
- Yüce MB, *Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı* (Vedat 2015).

Yararlanılan İnternet Kaynakları:

Kazancı (kazanci.com.tr)

Yargıtay Karar Arama (karararama.yargitay.gov.tr)



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 26.08.2021
Revizyon Talebi: 20.12.2021
Son Revizyon Tarihi: 25.03.2022
Kabul: 15.08.2022

Türk Medeni Hukukunda Evliliğin Nisbi Butlanı Sebeplerinden Korkutma

Emre Köroğlu*

Öz

Evlilik, evlendirme memurunun, evlenecek olan kişilerin her birine birbiriyle evlenmek isteyip istemediklerini sorması üzerine, onların olumlu yönde irade beyanında buldukları anda meydana gelmektedir. Ancak bir evliliğin geçerli olarak meydana gelmesi için, eşlerden her birinin evlenme yönündeki iradelerinin hiçbir baskı altında kalmadan, özgür bir şekilde oluşması gereklidir. Bazı durumlarda eşlerden biri, diğer eşin veya üçüncü bir kişinin korkutma teşkil eden bir fiiline maruz kalarak istemediği bir evliliği yapmak zorunda kalmış olabilir. Korkutma, iradenin oluşumu aşamasındaki sakatlıklardan biri olup, Kanun koyucu tarafından TMK m 151’de evliliğin nisbi butlanı sebeplerinden biri olarak düzenlenmiştir. İlgili madde gereğince, kendisinin veya yakınlarından birinin hayatı, sağlığı veya namus ve onuruna yönelik pek yakın ve ağır bir tehlike ile korkutularak evlenmeye razı edilen eş, evlenmenin iptalini dava edebilmektedir. Görüldüğü üzere, korkutma altında yapılan evlilik her ne kadar nisbi butlanla sakat bir evlilik olsa da kendiliğinden hükümsüz duruma gelmemektedir. Bu evliliğin hükümsüzlüğünün sağlanması için korkutma teşkil eden fiile maruz kalan korkutulan tarafından nisbi butlan davasının açılması gerekmektedir. Kanun koyucu TMK m 152’de korkutmaya dayalı nisbi butlan davasının açılmasını belirli sürelerle tabi tutulmuştur. TMK m 152’ye göre korkutulan eşin iptal davası açma hakkı, korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı tarihten başlayarak altı ay ve her hâlde evlenmenin üzerinden beş yıl geçmekle düşmektedir. Mahkeme tarafından evliliğin korkutma sebebiyle iptaline karar verilmesiyle birlikte, evlilik ileriye etkili bir şekilde (ex nunc) sona ermektedir ve evlilik, hâkimin iptal kararına kadar geçerli bir evliliğin tüm sonuçlarını doğurmaktadır (TMK m 156).

Çalışmamızda korkutmanın tanımı, şartları ile sonuçları, İsviçre Hukukundaki son gelişmelere de yer verilerek kapsamlı bir şekilde inceleme konusu yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Evlenme, İrade Beyanı, Korkutma, Nisbi Butlan, İptal Davası

Duress as Reason for Relative Nullity of Marriage in Turkish Civil Law

Abstract

Marriage occurs when a marriage official asks each of the persons to be married whether they want to marry each other and these two persons make a positive declaration of will. However, in order for a marriage to be valid, the desire of each spouse to marry must be formed free of any pressure. In some cases, a spouse may have been forced to enter an unwanted marriage as a result of duress from the other spouse or a third party. Duress is a defect in the formation stage of will and is legally regulated in Art. 151 of the Turkish Civil Code (TCC) as a reason for relative nullity of marriage. TCC Art. 151 states that a spouse who is persuaded to marry through threat of imminent and serious harm to their own or a relative’s life, health, honor, or dignity may file a lawsuit for annulment of the marriage. As is seen, although a marriage made under duress is crippled by relative nullity, it is not automatically invalidated. A lawsuit for relative nullity must be filed by the threatened party to ensure the annulment of the marriage. Legislation subjects the filing of a relative nullity lawsuit based on duress to certain periods as per Art. 152 of the TCC. Accordingly, the threatened spouse’s right to file an annulment case ends after six months, starting from the date the effect of the duress disappears, but in any event within five years of the marriage. Upon a court’s decision to annul a marriage due to duress, the marriage ends proactively (ex nunc), and the marriage bears all the results of a valid marriage up to the judge’s decision (TCC Art 156).

* **Sorumlu Yazar:** Emre Köroğlu (Dr. Öğr. Üyesi), Eskişehir Osmangazi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Eskişehir, Türkiye. E-posta: emre.koroglu@ogu.edu.tr ORCID: 0000-0003-4293-2749

Atrf: Koroglu E, “Türk Medeni Hukukunda Evliliğin Nisbi Butlanı Sebeplerinden Korkutma” (2022) 80(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 926.
<https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.3.0007>



This study comprehensively examines the definition of duress, its conditions, and results by also including the latest developments in Swiss law.

Keywords

Marriage, Declaration of Will, Duress, Relative Nullity, Action for Annulment

Extended Summary

Duress is regulated as a reason for the relative nullity of marriage in Art. 151 of the Turkish Civil Code (TCC). Duress involves a spouse being forced to enter into an unwanted marriage by threat from the other spouse or a third person. Duress is a defect in the formation stage of will.

Duress can also be defined as the deliberate and unlawful provision of a person's consent to marriage by informing another person that the one whose consent is sought will be subjected to very imminent and severe danger regarding harm to life, health, honor, or dignity of that person or a relative of that person.

The conditions necessary for duress to results in the relative nullity of marriage are regulated in Art. 151 of the TCC as follows.

Firstly, one of the spouses must be under duress. Duress may come from the other spouse or from a third party. In cases where duress occurs from a third party, the other spouse doesn't need to be aware of the duress.

Secondly, the person who is threatening must have the intent to threaten.

Thirdly, the duress must have been made in regard to the other spouse's life, health, honor, or dignity or that of a person closely related to this other spouse.

Fourthly, the duress must present an imminent and grave danger to the threatened. When determining whether the duress is serious or not, the subjective state of the spouse who was forced to marry is taken into consideration.

Fifthly, a causal link must be present between the duress and the marriage. Having an ordinary causal link is sufficient here.

Lastly, the duress itself must be unlawful.

If the above conditions are met, the marriage under duress becomes disabled through relative nullity. However, a marriage made under duress being disabled through relative nullity does not automatically invalidate it. A lawsuit for relative nullity must be filed by the threatened party in order to ensure the annulment of the marriage.

The legislation in TCC Art. 152 limits the time for filing a relative nullity lawsuit based on duress, according to which the threatened spouse's right to file an annulment case ends after six months, starting from the date the effect of the duress disappears, but in any event within five years of the marriage.

The court decision to annul the marriage due to the duress results in the marriage ending proactively (*ex nunc*), and the marriage bears all the results of a valid marriage up to the time of the judge's decision (TCC Art. 156).

These spouses may remarry after the existing marriage is annulled by the court. However, the marriage barrier based on in-law kinship still applies to the spouses.

As per the decision to annul the marriage, the other spouse who was in good faith while marrying the threatened spouse retains the personal status he/she has obtained through this marriage.

As a result of the annulment of the marriage, the threatened spouse may demand pecuniary and/or non-pecuniary damages from the threatening spouse or from the spouse who knew or may have known about the third-party duress.

The threatened spouse may demand alimony from the other spouse, regardless of whether or not he/she is the one threatening.

In cases where the marriage is annulled due to duress, the wife, regardless of whether she is the person threatening or being threatened, can ask the court to allow her to retain her husband's surname.

The threatened spouse's right to sue for the annulment of the marriage does not pass to the heirs. However, the heirs can continue a lawsuit filed by the threatened party. As a result of the lawsuit, the surviving spouse who was not found to be in good faith at the time of marriage cannot be named a legal heir and loses the rights granted to him/her by the testamentary dispositions. The surviving spouse is not the one acting in good faith when that spouse was the threatening person or when that spouse knew or may have known about the duress from a third party.

Children born out of a marriage receiving an annulment decision from the court due to duress are considered to have been born within the marriage.

After the marriage is annulled due to duress, both the threatened spouse and the other spouse (whether a threatening person or not) have the right to establish a personal relationship with their own children and even take custody of them if conditions are suitable.

The fact that the marriage between the spouses has ended with the annulment decision does not remove their obligation to meet their children's guardianship costs. In this respect, whether the spouses are the threatening person or the threatened person makes no difference.

Ultimately, individuals' freedom of will to marry cannot be said to be sufficiently protected by Art. 151 of the TCC, contrary to the purpose of the legislation. In this context, including a provision in the TCC that takes into account all the types of duress affecting the individuals' will to marry would be appropriate.

Türk Medeni Hukukunda Evliliğin Nisbi Butlanı Sebeplerinden Korkutma

Giriş

Evlenme, bir kadın ile erkeğin hayatları boyunca sürdürecekleri bir aile birliği kurmak amacıyla yapmış oldukları aile hukuku sözleşmesi olup, varlığı ve geçerliliği çeşitli şartlara tabi tutulmuştur. Bu şartlardan bir kısmının eksikliği yapılan evliliklerin geçerliliğini etkilemekte, bazıları yokluk yaptırımına tabi tutulurken, bazıları ise butlan yaptırımına tabi tutulmaktadır¹.

Evlenmenin kurucu unsurlarının bulunmadığı durumlarda evlenmenin yokluğu söz konusu olmaktadır. Evlenmenin yokluğuna sebep olan haller, evlenmenin aynı cinsten kişiler arasında yapılmış olması, evlenmenin yetkili evlendirme memurları önünde yapılmamış olması ve evlenmek isteyen her iki tarafın evlendirme memuru önünde hazır bulunmamalarıdır. Yokluk yaptırımına tabi tutulan evlenmeler, yapıldığı andan itibaren hukuk alanında yer almadığı için kendiliğinden hükümsüzdür. Bu sebeple evlenmenin yokluğu için ayrıca dava açılmasına gerek bulunmamaktadır².

Evlenmenin kurucu unsurları bulunmakla birlikte geçerlilik unsurlarında veya tarafların iradelerinde bir eksiklik ya da sakatlığın bulunduğu durumlarda ise butlan söz konusu olmaktadır³. Kanun koyucu butlan sebeplerini mutlak butlan ve nisbi butlan olmak üzere ikili bir ayırımında ele almıştır. Eşlerden birinin evlenme sırasında evli olması, eşlerden birinin sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olması, akıl hastalığı ve eşler arasında evlenmeye engel olacak derecede hısmınlığın bulunması mutlak butlana sebebiyet vermekteyken; ayırt etme gücünden geçici yoksunluk, irade sakatlıkları, bu kapsamda yanılma, aldatma ve korkutma ve yasal temsilcinin izninin bulunmaması nisbi butlana sebebiyet vermektedir. Mutlak butlanla yaptırımına tabi tutulan evlenmeler ile nisbi butlan yaptırımına tabi tutulan evlenmeler arasında çeşitli farklılıklar bulunmaktadır. İlk olarak mutlak butlan sebepleri kamu düzenini ilgilendirirken, nisbi butlan sebepleri sadece evliliğin taraflarını ilgilendirmektedir. Bu sebeple mutlak butlan davasını açma savcılara görev olarak yüklenmiş, ilgili kişilere ise hak olarak tanınmışken; nisbi butlan davası açma hakkı sadece ilgili eş ile yasal

¹ Bilge Öztan, 'Batıl Evlenmelerde Eşlerin Durumu', (1969) 26 (1) AÜHFD 193.

² August Egger, *Zürcher Kommentar, Familienrecht, I. Abteilung, Das Eherecht, Art. 90-251* (2. Auflage Schulthess Verlag AG 1936) ZGB Art 120, N 2; Ernst Götz, *Berner Kommentar, Familienrecht, II. Band, I. Abteilung, Eheschliessung, Art. 90-136* (3. Auflage Stämpfli Verlag AG 1964) Vorbem zur ZGB Art 120-136, N 5; Ferit H. Saymen ve Halid K. Elbir, *Türk Medeni Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku* (2. Bası Hak Kitabevi 1960) 205-206; Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku* (1. Bası Filiz Kitabevi 2005) 79; Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku* (16. Bası Filiz Kitabevi 2021) 79, N 418.

³ Yargıtay HGK, 2-2294/ 671, 23.09.2020 "... evlenmenin butlanı; kanun tarafından aranan geçerlilik koşullarını taşımayan bir evliliğin mahkeme kararıyla sona erdirilmesini ifade etmektedir. ... şeklen meydana gelmiş bir evliliğin, kanunun taraflarda ya da iradelerinde aradığı niteliklerin eksikliği nedeniyle ortadan kaldırılması gerekiyorsa ... "butlan" kavramından söz edilecektir." (Yayınlanmamış Karar).

temsiliye verilmiştir⁴. İkinci olarak mutlak butlan davası her zaman açılabilirken, nisbi butlan davasının açılması hak düşürücü sürelerle tabi tutulmuştur. Bu kapsamda mutlak butlan yaptırımına tabi tutulan evliliklerin, zamanla düzelmesi mümkün değildir. Nisbi butlan yaptırımına tabi tutulan evlilikler ise, hak düşürücü süreler içerisinde dava açılmaması durumunda artık iptal edilemez duruma gelmektedir⁵.

Çalışmamızın konusunu evliliğin nisbi butlanı sebeplerinden korkutma oluşturmaktadır. Korkutmaya ilişkin temel düzenlemeye borç sözleşmeleri esas alınarak Türk Borçlar Kanunu m 37 ile 39 arasında yer verilmiştir⁶. Bununla birlikte Kanun koyucu ailenin toplumdaki önemi sebebiyle⁷ evliliklerle ilgili olarak Türk Medeni Kanunu m 151’de korkutmaya ilişkin özel bir düzenlemeye yer vermiştir. TMK m 151’de belirtildiği üzere “*Kendisinin veya yakınlarından birinin hayatı, sağlığı veya namus ve onuruna yönelik pek yakın ve ağır bir tehlike ile korkutularak evlenmeye razı edilmiş eş, evlenmenin iptalini dava edebilir*”. Kanun koyucu bu düzenleme ile eşlerin evlilik kararlarını serbest bir şekilde, özgür iradeleriyle almalarını güvence altına almayı amaçlamıştır.

Aşağıda evliliğin butlanı sebebi olarak korkutma ile ilgili kapsamlı bilgilere yer verilmiştir.

I. Korkutmanın Tanımı

Evliliğin nisbi butlanı sebebi olarak korkutma ile ilgili TMK m 151’de herhangi bir tanımına yer verilmemiştir. Bununla birlikte TMK m 151’de korkutmanın tanımının yapılmasına yardımcı olacak unsurlara yer verilmiş olup, bunlardan hareketle bir tanım yapılması mümkündür: Korkutma, bir kişinin, başka bir kişiye, kendisinin veya yakınlarından birinin hayatına, sağlığına veya namusuna ve onuruna yönelik pek yakın ve ağır bir zarar tehlikesine maruz kalacağını bildirerek, onun evlenmeye razı olmasını kasten ve hukuka aykırı olarak sağlamasıdır.

Korkutmaya maruz kalan kişinin önünde iki seçenek bulunmaktadır. İlk ihtimalde kişi korkutmanın sonucunu göze alarak yapması istenilen evliliği yapmaz. Böyle bir

⁴ Dural, Ögüz ve Gümüş, 2005 (n 2) 80; Dural, Ögüz ve Gümüş, 2021 (n 2) 81, N 428; Şakir Berki, ‘Türk Medeni Hukukunda Evlenmede Mutlak Butlan’ (1962) 19 (1) AÜHFHD 201-202; Kemal Oğuzman ve Mustafa Dural, *Aile Hukuku* (3. Bası Filiz Kitabevi 2001) 93; Selahattin Sulhi Tekinay, *Türk Aile Hukuku* (4. Bası İstanbul Üniversitesi Yayınları 1982) 122-123; Hüseyin Hatemi ve Rona Serozan, *Aile Hukuku* (1. Bası Filiz Kitabevi 1993) 140; Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (6. Bası Turhan Kitabevi 2015) 585; Metin İkizler, *Evlenmenin Hükümsüzlüğü* (1. Bası Seçkin Yayınevi 2018) 44 vd; Murat Doğan ve Sinan Okur, ‘Türk ve Alman Hukukunda Evlenmenin Mutlak Butlan Sebepleri’ in Zeynep Dönmez, Ünsal Dönmez ve Michael Martinek (Hrsg.), *Türkisch-Deutscher Familienrechtskongress, 23.-25. Mai 2013* (Yayınevi Yok 2014) 55; Nazlı Hilal Çelik, *Evlenmenin Hükümsüzlüğü* (1 Bası On İki Levha Yayıncılık 2021) 50.

⁵ Berki (n 4) 203; Oğuzman ve Dural (n 4) 93; Tekinay (n 4) 123; Hatemi ve Serozan (n 4) 140; Dural, Ögüz ve Gümüş, 2005 (n 2) 81; Dural, Ögüz ve Gümüş, 2021 (n 2) 81, N 429; İkizler (n 4) 46; Doğan ve Okur (n 4) 55; Çelik (n 4) 51.

⁶ TBK m 37-39 hakkında kapsamlı bilgi için bkz Emre Köroğlu, *Türk Borçlar Hukukunda İrade Bozukluğu Hallerinden Korkutma* (1. Bası On İki Levha Yayıncılık 2020) 42 vd; Harun Demirbaş, *Türk Borçlar Kanunu’nda Korkutmanın (İkrah) Şartları ve Sonuçları* (Yayınlanmamış Doktora Tezi 2012) 4 vd.

⁷ Nitekim bu husus Anayasa’da da vurgulanmıştır. Anayasa m 41 “*Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır*”.

durumda korkutma, korkutan açısından beklediği sonucu sağlamaz. İkinci ihtimalde ise, kişi korkutmaya boyun eğip normal şartlarda yapmayacağı bir evliliği yapmak zorunda kalır. İşte bu tür durumlarda da evlenmenin butlanına ilişkin TMK m 151 uygulama alanı bulur ve korkutma sonucu evlilik yapmak zorunda kalan eş evliliğin iptalini dava edebilir.

Korkutma durumunda, korkutmaya maruz kalan eşin iradesi ile irade beyanı arasında bir irade bozukluğu bulunmamaktadır. Burada irade bozukluğu sadece eşin iradesinin oluşumu aşamasındadır⁸. Zira korkutmada, eşin evlilik yapma yönündeki iradesi, baskı sebebiyle özgür bir düşünce ve karar alma süreci sonucunda ortaya çıkmamakta, aksine sağlıksız bir biçimde meydana gelmektedir.

TMK m 151 anlamında korkutmada korkutulan eşe yönelik manevi bir cebir (vis compulsiva/ psychische Zwang) vardır⁹. Evlenmede maddi cebirin (vis absoluta/ physische Zwang) görülmesi kural olarak pek mümkün değildir. Çünkü evlilik yetkili evlendirme memurları, şahitler ve davetlilerin huzurunda aleni bir şekilde yapılmaktadır. Kaldı ki, yetkili evlendirme memurundan maddi cebiri fark ettiği anda evlendirme törenini gerçekleştirmemesi beklenmektedir¹⁰. Bununla birlikte istisnai olarak korkutan tarafından evlendirme töreni sırasında orada bulunanlar tarafından fark edilemeyecek bir şekilde maddi bir cebirde bulunulmuş olabilir. Örneğin, evlilik yapması istenilen eş hipnotize edilmiş olabilir. Hipnozda kişi, kendisini hipnoz eden kişinin emir ve talimatları ile bağlı kaldığı, dolayısıyla da kendisini kontrol edemediği için evlenme yönündeki kararı kendi iradesine dayanmamaktadır¹¹. Yine yetkili evlendirme memuru maddi cebiri fark etmesine rağmen buna göz yummuş ve evlilik törenini gerçekleştirmiş olabilir. Örneğin, evlilik yapması istenilen eşin olumlu yönde cevap vermesinin sağlanması amacıyla evlilik töreni sırasında darp edilmesine yetkili evlendirme memuru sesini çıkarmamış olabilir. İşte bu gibi durumlarda ilgili eşin iradesi tamamen ortadan kalktığı ve onun iradesinin yerine maddi cebir kullanan kişinin iradesi geçtiği için, onun evlenme yönündeki irade beyanı yok hükmündedir. Bu bakımdan maddi cebir durumunda yapılan evlilikler, evlenmeye yönelik irade bulunmadığından hiç yapılmamış sayılır ve korkutmaya ilişkin TMK m 151 hükmü uygulama alanı bulmaz¹².

⁸ Hatemi ve Serozan (n 4) 153; Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku* (9. Bası On İki Levha Yayıncılık 2021) 79, N 302. Aksi görüşteki Kılıçoğlu, korkutmanın, işlemin bir tarafının iradesi ile beyanı arasında dıştan gelen bir etki sonucunda yaratılan uyumsuzluk olduğunu belirtmektedir. Bkz Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (5. Bası Turhan Kitabevi 2020) 73.

⁹ Götz (n 2) ZGB Art 126, N 8; Saymen ve Elbir (n 2) 220; Öztan, *Aile Hukuku* (n 4) 614; Demirbaş (n 6) 149 ve dpt 463; Andreas B. Schwarz, *Aile Hukuku I*, Çev. Bülent Davran (2. Bası İstanbul Üniversitesi Yayınları 1946) 116; Halük Tandoğan, *Aile Hukuku, Ders Notları*, Düz. Nuşin Ayiter (1. Bası Yayınvevi Yok 1966) 62; Feyzi Necmeddin Feyzioglu, Cumhuriyet Özakman ve Enis Sarıal, *Aile Hukuku* (3. Bası Filiz Kitabevi 1986) 131.

¹⁰ Çelik (n 4) 203.

¹¹ Hipnoz durumunda maddi cebirin söz konusu olduğu yönünde bkz, Josef Etter, *Die Furchterregung nach schweizerischem Obligationenrecht* (1. Auflage Kanisiusdruckerei 1954) 40.

¹² Öztan, *Aile Hukuku* (n 4) 614.

II. Korkutmanın Şartları

A. Genel Olarak

Korkutmanın bir evliliğin nisbi butlanına sebep olabilmesi için gerekli olan şartlar temelde TMK m 151’de düzenlenmiştir. Ancak bu düzenleme bize korkutmanın bütün şartlarını vermekte yetersiz kalmaktadır. Bu yüzden korkutmanın şartları belirlenirken TMK m 151’in yanında, doktrinde yer alan görüşlerden ve yargı kararlarından da yararlanılmıştır.

Evliliğin nisbi butlanına sebebiyet verecek nitelikte bir korkutma için altı şartın bulunması gerekmektedir. Bu şartlar:

- Korkutmanın korkutma teşkil eden bir fiilinin bulunması,
- Korkutmanın korkutma kastının bulunması,
- Korkutmanın diğer eşin şahsına ya da bir yakınının hayatına, sağlığına, namusuna ya da onuruna yönelik olarak yapılmış olması,
- Korkutmanın pek yakın ve ağır bir tehlike arz etmesi,
- Korkutma teşkil eden fiil ile evlilik arasında illiyet bağının bulunması ve
- Korkutmanın hukuka aykırı olmasıdır.

Aşağıda sırasıyla bu şartlar incelenmiştir.

B. Korkutmanın Korkutma Teşkil Eden Bir Fiilinin Bulunması

a. Genel Olarak

Korkutmanın söz konusu olabilmesi için gerekli olan ilk şart, korkutmanın korkutma teşkil eden bir fiilinin bulunmasıdır.

Aşağıda öncelikle kimlerin korkutan sıfatını üzerinde taşıyabileceği hususu üzerinde durulmuş, akabinde de korkutma teşkil eden fiil ile ilgili bilgilere yer verilmiştir.

b. Korkutan

Bir kişiyi evlenmeye razı etmek amacıyla korkutma teşkil eden bir fiilde bulunan kişiye korkutan denir. TMK m 151’de korkutmanın kim olabileceği ile ilgili olarak herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu sebeple korkutularak evlenmeye razı edilen eşin, sonradan evliliğin butlanını ileri sürebilmesi için korkutma teşkil eden

fiili gerçekleştiren kişinin mutlaka diğer eş olması şart değildir. Korkutan diğer eşin yanı sıra üçüncü bir kişi de olabilir¹³. Örneğin, diğer eşin anne veya babasının, hatta korkutma teşkil eden fiile maruz kalan eşin kendi anne veya babasının korkutmada bulunduğu durumlarda, üçüncü kişinin korkutması söz konusu olmaktadır¹⁴. Burada dikkat edilmesi gereken husus, üçüncü kişinin korkutan olduğu durumlarda, evliliğin TMK m 151 gereğince hükümsüzlüğünün talep edilebilmesi için, lehine korkutma yapılan diğer eşin korkutmayı bilmesi şart değildir. Korkutma teşkil eden fiile maruz kalan eş, diğer eş korkutmayı bilse de bilmese de evliliğin hükümsüzlüğünü ileri sürebilir¹⁵.

c. Korkutma Teşkil Eden Fiil

Korkutanın, korkutulanın evlenmeyi kabul etmemesi durumunda, onun şahsına veya yakınlarından birine zarar vereceğini belirtmesine korkutma teşkil eden fiil denir. Korkutma teşkil eden bir fiil irade bozukluğu olarak korkutmanın temelini oluşturmaktadır.

Korkutan, korkutma teşkil eden fiilde bulunurken, korkutulana, istediği evliliği yapmazsa, onun şahsına veya yakınlarından birine zarar vereceğini de belirtmektedir. Bu bakımdan korkutma teşkil eden fiil, aslında her ne kadar tek bir fiil gibi gözükse de bünyesinde biri mevcut biri geleceğe yönelik olmak üzere iki fiili barındırmaktadır. Bunlardan birincisi “*korkutmaya yönelik fiil*” iken, ikincisi ise, korkutmaya yönelik fiilin içerisinde yer alan ve korkutulanın kendisinden istenilen evliliği yapmaması durumunda şahsına veya yakınlarından birine yönelik olarak ileride gerçekleştirileceği belirtilen “*zarara sebebiyet verecek fiil*”dir. Korkutma teşkil eden fiil, her iki fiilin bütününden meydana gelmekte, bunlardan birinin söz konusu olmadığı durumlarda korkutma teşkil eden fiil bulunmamaktadır¹⁶.

¹³ Egger, *Familienrecht* (n 2) ZGB Art 126, (N 1); Götz (n 2) ZGB Art 126, N 6-7; Schwarz (n 9) 116; Saymen ve Elbir (n 2) 220; Tandoğan (n 9) 62; Feyzioğlu, Özakman ve Saral (n 9) 132-133; Tekinay (n 4) 157; Hatemi ve Serozan (n 4) 155; Öztan, *Aile Hukuku* (n 4) 616; Demirbaş (n 6) 150; İkizler (n 4) 218; Çelik (n 4) 211; Thomas Geiser, ‘Art. 105’, in Thomas Geiser und Christiana Fountoulakis (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Art 1-456 ZGB* (6. Auflage Helbing Lichtenhahn Verlag 2018) ZGB Art 105, N 18; Andrea Büchler und Patrick Brozzo, ‘Art. 107-108’, in Andrea Büchler und Dominique Jakob (Hrsg.), *Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (1. Auflage Helbing Lichtenhahn Verlag 2011) ZGB Art 107, N 12; A. Samim Gönensay, *Medeni Hukuk, Cilt 2, Aile Hukuku, Kısım 1, Karı Koca* (1. Bası İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1937) 62; Esat Arsebük, *Medeni Hukuk, Aile Hukuku, Kısım: 1* (1. Bası, Ankara Hukuk Fakültesi Neşriyatı 1940) 647 Mustafa Reşid Belgesay, *Türk Kanunu Medenisi Şerhi, II, Aile Hukuku, Birinci Cilt, Evlenme-Boşanma-Evlenmenin Umumi Hükümleri* (3. Bası İstanbul Üniversitesi Yayınları 1950) 58; H. Cahit Oğuzoğlu, *Medeni Hukuk, Şahsın Hukuku-Aile Hukuku* (5. Bası Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1963) 74; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku, Cilt II, Aile Hukuku* (5. Bası Yayınevi Yok 1965) 298; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku* (23. Bası Beta Yayınevi 2021) 223.

¹⁴ Doktrinde Gönensay, Arsebük ve Saymen/ Elbir, büyüklere saygı tesiri altında evliliğe rıza gösterilmişse korkutmanın bulunmadığını, ancak anne babanın “evlat olarak tanınmayız ve almayız” gibi tesirlerde bulunduğu durumlarda korkutmanın bulunduğunu belirtmektedir. Bkz Gönensay (n 13) 62-63; Arsebük (n 13) 647; Saymen ve Elbir (n 2) s. 220.

¹⁵ Götz (n 2) ZGB Art 126, N 7; Büchler und Brozzo, *1. Auflage* (n 13) ZGB Art 107, N 12; Velidedeoğlu (n 13) 298; Feyzioğlu, Özakman ve Saral (n 9) 133; Tekinay (n 4) 157; Hatemi ve Serozan (n 4) 155; Öztan, *Aile Hukuku* (n 4) 616; Demirbaş (n 6) 150; İkizler (n 4) 218; Çelik (n 4) 211; Bülent Köprülü ve Selim Kaneti, *Aile Hukuku* (2. Bası Filiz Kitabevi 1989) 104.

¹⁶ “Korkutmaya yönelik fiil” ile “zarara sebebiyet verecek fiil” ayrımı hakkında bilgi için bkz Köroğlu, *Korkutma* (n 6) 80 vd.

Korkutanın korkutma teşkil eden fiilini korkutulanla aynı ortamda bulunarak yapması şart değildir. Korkutan korkutma teşkil eden fiilini, korkutulanla aynı ortamda bulunmadan mektup, telgraf, kargo veya telefon gibi araçlarla yapabileceği gibi, teknolojinin nimetlerinden faydalanarak internet yoluyla, bu açıdan özellikle e-mail veya Facebook, Twitter, Instagram, Whatsapp, Telegram gibi sosyal medya ya da Zoom, Skype, Adobe Connect gibi online video konferans uygulamaları aracılığı ile de yapması mümkündür.

Korkutma teşkil eden fiil, söz veya yazı ile yapılabileceği gibi, birtakım davranışlarla da yapılabilir. Örneğin, A'nın B'ye onu döveceğini söylemesi durumunda söz ile yapılan bir korkutma; A'nın B'nin çantasına ailesine zarar vereceğini belirten bir not koyması durumunda yazı ile yapılan bir korkutma; A'nın B'ye belindeki silahı göstermesi durumunda, davranış ile yapılan bir korkutma bulunmaktadır.

Korkutma teşkil eden fiil açık veya örtülü olarak da yapılabilir¹⁷. Korkutanın, korkutulan istediği evliliği yapmaz ise, onun şahsının veya yakınlarından birinin bir zarar tehlikesiyle karşı karşıya kalacağını, doğrudan, şüpheye mahal bırakmayacak şekilde ifade ettiği veya birtakım davranışlarla gösterdiği durumlarda açık olarak yapılan korkutma söz konusudur. Örneğin, A'nın B'ye istediği evliliği yapmaz ise, onu öldüreceğini söylemesi durumunda korkutma teşkil eden fiil açık bir şekilde yapılmaktadır. Buna karşılık, korkutanın zarar tehlikesini üstü kapalı, dolaylı bir biçimde belirttiği durumlarda ise, örtülü bir şekilde yapılan korkutma bulunmaktadır. Ancak üstü kapalı, dolaylı bir biçimde yapılan bir korkutmanın, örtülü bir korkutma olarak değerlendirilebilmesi için somut olaydan korkutulanın bir zarar tehlikesiyle karşı karşıya kaldığı sonucuna ulaşılabilmesi gereklidir; aksi takdirde TMK m 151 hükmü uygulama alanı bulmaz. Örneğin, bir kişinin masaya silah koyduğu veya diğer tarafın fotoğrafına montaj yaparak onun kafasını kesilmiş olarak gösterip, ona posta ile yolladığı durumlarda, örtülü bir şekilde yapılan korkutma bulunmaktadır. Zira bu tür durumlarda, masaya silah koyan veya montajlı fotoğraf gönderen kişinin, bu hareketleri ile zarar vereceğini ima ve ikaz etmek istediği sonucuna çok rahat bir şekilde ulaşılabilmektedir.

Korkutanın korkutma teşkil eden herhangi bir fiilinin bulunmadığı durumlarda, irade bozukluğu olarak korkutma yoktur. Bu sebeple, bir kişi, korkutma teşkil eden bir fiilde bulunmayan bir kişinin sırf olumsuz bir geçmişe sahip olmasından veya çevresinde kötü bir şöhrete sahip olmasından ya da korkutucu bir dış görünüşe sahip olmasından etkilenecek bir evlilik yapar ise, sonradan TMK m 151 hükmüne dayanarak evliliğin butlanını ileri süremez. Çünkü böyle bir durumda korkutma teşkil eden bir fiil bulunmayıp, kişi kendi kendine korkmakta ve kendi korkusunun sonucunda evlilik yapmaktadır. Bu hususta örnek vermek gerekirse, hapisten bir süre

¹⁷ Peter Tuor, Bernhard Schnyder, Jörg Schmid und Alexandra Jungo, *ZGB, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (14. Auflage Schulthess Verlag AG 2015) 199, N 17; Çelik (n 4) 204.

önce çıkmış olan A ile evlenmezse, A'nın kendisine zarar vereceğini düşünen B, A ile evlendikten sonra iradesinin A'nın korkutması sebebiyle sakatlandığını ileri süremez.

C. Korkutanın Korkutma Kastının Bulunması

TMK m 151 kapsamında irade bozukluğu olarak korkutmadan bahsedilebilmesi için, korkutanın, korkutma teşkil eden fiilde bulunurken korkutma kastı ile hareket etmiş olması gereklidir. Korkutan, korkutma teşkil eden fiiliyle korkutulanın iradesine bilerek etki etmek istemeli ve onun evlilik yapmasını sağlama amacına sahip olmalıdır; aksi takdirde korkutanın kastının değil de ihmalinin bulunduğu durumlarda TMK m 151 hükmü uygulama alanı bulmaz. Zira bir olayda ihmal ile korkutma bir arada bulunamaz. Bunlardan birinin bulunması, diğerinin varlığına engel olur ve onu dışlar. Ancak dikkat edilmesi gereken husus, korkutanın evliliğe razı etmek istediği eşe veya onun yakınlarına gerçekten zarar verme amacının bulunması şart değildir. Korkutanın bu yönde bir amacı bulunmasa da, korkutulan kendisinden istenilen evliliği yapmadığı takdirde şahsının veya yakınlarının bir zarar tehlikesine maruz kalacağı inancını taşıyor ise, yapılan evlilikte korkutmaya ilişkin TMK m 151 hükmü uygulama alanı bulur¹⁸.

D. Korkutma Teşkil Eden Fiilin Evlenmeye Razı Edilen Eşin Şahsının veya Yakınlarından Birinin Hayatına, Sağlığına veya Namusuna ve Onuruna Yönelik Olarak Yapılmış Olması

1. Genel Olarak

TMK m 151'de korkutma teşkil eden fiilin evlenmeye razı edilen eşin şahsına ya da bir yakınının hayatına, sağlığına, namusuna ya da onuruna yönelik olarak yapılmış olması evliliğin butlanı olarak korkutmanın şartlarından biri olarak aranmıştır. Görüldüğü üzere kanun koyucu burada ikili bir ayırımı esas almıştır. İlk olarak korkutma teşkil eden fiil evlenmeye razı edilen eşin şahsına veya yakınlarına karşı yapılmış olmalıdır. İkinci olarak ise, evlenmeye razı edilen eşin şahsına veya yakınlarına karşı yapılan korkutma fiili, onların hayatına, sağlığına veya namusuna ve onuruna yönelik olarak yapılmış olmalıdır.

Aşağıda bu ayırımdan hareket edilerek açıklamalarda bulunulmuştur.

2. Korkutma Teşkil Eden Fiilin Evlenmeye Razı Edilen Eşin Şahsına veya Yakınlarından Birine Karşı Yapılmış Olması

Korkutma teşkil eden fiil doğrudan evlenmeye razı edilen eşin şahsını hedef almış olabilir. Böyle bir durumda korkutma teşkil eden fiilden evlenmeye razı edilen eşin bizzat kendisi zarar görme tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır.

¹⁸ Götz (n 2) ZGB Art 126, N 3.

Korkutan evlenmeye razı edilen eşin şahsı yerine yakınlarına yönelik korkutmada bulunarak da onu evlilik yapmaya mecbur bırakmış olabilir. Kanun koyucunun TMK m 151’de evlenmeye razı edilen eşin şahsına yönelik tehlikelerin yanında yakınlarına yönelik tehlikeleri de korkutma olarak kabul etmesinin temelinde, korkutulanın yakınlarına yönelik tehlikeleri, kendisine karşı yapılmış gibi hissetmesi ve bu durumdan olumsuz olarak etkilenmesi yatmaktadır. Zira bu tür durumlarda yakınlarına zarar geleceğini düşünen kişi özgür bir biçimde evlenip evlenmeme yönünde karar alamaz.

TMK m 151’de “*yakın*” ifadesinin kapsamına kimlerin girdiği açıklanmamıştır¹⁹. Yakın ifadesi sözlükte “*Aralarında sıkı ilişki olan arkadaşı, dost veya akraba*” anlamına gelmektedir²⁰. Doktrinde²¹ ise, yakın ifadesi, aile, akrabalık ve mirasçılık ilişkisinde bağımsız olarak ele alınmaktadır. Bu bakımdan bir kişinin yakın olarak değerlendirilebilmesinde taraflar arasında kan bağı veya hısımlık gibi herhangi bir hukuki bağın bulunması şart değildir. Yakın ifadesinin anlamı belirlenirken kişinin hukuki anlamdaki çevresinden ziyade fiili yaşamındaki ilişkilerinin esas alınması gerekmektedir²².

Yakın ifadesi biri dar, diğeri geniş olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Dar anlamda yakın ifadesinin kapsamına sadece gerçek kişiler girerken, geniş anlamda yakın kişi ifadesinin kapsamına ise gerçek kişilerin yanı sıra tüzel kişiler de girmektedir. Bu çerçevede TMK m 151’de yakın ifadesi ile sadece gerçek kişilerin mi, yoksa gerçek kişilerle birlikte tüzel kişilerin de mi kastedildiğinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Kanun koyucu TMK m 151’de evlenmeye razı edilen eşin şahsının veya yakınlarından birinin ihlal edilebilecek değerleri olarak hayat, sağlık, namus ve onuru saymıştır. İlgili değerlere bakıldığında yakın kavramının kapsamına sadece gerçek kişilerin girdiği gibi bir sonuca ulaşılabilmektedir. Çünkü gerek hayat olsun, gerekse sağlık ile namus olsun sadece gerçek kişilere özgü değerlerdir. Tüzel kişilerin nitelikleri gereği hayat, sağlık ve namus gibi değerlere sahip olması mümkün değildir. Ancak TMK m 151’de belirtilen değerlerden onur gerçek kişilerle

¹⁹ Yakın ifadesi ile ilgili olarak kapsamlı bilgi için bkz Gizem Görmez, *Türk Borçlar Hukukunda Yakın Kavramı* (1. Bası Turhan Kitabevi 2018) 1 vd.

²⁰ Türk Dil Kurumu Sözlükleri (<https://sozluk.gov.tr/>, Erişim tarihi 20 Mayıs 2021).

²¹ Götz, (n 2) ZGB Art 126, N 4; Geiser (n 13) ZGB Art 105, N 18; Büchler und Brozzo, *1. Auflage* (n 13) ZGB Art 107, N 12; Gönensay (n 13) 62; Belgesay (n 13) 58; Oğuzoğlu (n 13) 74; Velidedeoğlu (n 13) 297; Feyzioğlu, Özakman ve Sarial (n 9) 131; Hatemi ve Serozan (n 4) 155; Öztan, *Aile Hukuku* (n 4) 615; Akıntürk ve Ateş (n 13) 223; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (n 8) 74; İkizler (n 4) 216-217; Andrea Lanz Müller, ‘Art. 107-109’, in Jolanta Kren Kostkiewicz, Peter Nobel, Ivo Schwander und Stephan Wolf (Hrsg.), *Orell Füssli Kommentar, ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (2. Auflage Orell Füssli Verlag AG 2011) ZGB Art 107, N 5; Mehmet Erdem, *Aile Hukuku* (2. Bası Seçkin Yayınevi 2019) 91.

²² Geiser (n 13) ZGB Art 105, N 18; Götz (n 2) ZGB Art 126, N 4; Büchler und Brozzo, *1. Auflage* (n 13) ZGB Art 107, N 12; Lanz Müller, *2. Auflage* (n 21) ZGB Art 107, N 5; Stefan Keller, ‘Art. 107’, in Peter Breitschmid und Alexandra Rumo-Jungo (Hrsg.), *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Art. 1-456 ZGB* (2. Auflage Schulthess Verlag AG 2012) ZGB Art 107, N 6.

birlikte tüzel kişilerin de sahip olabileceği bir değer niteliğini taşımaktadır²³. Zira onur kişiye bulunduğu toplumun gerekli olarak kabul ettiği ahlaki niteliklere sahip olduğu için verilen değerdir. Bu bakımdan tüzel kişiler de onura sahiptir. Yine kişiler yaşamlarında sadece gerçek kişilerle değil, tüzel kişilerle de bir araya gelebilmekte ve onlarla birtakım faaliyetlerde bulunabilmektedir. Bu sebeple kanaatimizce TMK m 151 açısından yakınlık ilişkisi tüzel kişileri de kapsayacak bir biçimde geniş olarak ele alınmalıdır²⁴. Kaldı ki, TMK m 151 çerçevesinde yakın ifadesinin kapsamına sadece gerçek kişilerin gireceği, buna karşılık tüzel kişilerin kapsam dışında kalacağı kabul edilecek olursa, evlenmeye razı edilen eş, yakın kişinin gerçek kişi olduğu durumlarda evliliğin butlanını ileri sürebilecekken, yakın kişinin tüzel kişi olduğu durumlarda ise bu iddiasını ileri süremeyip, istemediği evli kalmaya devam edecektir²⁵. Böyle bir sonucun kabul edilmesinin ise hakkaniyete aykırılık teşkil edeceğinde hiç şüphe bulunmamaktadır. Dolayısıyla tüzel kişilerin de TMK m 151 kapsamında yakın kişi olarak dikkate alınması gerekmekte olup, maddede kastedilen geniş anlamda yakınlıktır.

Gerçek kişiler ile tüzel kişiler TMK m 151'e göre yakın ifadesinin kapsamına girmekle birlikte her gerçek veya tüzel kişi korkutulan eşin yakını olarak dikkate alınmamalıdır. Bir gerçek veya tüzel kişinin yakın olarak kabul edilebilmesi için evlenmeye razı edilen eş ile aralarında yakın bir bağ ile düzenli bir ilişkinin bulunması gereklidir²⁶. Aksi takdirde gerçek veya tüzel kişiler yakın olarak kabul edilemez. Örneğin, korkutulan eş, anne veya babasına zarar verileceği belirtilerek evliliğe razı edilmiş olabilir. Burada eşin anne veya babası onun açısından yakın olarak kabul edilebilir. Zira evlenmeye razı edilen eş ile anne babası arasında hem kuvvetli bir bağ bulunmakta, hem de devamlı iletişim halinde oldukları için aralarında düzenli bir ilişki bulunmaktadır. Benzer bir şekilde, ailesi tarafından kurulan bir şirketin yönetim kurulunda üye olan eş de, söz konusu şirkete zarar verileceği korkutması sonucunda evlilik yapmak zorunda kalmış olabilir. Bu tür durumlarda, eş, yakınlık hissettiği için şirket onun yakını olarak değerlendirilebilir.

Bir gerçek veya tüzel kişinin yakın olup olmadığı hususunda takdir yetkisi hâkime aittir²⁷. Hâkim somut olayın şartları ile delilleri dikkate alarak gerekli değerlendirmelerde bulunur.

²³ Doruk Gönen, *Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması* (1. Bası On İki Levha Yayıncılık 2011) 127.

²⁴ Aksi görüşteki Görmez, yakın kavramının kapsamına sadece gerçek kişilerin girdiğini belirtmektedir. Bkz Görmez (n 19) 26.

²⁵ Bu ihtimalde korkutmaya maruz kalan eşin boşanma davası açarak evliliği sona erdirebileceği ve bu sebeple de korkutulan aslında eşin çok mağdur olmadığı ileri sürülebilir. Ancak böyle bir sonuç kabul edilirse, korkutulan eşin evlenmenin butlanını ileri sürerek daha kolay bir şekilde istemediği evlilikten kurtulma imkânı elinden alınmış olacaktır. Zira diğer eşin boşanmayı istemediği durumlarda, boşanma davası, evliliğin butlanı davasına göre daha sıkıntılı bir süreç sebebiyet verecektir.

²⁶ Gerçek kişiler açısından aynı yönde, Görmez (n 19) 25.

²⁷ Götz (n 2) ZGB Art 126, N 4; Belgesay (n 13) 58; Saymen ve Elbir (n 2) 220; Tandoğan (n 9) 62; Oğuzman ve Dural (n 4) 102; Dural, Öğüt ve Gümüş, 2005 (n 2) 91; Öztan, *Aile Hukuku* (n 4) 615; Dural, Öğüt ve Gümüş, 2021 (n 2) 92, N 496; Akıntürk ve Ateş (n 13) 223; Demirbaş (n 6) 151; Çelik (n 4) 205.

3. Korkutma Teşkil Eden Fiilin Hayata, Sağlığa veya Namusa ve Onura Yönelik Olarak Yapılmış Olması

a. Genel Olarak

TMK m 151'e göre bir evliliğin korkutma sebebiyle butlanı için korkutma teşkil eden fiilin evlenmeye razı edilen eşin şahsının veya yakınlarından birinin hayatına, sağlığına veya namusuna ve onuruna yönelik olarak yapılması gereklidir. Burada belirtmemiz gerekir ki, hukukumuzda korkutma açısından temel düzenleme niteliğini taşıyan TBK m 38/ f 1'de ise, korkutma teşkil eden fiil korkutulanın "*kendisinin veya yakınlarından birinin kişilik haklarına ya da malvarlığına yönelik*" olarak yapılmış olmasının gerektiği belirtilmiştir²⁸. Bu bakımdan TMK m 151 hükmü ile TBK m 38/ f 1 arasında iki temel noktada farklılık bulunmaktadır. İlk olarak TBK m 38/ f 1'de korkutma teşkil eden fiilin yöneldiği değerlerin "*kişilik hakkı*" olduğu ifade edilmiş iken, TMK m 151'de kişilik hakkı içerisinde yer alan değerlerden sadece hayat, sağlık²⁹ ve namus³⁰ ile onur sayılmıştır. Yine TBK m 38/ f 1'de korkutma teşkil eden fiilin kişilik hakkının yanı sıra malvarlığına yönelik olarak da yapıldığı durumlarda korkutulanın sözleşme ile bağlı olmadığı düzenlenmiştir. Buna karşılık TMK m 151'de ise evliliğin nisbi butlanı sebeplerinden biri olarak malvarlığına yer verilmemiştir.

TBK m 38/ f 1'de korkutma teşkil eden fiilin yöneldiği değerler olarak kişilik hakkı ile malvarlığının belirtilmesi karşısında, TMK m 151'de yer verilmiş olan hayat, sağlık ve namus ile onurun geniş anlamda kişilik hakkı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin, yine malvarlığına yönelik olarak yapılan bir korkutmanın evliliğin hükümsüzlüğü sebebi olarak dikkate alınıp alınamayacağının ele alınması gerekmektedir.

İlk olarak kanaatimizce Kanun koyucunun tıpkı 743 sayılı TKM m 118'de olduğu gibi TMK m 151'de de kişilik hakkı içerisinde yer alan değerlerden sadece hayatı, sağlığı, namusu ve onuru belirtmesi karşısında bu değerlerin geniş anlamda kişilik hakkı olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Burada kanun koyucunun bilinçli bir tercihi bulunmakta olup, Kanun koyucu sadece hayata, sağlığa ve namus ile onura yönelik olarak yapılan korkutmalarda evliliğin butlanının talep edilebilmesini istemiştir. Kanun koyucu kişilik hakkına dâhil olan tüm değerlerin TMK m 151'in korumasından yararlanmasını isteseydi tıpkı TBK m 38/ f 1'de olduğu gibi açık bir şekilde "*kişilik hakkı*" ifadesine yer verebilirdi. Bu açıdan TMK m 151'de belirtilen

²⁸ Bu konuda kapsamlı bilgi için bkz Köroğlu, *Korkutma* (n 6) 115 vd; Demirbaş (n 6) 52 vd.

²⁹ Kılıçoğlu, sağlığa ilişkin korkutmanın hayatla yakından ilgili olduğunu, kişinin sağlığına yönelik korkutmaların buraya girdiğini, TMK m 151'de "hayat" ifadesinden sonra ayrıca "sağlık" ifadesine yer verilmesinin gerekli olmadığını belirtmektedir. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (n 8) 73.

³⁰ Kılıçoğlu, namusun onur kavramı içerisinde yer alan bir kişisel değer olduğunu, TMK m 151'de "namus ve onur" ifadesi yerine sadece "onur" ifadesinin kullanılmasının yeterli olduğunu belirtmektedir. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (n 8) 71, 73.

değerlerin dışında kalan diğer kişilik hakkı kapsamındaki değerlere yönelik bir korkutmanın söz konusu olduğu durumlarda TMK m 151 hükmü uygulama alanı bulamamakta, yani TBK m 38/ f 1'e göre daha sınırlı bir çevreyi kapsamaktadır³¹.

İkinci olarak kanaatimizce TBK m 38/ f 1'den farklı olarak TMK m 151'de korkutmanın yöneldiği değerler arasında malvarlığına yer verilmemesi de Kanun koyucunun bilinçli bir tercihidir. Kanun koyucu malvarlığına yönelik olarak yapılan korkutmayı evliliğin butlanına sebep olacak nitelikte ağır bir durum olarak görmemiştir. Bu sebeple Kanun koyucunun TMK m 151'de yer vermemiş olduğu malvarlığına yönelik korkutmanın yorum yoluyla evliliğin butlanı sebeplerinden biri olarak kabul edilmesi de mümkün değildir³². Aslında olması gereken hukuk açısından TMK m 151'de evliliğin iptaline sebep olacak değerler arasında malvarlığına da yer verilmesi daha isabetli olurdu. Zira aşağıda başlık IV'te de belirttiğimiz üzere, ancak bu sayede eşlerin evlenme yönündeki beyanlarını serbest bir biçimde yapmaları temin edilmiş ve onların irade özgürlükleri tam anlamıyla korunmuş olurdu

İstisnaen, malvarlığına yönelik olarak yapılan korkutma, aynı zamanda korkutulanın hayatı veya sağlığı için de bir tehlikeye sebebiyet vermiş olabilir. Örneğin, korkutulan eşin evinin yakılacağı belirtilerek yapılan bir korkutma, korkutulan eşte ayrıca hayatına yönelik bir tehlikenin bulunduğu yönünde bir korku oluşturabilir. Böyle durumlarda korkutma teşkil eden fiil malvarlığı ile birlikte ayrıca hayata veya sağlığa yönelik olduğu için TMK m 151 anlamında korkutmanın bir varlığı kabul edilir³³.

Aşağıda hayat, sağlık ile namus ve onur hakkında kısaca bilgilere yer verilmiştir.

b. Korkutma Teşkil Eden Fiilin Hayata Yönelik Olarak Yapılmış Olması

Hayat hakkı, kişinin fiziki ve ruhi bütünlüğünü koruyabilmesi, devam ettirebilmesi ve bunların çeşitli dış etkenler sebebiyle bozulmasına engel olabilmesi hakkıdır³⁴. Bir gerçek kişinin diğer bütün haklarının devamını sağlaması, onun hayatını devam

³¹ Feyzioğlu, Özakman ve Sarıal (n 9) 131-132; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (n 8) 73.

³² Aynı yönde, Egger, *Familienrecht* (n 2) ZGB Art 126, (N 1); Götz (n 2) ZGB Art 126, N 6; Büchler und Brozzo, *1. Auflage* (n 13) ZGB Art 107, N 10; Lanz Müller, *2. Auflage* (n 21) ZGB Art 107, N 5; Keller, *2. Auflage* (n 22) ZGB Art 107, N 6; Schwarz (n 9) 116; Gönensay (n 13) 62; Arsebük (n 13) 645; Belgesay (n 13) 59; Oğuzoğlu (n 13) 74; Saymen ve Elbir (n 2) 220; Velidedeoğlu (n 13) 297; Köprülü ve Kaneti (n 15) 104; Hatemi ve Serozan (n 4) 154-155; Oğuzman ve Dural (n 4) 102; Tekinay (n 4) 156; Dural, Ögüz ve Gümüş, 2005 (n 2) 91; Öztan, *Aile Hukuku* (n 4) 615; Akıntürk ve Ateş (n 13) 223; Dural, Ögüz ve Gümüş, 2021 (n 2) 92, N 495; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (n 8) 73; Demirbaş (n 6) 151; İkizler (n 4) 216; Çelik (n 4) 206-207; Heinz Hausheer, Thomas Geiser und Regina A. Aebi-Müller, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (4. Auflage Stämpfli Verlag AG 2010) 51, N 05.24; Jean-Christophe a Marca, 'Art. 107', in Pascal Pichonnaz et Bénédicte Foëx, (Editeur), *Commentaire romand Code civil I, Art. 1-359 CC* (1. édition Helbing Lichtenhahn Verlag 2010) CC Art 107, N 25; Kemaleddin Birsan, *Medeni Hukuk Dersleri, Genel İlkeler-Şahsın Hukuku-Aile Hukuku* (6. Bası Yayınevi Yok 1966) 291.

³³ Hatemi (n 8) 80, N 306-307; Demirbaş (n 6) 151, dpt 472.

³⁴ Demirbaş (n 6) 53; Serap Helvacı, *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar (MK md. 24/ a fıkra I/ İMK md. 28a/ fıkra I)* (1. Bası Beta Yayınevi 2001) 50; İhsan Erdoğan ve Ayşe Dilşad Keskin, *Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku*, (2. Bası Gazi Kitabevi 2019) 279; Murat Doğan, *Şahsiyet Haklarına Tecavüzün Önlenmesi Davası* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 1993) 10.

ettirmesine bağlıdır. Bu sebeple hayat hakkı gerçek kişiler açısından en temel kişilik hakkıdır³⁵.

Bu hakkı korkutma açısından ele alacak olursak, korkutan, korkutulan istediği evliliği yapmazsa, korkutulanın şahsının veya yakınlarından birinin öldürüleceğini bildirmiş olabilir. Bu gibi durumlarda, korkutulan veya onun yakınları için hayata yönelik bir zarar tehlikesi bulunduğundan, korkutulan sonradan TMK m 151 hükmüne başvurarak yapmış olduğu evliliğin butlanını ileri sürebilir.

c. Korkutma Teşkil Eden Fiilin Sağlığa Yönelik Olarak Yapılmış Olması

Sağlık, kişiyi oluşturan organların, vücut bütünlüğünün iyi ve düzenli bir şekilde işlemesi anlamına gelmektedir³⁶. Kişinin sağlığı, onun hayat hakkı ile vücut bütünlüğünün bir uzantısı niteliğini taşımakta, bunlarla yakın bir ilişki içerisinde bulunmaktadır³⁷. Bu bakımdan kişinin sağlığı da kişilik hakkına dahil değerler arasında yer almaktadır.

Kişinin sağlığını tehlikeye düşürecek herhangi bir girişimde bulunulması bu hakka bir saldırı niteliği taşımaktadır. Ancak kişinin sağlığının kapsamına sadece bedensel sağlığı girmemektedir; ruhsal sağlığı da girmektedir³⁸. Bu çerçevede kişiye manevi acılar yaşatan, onun psikolojisini bozan veya sarsıntıya uğratan fiiller de kişinin sağlığına yönelik tehlikeler olarak değerlendirilmektedir³⁹.

Korkutmada, korkutan, korkutulanın istediği evliliği yapmasını sağlamak için, onun veya yakınlarından birinin vücudunun çeşitli yerlerine zarar vereceğini, cinsel dokunulmazlığını ihlal edeceğini, şahsına veya yakınlarına eziyet edeceğini, ona veya yakınlarına huzur vermeyeceğini, hayatı zindan edeceğini bildirmiş olabilir. Bu gibi durumlarda, bedeni veya ruhi sağlığa yönelik bir tehlike bulunduğu için korkutulanın iradesinin serbest bir şekilde oluştuğundan söz edilemez ve somut olayda TMK m 151 uygulama alanı bulabilir.

³⁵ Helvacı (n 34) 50; Doğan (n 34) 10; Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* (18. Bası Filiz Kitabevi 2019) 175-176, N 579; Pınar Akdemir, *Kişilik Haklarının İhlalinden Elde Edilen Kazancın İadesi Davası* (1. Bası Vedat Kitapçılık 2014) 7.

³⁶ Akdemir (n 35) 9; Mehmet Emin Özgül, *Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu* (On İki Levha Yayıncılık 2010) 96; Meral Gürbüz, *Kişilik Hakkı Açısından Tıbbi Genetik Analizler* (Yayınlanmamış Doktora Tezi 2010) 61.

³⁷ Özgül (n 36) 96.

³⁸ Özgül (n 36) 96; Gürbüz (n 36) 62.

³⁹ Özgül (n 36) 97.

d. Korkutma Teşkil Eden Fiilin Namusa ve Onura Yönelik Olarak Yapılmış Olması

Namus ve onur, kişiye bulunduğu toplumun gerekli olarak kabul ettiği ahlaki niteliklere sahip olduğu veya böyle kabul ettiği için verilen değerdir⁴⁰. Bir toplumda bulunan her kişi, başka kişilerden üstün veya değersiz olmayan namus ve onura sahiptir⁴¹.

Kişinin içinde bulunduğu çevrenin, kişiden beklediği ahlaki niteliklerden birinin veya bazılarının eksik olduğu düşüncesini uyandıran her türlü yazılı veya sözlü beyan ve davranışlar kişinin namus ve onuruna saldırı teşkil eder⁴².

Konuyu korkutma açısından ele alacak olursak, korkutanın, korkutulanın veya yakınlarından birinin namus ve onuruna yönelik olarak, dedikodular yayacağı, söylentiler çıkaracağı veya asılsız suçlamalarda bulunacağı korkutmasında bulunması durumunda, korkutulan TMK m 151 gereğince evliliğin hükümsüz olduğunu ileri sürebilir. Çünkü tüm bu korkutmalar korkutulanın veya yakınlarından birinin namus ve onurunu, dolayısıyla da kişilik hakkını ihlal etmekte, korkutulanı evliliğe ikna etmek amacıyla bir baskı aracı olarak kullanılmaktadır.

4. Özel Bir Durum Olarak Korkutanın Kendisine veya Korkutulan Açısından Yakın Kapsamına Girmeyen Üçüncü Kişilere Zarar Vereceği Korkutmasında Bulunması

Korkutan korkutulanı evlenmeye razı etmek için, onun şahsını veya yakınlarını değil de, kendi şahsını veya korkutulan açısından yakın kapsamına girmeyen üçüncü kişileri hedef almış olabilir. Korkutanın kendi şahsına veya korkutulanla yakınlığı bulunmayan bir kişiye yönelik bir zarar korkutmasında bulunduğu durumlarda TMK m 151'in uygulama alanı bulup bulmayacağını değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu konuyu ikili bir ayırımında ele alacak olursak;

İlk ihtimalde, korkutan kendi şahsını hedef alarak korkutulanı evlenmeye razı etmiş olabilir. Kanaatimizce bu tür durumlarda TMK m 151 hükmü uygulama

⁴⁰ Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (n 8) 71; Gönen (n 23) 123; Akdemir (n 35) 9; August Egger, *Zürcher Kommentar, Personenrecht, Art. 1-89 ZGB* (2. Auflage Schulthess Verlag AG Zürich 1930) ZGB Art 28, N 35; Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku* (20. Bası Filiz Kitabevi 2019) 130, N 637; Yargıtay 4 HD., 14497/ 4830, 16.04.2003 "... yalnız bir ifade ile şeref ve haysiyet dahil olduğu toplumun gerekli saydığı ahlaki niteliklere sahip olduğu ya da böyle kabul edildiği için, kişiye verilen değeri ifade eder. Kişinin onuru, şerefi ve saygınlığı onun toplum içindeki tüm manevi değerlerinden oluşur. Bunlar kişinin ahlaki değerleridir. Herkesin, içinde yaşadığı toplumda ve ilişkiler kurduğu çevrelerde kişisel bir onuru, şerefi ve saygınlığı mevcuttur. Kişiyi küçük düşürmek, yanlış tanıtmak, gülünç ya da zor duruma sokmak, kişiyi düşmanca bir ortam hazırlamak amacıyla vaki davranışlar manevi değerleri nasıl zedelerse, bir olayın aktarılması ya da bir olay veya kişinin eleştirilmesi de çok kez şeref ve saygınlığa, onura müdahale niteliğinde olabilir. Ancak hiç kuşku yoktur ki, bu müdahalenin haksız olması diğer bir deyimle hukuka aykırı bulunması gerekir." (www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi 19 Aralık 2019).

⁴¹ Dural ve Ögüz (n 40) 131, N 646; Erdoğan ve Keskin (n 34) 282; Doğan (n 34) 14.

⁴² Egger, *Personenrecht* (n 40) ZGB Art 28, N 35; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 35) 190, N 607; Erdoğan ve Keskin (n 34) 293; Doğan (n 34) 15; Gönen (n 23) 124.

alanı bulmaz⁴³. Zira TMK m 151’de kanun koyucu sadece korkutulanın kendi şahsına veya onun yakınlarına yönelik tehlikelerin söz konusu olduğu durumlarda korkutmanın gerçekleşmiş sayılacağını açık bir şekilde belirtmiştir. Bu bakımdan kanun koyucu korkutanın kendi şahsını hedef alması durumunu korkutma olarak değerlendirilmesini isteseydi, TMK m 151’de gerekli düzenlemeyi yapardı. Kaldı ki, korkutanın kendi şahsının tehlikeye gireceğini belirtmesi, korkutulanın şahsının veya yakınlarının hedef alınmasıyla kıyaslandığında korkutulanın iradesi üzerinde bunlar kadar aşırı bir baskı oluşmasına da yol açmamaktadır. Burada korkutularak evlenmek zorunda bırakılan eşin yapabileceği tek şey eşine karşı sonradan boşanma davası açmak olacaktır.

İkinci ihtimalde, korkutan korkutulan istediği evliliği yapmaz ise, korkutulanın yakını kapsamına girmeyen üçüncü kişilere zarar vereceğini bildirmiş olabilir. Kanaatimizce korkutulanın yakını olarak değerlendirilemeyecek üçüncü kişilere yönelik zarar tehlikelerinde de TMK m 151 hükmü uygulanamaz⁴⁴. Zira bu kişilerle korkutulan arasında herhangi bir bağ ile düzenli bir ilişki bulunmamaktadır. Keza üçüncü kişilere yönelik korkutmada korkutulanın kendisini baskı altında hissedebileceği kabul edilse dahi, buradaki baskı yakınlarına yönelik olarak yapılan bir korkutmada hissettiği baskı kadar ağır olmamaktadır. Yine tıpkı yukarıda, korkutanın kendi şahsının tehlikeye gireceğini ifade ettiği korkutmalarla ilgili olarak belirttiğimiz gibi, kanun koyucu korkutulanın yakını sayılmayan üçüncü kişilere yönelik tehlikelerde de korkutmaya ilişkin hükümlerin uygulanmasını isteseydi, buna açık bir şekilde TMK m 151’de yer verirdi. Kanun koyucu TMK m 151’de korkutmaya ilişkin hükümlerin sadece korkutulanın şahsına veya yakınlarına yönelik tehlikelerde uygulanacağını belirterek, tehlike altındaki kişiler yönünden TMK m 151’in uygulama alanını daraltmıştır. Aksinin kabulü durumunda, Kanun koyucunun TMK m 151’de yakın ifadesine yer verilmesinin herhangi bir anlamı kalmayacak ve neredeyse bütün kişilere yönelik korkutmalarda TMK m 151 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Bu durum ise, kanun koyucunun amacına ters düşmektedir. Bu sebeple TMK m 151’de belirtilen yakın ifadesinin lafzına bağlı kalınmalı ve korkutmaya ilişkin hükümlerin kişi bakımından uygulama alanı genişletilmemelidir. Burada da korkutulanın yapabileceği tek şey, tıpkı korkutanın kendi şahsını hedef aldığı korkutmalarda olduğu gibi sonradan eşine karşı boşanma davası açmaktan ibaret olacaktır⁴⁵.

E. Korkutmanın Pek Yakın ve Ağır Bir Tehlike Arz Etmesi

Korkutma teşkil eden fiil, evlenmeye razı edilen eşin kendisinin veya yakınlarından birinin hayatına, sağlığına veya namusuna ve onuruna yönelik pek yakın ve ağır bir

⁴³ Aksi yönde, Çelik (n 4) 205.

⁴⁴ Aynı yönde, Hatemi ve Serozan (n 4) 155; Aksi yönde, Çelik (n 4) 205.

⁴⁵ Hatemi ve Serozan (n 4) 155.

tehlikesi doğurmuş olmalıdır. Çünkü ancak böyle bir durumda TMK m 151 anlamında evlenmeye razı edilen eşin iradesini etkileyecek güçte bir korkutmanın varlığından bahsedilebilir⁴⁶.

Pek yakın tehlikeden anlaşılması gereken, korkutmanın konusunu oluşturan tehlikenin hemen veya kısa bir zaman içerisinde gerçekleşebilecek nitelikte olmasıdır⁴⁷. Zira ancak bu tür durumlarda eş, karşı karşıya kalmış olduğu tehlikeyi bertaraf etmek için yeterli zamana sahip olamaz⁴⁸. Bununla birlikte, korkutma teşkil eden fiilin hemen, derhal gerçekleşmesi şart değildir. Gelecekte gerçekleşme ihtimali olan, uzak tehlikeler TMK m 151 açısından korkutma teşkil etmez. Örneğin, korkutmanın evlenmek istediği kişiye başkasıyla evlenmesi durumunda doğacak ilk çocuğunu öldüreceğini söylemesi yakın bir tehlike içeren korkutma niteliğini taşımamaktadır. Buna karşılık söz konusu örneği biraz değiştirecek olursak, korkutan evlenmek istediği kişinin ilk evliliğinden olan çocuğunu öldüreceğini belirtmiş olsa idi, bu durum ise korkutulan açısından pek yakın bir tehlike teşkil ederdi. Nitekim burada korkutma korkutulanın var olan çocuğuna yönelik bir tehlike arz etmektedir.

Korkutma teşkil eden fiilin ağır bir tehlike doğurması ile kastedilen ise korkutmanın önemli ve ciddi bir tehlike içermesidir. Önemsiz ve ciddi olmayan tehlikeler korkutma teşkil etmez⁴⁹. Örneğin⁵⁰, korkutmanın evlenmek istediği kişiye kendisiyle evlenmezse saçlarını keseceğini belirttiği durumlarda önemli ve ciddi bir korkutma bulunmamaktadır. Çünkü önemli ve ciddi bir tehlike içeren korkutmanın söz konusu olduğu durumlarda, eşin korkutmaya boyun eğdiği ve normal şartlarda yapmayacağı bir evliliği yapmak zorunda kaldığı kabul edilir.

⁴⁶ Yargıtay 2 HD, 19722/ 4125, 28.02.2012 “*Dava, Türk Medeni Kanununun 151. maddesinde düzenlenen nispi butlan davalarından “korkutma (tehdit)” sebebine dayalı evlenmenin iptali davasıdır. Davacı kadın, davalının kendisini istediği dışında kaçırıldığını, tehditle evlenme sözleşmesini imzalamak durumunda kaldığını, evlenmesinin bu şekilde gerçekleştiğini, korkma nedeniyle iradesinin sakatlandığını belirterek evlenmenin iptaline karar verilmesini istemiştir. Mahkemece davanın kabulüyle, evlenmenin iptaline karar verilmiştir. Salt davacının davalı tarafından kaçırılmış olması, evlenmenin korkutma (tehdit) altında yapılmış olduğunun kabulüne yeterli değildir. Toplanan delillerden; davacı kadının evlenme akdinin yapıldığı 18.08.2009 tarihinde Jandarmada verdiği ifadesinde “Aluçra Belediye Başkanlığı evlendirme memurluğunda kıyılan nikahta herhangi bir zorlama olmadığını, kendi gönül ve isteğiyle evlendiğini, konu ile ilgili herhangi bir şikayetin bulunmadığını beyan ettiği ve yine bir gün sonra 19.08.2009 tarihinde Cumhuriyet Savcılığındaki ifadesinde “davalının yanında kaldığı süre içerisinde herhangi bir darp ve cebir olayı ile karşılaşmadığını, kimsenin kendisini dövmeyi, kimsenin kendisini tehdit etmediğini” söylediği anlaşılmaktadır. Kaldı ki evlendirme işlemi de İlçe merkezinde evlendirme memurluğunda yapılmıştır. Davacının pek yakın ve ağır bir tehlike ile korkularak evlenmeye razı edildiği hususu kanıtlanmadığı halde yazılı gerekçe ile davanın kabulü doğru görülmemiştir.”. (Yayınlanmamış Karar).*

⁴⁷ Dural, Ögüz ve Gümüş, 2021 (n 2) 92, N 497; Demirbaş (n 6) 153; İkizler (n 4) 218; Çelik (n 4) 207.

⁴⁸ Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (n 8) 74; Erdem, *Aile Hukuku* (n 21) 92; Çelik (n 4) 208.

⁴⁹ Oğuzoğlu (n 13) 74; Oğuzman ve Dural (n 4) 103; Akıntürk ve Ateş (n 13) 223.

⁵⁰ Bkz Velidedeoğlu (n 13) 297; Dural, Ögüz ve Gümüş, 2005 (n 2) 91; Akıntürk ve Ateş (n 13) 223; Dural, Ögüz ve Gümüş, 2021 (n 2) 92, N 497.

Korkutmanın ağır olup olmadığının belirlenmesinde evlenmeye razı edilen eşin sübjektif durumu dikkate alınır⁵¹. Bu bakımdan korkutulanın cinsiyeti, kişiliği, karakteri, yaşı, eğitim ve bilgi düzeyi ve aklî durumu gibi hususlar dikkate alınarak eşe karşı yapılan fiilin ciddi bir tehlike içerip içermediği değerlendirilmelidir. Zira bir korkutma şahsi özellikleri birbirinden farklı olan kişiler üzerinde değişik etkilere yol açabilir.

Bir korkutmanın pek yakın ve ağır bir tehlike içerip içermediği ve bunun evlenmeye razı edilen eşin iradesi üzerinde etkili olup olmadığı hususunda takdir yetkisi hâkime aittir⁵². Hâkim evlenmeye razı edilen sübjektif durumunu da dikkate alarak, korkutmanın pek yakın ve ağır bir tehlike içerip içermediğini ve eşin bunun sonucunda evlenmeye razı olup olmadığını tespit eder.

F. Korkutma Teşkil Eden Fiil İle Evlilik Arasında İlliyet Bağının Bulunması

TMK m 151'in uygulama alanı bulması için, eşin evliliği korkutmanın sonucunda yapmış olması gereklidir. Korkutma olmasa idi, eş evlenmezdi denilebiliyorsa, korkutma ile yapılan evlilik arasında illiyet bağı kurulmuş olmaktadır⁵³. Bu sebeple, eş, korkutma olmasaydı dahi evlenecek idiyse, artık korkutmaya dayanarak evliliğin butlanını ileri süremez. Burada illiyet bağı tespit edilirken, korkutulan eşin evliliği korkutmanın sonucunda yapmış olmasının hayatın olağan akışına uygun olup olmaması araştırılmaz. Başka bir deyişle, korkutma fiili ile evliliğin yapılması arasında uygun illiyet bağının bulunması şart değildir; alelade illiyet bağının bulunması TMK m 151'in uygulama alanı bulması açısından yeterlidir. Örneğin, normal bir kişinin etkilenmeyeceği bir korkutmadan aşırı evhamlı birinin etkilenip, evlilik yaptığı durumlarda, söz konusu kişinin evlenmenin butlanını ileri sürmesi mümkündür. Keza korkutmada illiyet bağının varlığının kabulü için, korkutmanın konusunu oluşturan tehlikenin gerçekleşme ihtimalinin evliliğin yapıldığı sırada

⁵¹ Aynı yönde, Tuor, Schnyder, Schmid und Jungo (n 17) 199, N 17; a Marca (n 32) CC Art 107, N 26; Gönensay (n 13) 62; Arsebük (n 13) 646; Belgesay (n 13) 59; Saymen ve Elbir (n 2) 220; Birsen (n 32) 291; Tandoğan (n 9) 62; Öztan, *Aile Hukuku* (n 4) 615-616; Andrea Büchler, 'Zwangsehen in zivilrechtlicher und internationalprivat-rechtlicher Sicht' (2007) (4) FamPra.ch 742. Aksi yöndeki Velidedeoğlu, korkutmanın ağır olup olmadığı belirlenirken korkutulanın sadece sübjektif durumunun esas alınmamasının gerektiğini, bu hususun objektif bakımdan da ele alınmasının şart olduğunu, yani doğru, makul ve orta zekalı bir insana göre de ağır bir korkutmanın bulunduğu durumlarda TMK m 151'in uygulama alanı bulacağını belirtmektedir. Bkz Velidedeoğlu (n 13) 297. Velidedeoğlu ile aynı yönde, Feyzioğlu, Özakman ve Sarial (n 9) 132; Demirbaş (n 6) 153; İkizler (n 4) 217; Yargıtay 2 HD., 1369/ 1395, 13.03.1967 "... olaydaki ölüm tehdidinin ciddiyeti, evlemirde, davacının haline ve sübjektif durumuna göre takdir edilmek gerekir. Öte yandan objektif bakımdan da babanın kızını öldüreceği tehdidi imkansız ve gayriciddi sayılamaz. Baba kızı üzerinde en fazla nüfuz sahibi kimsedir. Onun kızı üzerindeki baskısının ve bir zaman nişanlılık ilişkisi devam ettiğinden, sonunda evlenmenin tahakkuk etmesini namus davası haline getirerek, namusunu temizlemek taassubu içinde kızını öldürmeğe kalkışabileceğinin gözönünde tutulmaması isabetsizdir. Gerek sübjektif, gerek objektif şartların takdirinde hata edilmiştir". (Feyzioğlu, Özakman ve Sarial (n 9) 133'den naklen).

⁵² Götz (n 2) ZGB Art 126, N 3; Oğuzoğlu (n 13) 74; Dural, Öğüz ve Gümüş, 2005 (n 2) 91; Öztan, *Aile Hukuku* (n 4) 616; Dural, Öğüz ve Gümüş, 2021 (n 2) 92, N 497; Demirbaş (n 6) 153; Çelik (n 4) 209.

⁵³ Götz (n 2) ZGB Art 126, N 8; Tuor, Schnyder, Schmid und Jungo (n 17) 199, N 17; Schwarz (n 9) 116; Gönensay (n 13) 62; Velidedeoğlu (n 13) 298; Feyzioğlu, Özakman ve Sarial (n 9) 132; Öztan, *Aile Hukuku* (n 4) 616; Akıntürk ve Ateş (n 13) 223; İkizler (n 4) 218; Çelik (n 4) 212.

mevcut olup, devam etmesi de gereklidir⁵⁴. Yapılan evliliğin korkutmanın sonucunda yapıldığını, yani evlilik ile korkutma arasında illiyet bağının bulunduğunu ispat yükü korkutmaya maruz kalan eştedir.

Bazı durumlarda korkutulan, korkutanın istediği kişiyle evlenmemek ve onun baskısından kurtulmak amacıyla korkutma fiiliyle herhangi bir ilgisi bulunmayan bir üçüncü kişiyle evlilik yapmış olabilir. Örneğin, A, B'ye kendisiyle evlenmezse onu öldüreceğini belirtmiş ve bunun üzerine de B, A'nın baskısından kurtulmak amacıyla C ile evlilik yapmış olabilir. İşte bu tür durumlarda korkutulan kanaatimizce sonradan TMK m 151 hükmüne dayanarak yapmış olduğu evliliğin iptalini isteyemez. Çünkü korkutulanın yapmış olduğu evlilik ile korkutma fiili arasında illiyet bağı bulunmamaktadır. Korkutulan maruz kalacağı tehlikeden kurtulmak için, korkutma fiiliyle herhangi bir ilgisi bulunmayan üçüncü bir kişi ile evlilik yapmaktadır. Kaldı ki, korkutulan yapmış olduğu bu evlilik ile korkutanın korkutmada bulunarak ulaşmak istediği hedefin aksine hareket etmekte, yani onun amacını boşa çıkarma düşüncesine sahip bulunmaktadır.

G. Korkutmanın Hukuka Aykırı Olması

TMK m 151 gereğince evliliğin butlanına sebep olan korkutma temelde hukuka aykırı bir nitelik taşımaktadır. Korkutma teşkil eden fiilin konusunu oluşturan tehlike, hukuk düzeninin izin vermediği haksız bir tehlike ise, hukuka aykırılık gerçekleşmektedir⁵⁵. Bu husus özellikle korkutma teşkil eden fiildeki tehlikenin içeriğinin aynı zamanda haksız fiil ve/veya suç teşkil ettiği durumlarda söz konusu olmaktadır. Örneğin, bir kişinin kendisinin veya yakınlarından birinin öldürüleceği, yaralanacağı veya özel görüntülerinin yayılacağı belirtilerek yapılan bir korkutmanın hukuka aykırılığı kuşkusuzdur. Zira bu gibi durumlar hem haksız fiile hem de suça ilişkin unsurları bünyelerinde barındırmaktadır. Nitekim kendisinin veya yakınlarından birinin zarara uğrayacağını düşünerek evlenmek zorunda kalan kişinin özgür iradesiyle hareket ettiğinin kabul edilmesi zaten mümkün değildir.

Bazı durumlarda korkutan bir hakkını veya kanundan doğan bir yetkisini kullanacağını belirterek de (hukuki korkutma) kişiyi evlenmeye razı edebilir⁵⁶. Ancak bu durumun evliliğin butlanının ileri sürülebilmesine sebebiyet vermesi için TBK m 38/ f 2'den farklı olarak bir hak veya kanundan doğan bir yetkisini kullanılacağını belirten korkutanın evlenmeye razı olan eşin zor durumda kalmasından aşırı bir menfaat elde etmiş olması şart değildir⁵⁷.

⁵⁴ Tuor, Schnyder, Schmid und Jungo, (n 17) 199, N 17; Dural, Ögüz ve Gümüş, 2005 (n 2) 92; Çelik (n 4) 212.

⁵⁵ İkişler (n 4) 216.

⁵⁶ Aynı yönde, Egger, *Familienrecht* (n 2) ZGB Art 126, (N 1); Schwarz (n 9) 116; a Marca (n 32) CC Art 107, N 25; Saymen ve Elbir (n 2) 220; Velidedeoğlu (n 13) 297; Feyzioğlu, Özakman ve Sarial (n 9) 132; Çelik (n 4) 207. Aksi yönde, Büchler und Brozzo, *1. Auflage* (n 13) ZGB Art 107, N 11.

⁵⁷ Saymen ve Elbir (n 2) 220; Feyzioğlu, Özakman ve Sarial (n 9) 132. TBK m 38/ f 2 hakkında kapsamlı bilgi için bkz Köroğlu, *Korkutma* (n 6) 137 vd.

Korkutanın bir hak veya kanundan doğan yetki kullanımının evlenmeye razı edilen eşin veya yakınlarından birinin hayatıyla, sağlığıyla veya namus ve onuruyla ilgili olması gerekmektedir. Nitekim kanun koyucu sadece TMK m 151’de belirtilen kişilik değerlerinden birine yönelik bir tehlikenin bulunduğu durumlarda korkutmanın evliliğin butlanına yol açacağını belirtmiştir. Bununla birlikte belirtmemiz gerekir ki, TMK m 151’de belirtilen değerlerden de kanaatimizce hayat ve sağlıkla ilgili olarak başka bir kişinin bir hak veya kanundan doğan yetki sahibi olması söz konusu değildir⁵⁸. Zira bu iki değer bir kişi açısından olmazsa olmaz temel değerlerdendir. Bu çerçevede bir hakkın veya kanundan doğan yetkinin kullanılacağı belirtilerek yapılan korkutmaların sadece namus ve onurla ilgili olarak yapılabileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir⁵⁹. Örneğin, korkutanın korkutulana kendisiyle evlenmezse hakkında suç ihbarında bulunacağını belirttiği durumlarda, suç ihbarı korkutması kişinin namus ve onurunu ilgilendirdiği için, TMK m 151 hükmü uygulama alanı bulabilir.

III. Korkutmanın Sonucu: Nisbi Butlan Davası

A. Genel Olarak

Yukarıda belirtilen şartların bulunması durumunda, korkutma altında yapılan evlilik nisbî butlanla sakat bir evlilik niteliğini taşımaktadır. Ancak her ne kadar korkutma altında yapılan evlilik nisbî butlanla sakat olsa da kendiliğinden hükümsüz olmamaktadır. Nisbî butlanla sakat olan bir evlilik TMK m 156 gereğince iptal kararı verilinceye kadar geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğurmaktadır. Bu kapsamda evliliğin hükümsüzlüğünün sağlanması için nisbî butlan davasının açılması gerekmektedir.

Korkutma sebebiyle açılacak olan nisbî butlan davasında TMK m 160 gereğince yetki ve yargılama usulü bakımından boşanmaya ilişkin düzenlemeler kıyasen uygulama alanı bulur. Buna göre TMK m 160’ın yapmış olduğu göndermenin sonucunda korkutma sebebiyle açılacak olan nisbi butlan davasında yetkili mahkeme TMK m 168’e göre, eşlerden birinin yerleşim yeri veya davanın açılmasından önce son altı aydır birlikte oturdukları yer mahkemesidir. Görevli mahkeme ise 4782 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun’un 4. maddesine göre aile mahkemeleridir.

Aşağıda korkutma açısından özellik arz eden hususlar dikkate alınarak nisbî butlan davası ile ilgili temel bilgilere yer verilmiştir.

⁵⁸ Demirbaş (n 6) 154.

⁵⁹ Aynı yönde, Demirbaş (n 6) 154. Aksi yönde, Götz (n 2) ZGB Art 126, N 5.

B. Nisbî Butlan Davasının Hukuki Niteliği

Korkutma altında yapılan evliliğin iptali amacıyla açılan nisbî butlan davası hukuki niteliği itibariyle bozucu yenilik doğuran bir dava, mahkeme tarafından verilen karar da yenilik doğuran bir karardır⁶⁰. Çünkü açılan bu davanın sonucunda evlilik sona ermektedir.

C. Nisbî Butlan Davasının Tarafları

Korkutma sebebiyle açılacak olan nisbî butlan davasının davacısı korkutma teşkil eden fiile maruz kalan eştir.

Bazı durumlarda korkutmaya maruz kalan eş henüz dava açmadan önce ölmüş olabilir. Bu gibi durumlarda, dava açma hakkı korkutmaya maruz kalan eşin mirasçılara geçmez. Çünkü nisbî butlan davası açma hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Ancak istisnai olarak aşağıda da açıkladığımız üzere, korkutmaya maruz kalan eş ölmeden önce evliliğin iptali amacıyla dava açmış ise, mirasçılar açılmış olan bu davayı sürdürmesi mümkündür (TMK m 159/ c 1-2).

Korkutma teşkil eden fiilin üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirilip, diğer eşin bu konuda herhangi bir bilgisinin olmadığı durumlarda, onun tarafından nisbi butlan davası açılmak istenebilir. Bununla birlikte Kanun koyucu TMK m 151’de açık bir şekilde evliliğin butlanını isteme hakkını sadece korkutmaya maruz kalan eşe tanımıştır. Bu sebeple korkutma teşkil eden fiille herhangi bir bağlantısı bulunmayıp, korkutma teşkil eden fiile maruz kalmamış olan diğer eşin evliliğin butlanı amacıyla dava açma imkânı bulunmamaktadır⁶¹.

Korkutma sebebiyle açılacak olan nisbî butlan davasının davalısı ise, üzerinde korkutan sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın diğer eştir.

D. Nisbi Butlan Davasının Açılabilceği Süre

Kanun koyucu korkutmaya dayalı nisbi butlan davasının açılabilmesini hak

⁶⁰ Götz (n 2) Vorbem zum ZGB Art 120-136, N 9; Lanz Müller, 2. Auflage (n 21) ZGB Art 109, N 1; Velidedeoğlu (n 13) 299; Dural, Ögüz ve Gümüş, 2005 (n 2) 92; Akıntürk ve Ateş (n 13) 230; Dural, Ögüz ve Gümüş, 2021 (n 2) 93, N 499; Çelik (n 4) 252; Ergun Önen, *İnşai Dava* (1. Bası Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1981) 69; Rukiye Feray Durmuş, *Yenilik Doğuran Davalar* (1. Bası On İki Levha Yayıncılık 2021) 75; Yargıtay HGK, 7-695/ 673, 02.11.2011 “Gerek mutlak butlan, gerekse nispi butlan davaları hukuki nitelikleri itibariyle bir “tespit davası” değil, “bozucu yenilik doğuran dava”lardır. Zira batıl evlenme, davanın sonunda verilecek kararla ileriye etkili olarak sonuç doğuracak şekilde iptal edilmektedir. Batıl bir evlenmenin ortadan kaldırılması için açılması şart olan “butlan davası” sonunda hakimin, evliliğin ortadan kaldırılması konusunda verdiği karara “iptal kararı” denilir ki, bu karar da hukuki niteliği itibariyle “yenilik doğuran karar”dır. Butlan davasında davacı, mahkemeden dava konusu evlenmenin batıl olduğunu ve bu sebeple ortadan kaldırılması gerektiğini talep eder. Bu açıdan mutlak veya nispi butlan davalarında davacı tarafından talep edilen husus mevcut bir hukuki durumun ortadan kaldırılmasıdır (TMK’nun 156.maddesi). Öteki deyişle, butlan davası sonunda hakimin vereceği “yenilik doğuran iptal kararı” ile, her ne kadar geçersiz de (batıl da) olsa mevcut olan bir evlenme işlemi ve evlilik ilişkisi sona ermekte; var olan bir hukuki durum ortadan kalkmaktadır. Bu yönüyle hakimin iptal kararı “bozucu yenilik doğuran” bir karar niteliğindedir.” (www.kazanci.com.tr; Erişim tarihi 02. Temmuz 2021).

⁶¹ İközler (n 4) 242.

düşürücü süreye tabi tutmuştur. Bu sebeple zamanaşımından farklı olarak bu sürenin durması veya kesilmesi gibi bir durum söz konusu olmamaktadır. Dava açıldığında bu süreler hâkim tarafından kendiliğinden (re'sen) göz önünde bulundurulur⁶².

TMK m 152'ye göre butlan davası açma hakkı, korkutmaya maruz kalan eş açısından korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı tarihten başlayarak altı ay ve her halükarda evlenmenin üzerinden beş yıl geçmekle düşmektedir.

Korkutulan eş için korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı, dolayısıyla da altı aylık sürenin işlemeye başladığı an, onun açısından korkutmanın etkisinin kaybolup, korkutulanın yarattığı korkutma sebebiyle zarar görebilme yönünde artık endişe duymadığı ve kendisini psikolojik açıdan güven içinde hissettiği andır⁶³. Bu bakımdan korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı tarih olarak, korkutulan eşin korkutmanın etkisinin kendisi açısından ortadan kalktığını belirttiği tarih dikkate alınır. Ancak diğer eşin korkutulan eşin belirttiğinin aksini, yani korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı tarihin başka bir tarih olduğunu, dolayısıyla da nisbî butlan davasının açılacağı sürenin dolduğunu ispatlaması mümkündür. Bu takdirde açılan davanın altı aylık sürenin aşımı sebebiyle reddi gerekir.

TMK m 152'de belirtilen beş yıllık süre ise azami süre olup, evliliğin yapıldığı andan itibaren işlemeye başlar. Bu çerçevede korkutmaya maruz kalan eş, altı aylık sürenin işlemeye başlayıp başlamaması fark etmeksizin beş yıllık sürenin dolmasıyla birlikte artık evliliğin butlanı amacıyla dava açamaz ve evlilik sürekli bir geçerlilik kazanır⁶⁴.

Korkutulan eş TMK m 152'de belirtilen süreler olmadan önce, açık veya örtülü (zımnî) bir şekilde yapmış olduğu evliliğe onay verebilir⁶⁵. Korkutulan eşin evliliğe onay verme yönünde açık veya örtülü bir tercihte bulunduğu durumlarda, korkutmaya dayalı irade bozukluğu durumu giderilmekte ve butlan davası açma hakkı ortadan kalkmaktadır. Yine korkutulan eş, korkutmaya dayalı nisbi butlan davasını açtıktan sonra da davadan feragat etmek isteyebilir. Kanaatimizce korkutulan eşin davadan feragat etmesine herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır⁶⁶. Çünkü bu dava kamu düzenine ilişkin bir dava olmayıp, korkutulan eş ile diğer eşi ilgilendiren bir davadır⁶⁷. Bu takdirde, hâkim, önüne gelen somut olayın bütün özelliklerini göz önünde bulundurarak, vicdani kanaatine göre korkutulan eşin gerçekten davadan feragatinin bulunup bulunmadığını belirler ve buna göre karar verir⁶⁸.

⁶² Böhler und Brozzo, *1. Auflage* (n 13) ZGB Art 108, N 1.

⁶³ Böhler und Brozzo, *1. Auflage* (n 13) ZGB Art 108, N 2.

⁶⁴ Köprülü ve Kaneti (n 15) 108; Ümit Gezder, *Türk Medeni Hukuku, Başlangıç-Kişiler-Aile Hukuku, Soruları ve Cevapları, Cilt I* (1. Bası Beta Yayınevi 2014) 90.

⁶⁵ Egger, *Familienrecht* (n 2) ZGB Art 127, N 5; Böhler und Brozzo, *1. Auflage* (n 13) ZGB Art 108, N 1; Velidedeoğlu (n 13) 303; Köprülü ve Kaneti (n 15) 108; Çelik (n 4) 295 vd.

⁶⁶ Aynı yönde, Oğuzman ve Dural (n 4) 104; Çelik (n 4) 295-296.

⁶⁷ Çelik (n 4) 296.

⁶⁸ Hatemi ve Serozan (n 4) 163; Çelik (n 4) 297.

E. Nisbi Butlan Davasının Sonuçları

1. Genel Olarak

Mahkeme tarafından evliliğin korkutma sebebiyle butlanına karar verilmesiyle birlikte, evlilik ileriye etkili bir şekilde (ex nunc) sona erer. Bu takdirde korkutma altında yapılan evlilik, hâkimin butlan kararına kadar geçerli bir evliliğin tüm sonuçlarını doğurur (TMK m 156).

2. Eşler Açısından Sonuçları

Mahkeme tarafından korkutma sebebiyle evliliğin butlanına karar verilmesi sonucunda evlilik sona ereceği için eşler tekrar evlenebilirler⁶⁹. Ancak kayın hısımlığına dayalı evlenme engeli eşler açısından uygulama alanı bulmaya devam etmektedir⁷⁰. Zira evliliğin her ne kadar butlanına karar verilmiş olsa da eşler arasındaki kayın hısımlığı ortadan kalkmamaktadır (TMK m 129/ b 2). Bu konuda eşlerden birinin korkutan sıfatını üzerinde taşıyor olmasının da önemi bulunmamaktadır. Yani korkutma teşkil eden fiilde bulunan diğer eş, evliliğin butlanına rağmen eşinin kan hısımlarının kayın hısımlı olmaya devam etmektedir⁷¹.

TMK m 158/ f 1’de evlenmenin butlanına karar verilmesine bağlı olarak, evlenirken iyiniyetli olan eşin bu evlenme ile kazanmış olduğu kişisel durumunu koruyacağı belirtilmiştir. Örneğin, evlenirken iyiniyetli olan eş, evlenmeyle kazandığı erginliğini (TMK m 11/ f 2), butlan kararından sonra da korumaya devam etmektedir. Buna karşılık iyiniyetli olmayan eş ise, butlan kararı ile birlikte, evlenme sonucu kazanmış olduğu erginliğini kaybetmektedir. Kanun koyucunun TMK m 158/ f 1’de iyiniyet ile kastettiği şey, eşin evlenirken butlan sebebini bilmemesi veya gerekli özeni göstermesine rağmen öğrenememiş olmasıdır⁷². Bu düzenlemeyi korkutma açısından ele alacak olursak, bir kere korkutma teşkil eden fiile maruz kalarak istemediği bir evliliği yapmak zorunda kalan eşin korkutmaya bilmemesi gibi bir durum söz konusu değildir⁷³. Korkutulan eş korkutmaya maruz kaldığını zaten bilerek ve bunu kabullenerek istemediği bir evliliği yapmayı kabul etmektedir. Bu sebeple doktrinde İkiizler’in de isabetli olarak belirttiği üzere⁷⁴, TMK m 158/ f 1 hükmü korkutulan

⁶⁹ Oğuzoğlu (n 13) 42; Velidedeoğlu (n 13) 306; Saymen ve Elbir (n 2) 231; Dural, Ögüz ve Gümüş, 2021 (n 2) 98, N 531; Akıntürk ve Ateş (n 13) 231; Çelik (n 4) 315; Aytekin Ataay, ‘Evliliğin Hükümsüzlüğünün Sonuçları’ Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu’na Armağan (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1990) 58.

⁷⁰ Götz (n 2) ZGB Art 134, N 8; Ataay (n 69) 55; Dural, Ögüz ve Gümüş, 2005 (n 2) 97; Akıntürk ve Ateş (n 13) 231; Dural, Ögüz ve Gümüş, 2021 (n 2) 98, N 531; Doğan ve Okur (n 4) 60-61; Çelik (n 4) 316.

⁷¹ Oğuzoğlu (n 13) 42; Saymen ve Elbir (n 2) 231; Ataay (n 69) 55; Tekinay (n 4) 170; Doğan ve Okur (n 4) 60-61; Çelik (n 4) 316; Ömer Çınar, ‘Hisimlikten Doğan Evlenme Engeli ve Sonuçları’, in Ömer Teoman (ed), Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, I. Cilt (Vedat Kitapçılık 2019) 523.

⁷² Köprülü ve Kaneti (n 15) 109; Dural, Ögüz ve Gümüş, 2005 (n 2) 98; Akıntürk ve Ateş (n 13) 231; Dural, Ögüz ve Gümüş, 2021 (n 2) 99, N 534. Bu konuda bkz Öztan ‘Batıl Evlenmeler’ (n 1) 199 vd, özellikle 201.

⁷³ Kılıçoğlu, Aile Hukuku (n 8) 79; İkiizler (n 4) 248.

⁷⁴ İkiizler (n 4) 248-249.

eş açısından onun iyiniyetli olduğuna bakılmaksızın uygulama alanı bulmalıdır. Aksi durumda, Kanun koyucunun TMK m 158/ f 1'e yer vermekteki amacına aykırı bir çözüme ulaşılmış olur. Diğer eş açısından ise, diğer eşin üzerinde aynı zamanda korkutan sıfatını taşıdığı durumlarda, TMK m 158/ f 1 hükmünün uygulama alanı bulmayacağına herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Nitekim onun evlenmek amacıyla korkutmada bulunması kötüniyetli olduğunu apaçık bir şekilde göstermektedir. Bununla birlikte diğer eşin üzerinde korkutan sıfatını taşımadığı, yani korkutanın üçüncü kişi olduğu durumlarda, diğer eş ile ilgili olarak TMK m 158/ f 1 hükmünün uygulama alanı bulması için onun lehine korkutma teşkil eden bir fiilde bulunulduğundan haberdar olmaması, bu durumu bilmemesi veya gerekli özeni göstermesine rağmen öğrenememiş olması gerekmektedir.

TMK m 158/ f 2'de ise evliliğin butlanı ile birlikte eşler arasındaki mal rejiminin tasfiyesinde, tazminat, nafaka ve soyadı hususlarında boşanmaya ilişkin hükümlerin uygulanacağı ifade edilmiştir⁷⁵. Çünkü butlan halinde bile eşler arasında evlilik meydana gelmektedir ve hakim kararına kadar geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğurmaktadır (TMK m 156). TMK m 158/ f 2'de belirtilen kurumlara ilişkin düzenlemeler korkutmaya dayalı evliliğin nisbi butlanında kıyasen uygulama alanı bulmaktadır⁷⁶.

TMK m 158/ f 2'de mal rejiminin tasfiyesi konusunda boşanmaya ilişkin hükümlere yollamada bulunulması kanaatimizce isabetli olmamıştır⁷⁷. Zira Kanun koyucu iptal sonucu sona eren evliliklerde mal rejiminin tasfiyesi ile ilgili özel düzenlemelere TMK m 214/ b 2, m 225/ f 2, m 238, m 247/ f 2, m 254, m 271/ f 2 ve m 277/ f 1'de zaten açık bir şekilde yer vermiştir. Ancak burada belirtebiliriz ki, mahkemece evliliğin butlan sebebiyle iptaline karar verilmesi halinde, eşler arasındaki mal rejimi dava tarihinden geçerli olmak üzere sona ermektedir (Bkz TMK m 225/ f 2, 247/ f 2, 271/ f 2)⁷⁸.

Boşanmada tazminat TMK m 174'te düzenlenmiş olup, ilgili maddede mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen kusursuz veya daha az kusurlu

⁷⁵ Yargıtay 2 HD., 2665/ 3562, 22.03.2004 "Davalının ev kadını olup, evlenmenin iptali halinde de boşanmaya ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğinden Türk Medeni Kanununun 158, 175. maddesi koşulları oluşmuştur. Kadın için uygun yoksulluk nafakası takdiri gerekirken, talebin yoksulluk nafakası yönünden de reddi bozmayı gerektirmiştir." (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi 10 Mart 2022). Yargıtay 2 HD, 7222/ 11781, 26.04.2013 (Ömer Uğur Gençcan, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Yorumu, 1. Cilt (Madde 1-184) (1. Bası Yetkin Yayınevi 2021) 1045). Öztan TMK m 158/ f 2'de yapılan saymanın sınırlayıcı olmadığını, örnek olarak verildiğini belirtmektedir. Bkz Öztan, *Aile Hukuku* (n 4) 633.

⁷⁶ Öztan, *Aile Hukuku* (n 4) 633. TMK m 158/ f 2'nin açık düzenlemesine rağmen evliliğin butlan sebebiyle iptaline karar verilmesi durumunda TMK m 174/ f 1 kapsamında maddi tazminat istenemeyeceği yönünde bkz, Ilgın Biçer Yener, *Boşanmada Maddi Tazminat* (1. Bası Seçkin Yayınevi 2020) 88.

⁷⁷ Benzer yönde, İkizler (n 4) 251.

⁷⁸ Bu konuda bilgi için bkz Emre Köroğlu, 'Edinilmiş Mallara Katılma Rejimini Sona Erdiren Sebepler ve Bu Mal Rejiminin Sona Erme Anı', (2016) 11 (1) ERÜHFD 240 vd.; Şebnem Akipek Öcal, 'Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Sona Erdiren Haller ve Sona Erme Anı', (2019) 1 (1) ERÜHFD 467-468; Oğuz Sadık Aydos, 'Paylaşmalı Mal Ayrılığında Tasfiye', (2019) 1 (1) ERÜHFD 488; Ayşegül Kaya, *Mal Ortaklığı Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi* (1. Bası Adalet Yayınevi 2021) 105-106, 112.

tarafın, kusurlu taraftan uygun bir maddî tazminat isteyebileceği (f 1), yine boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan tarafın, kusurlu olan diğer taraftan manevî tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebileceği (f 2) belirtilmiştir. Ancak TMK m 174 kapsamında tazminata hükmedilebilmesi için ilgili eşin talebinin bulunması şarttır. Talep olmaksızın hâkim tarafından re'sen tazminata hükmedilemez. TMK m 174 hükmünü konumuz açısından ele alacak olursak, evliliğin butlanında maddi ve/veya manevi tazminata hükmedilmesinde temel hareket noktasını kusur oluşturmaktadır (TMK m 174 kıyasen)⁷⁹. Butlanda kusur, evliliğe kasten veya ihmal ile sebebiyet verilmesi sonucunda ortaya çıkmaktadır⁸⁰. Başka bir deyişle, evliliğin iptaline bağlı olarak tazminat talep edilmesi halinde, mahkeme tarafından davalı eşin evliliğin butlanına yol açan sebebi bilip bilmediğine veya gerekli özeni gösterip göstermediğine, kısacası kötüniyetli olup olmadığına bakılacaktır⁸¹. Bu konuyu korkutma açısından değerlendirecek olursak, korkutmada evliliğin iptaline korkutmanın korkutma teşkil eden fiili sebebiyet verdiğinden, maddi ve/veya manevi tazminat talep edecek olan kişi aslında sadece korkutulan eş olabilir. Zira korkutma hukuka aykırı bir fiil niteliğini taşıdığı için temelde haksız fiil teşkil etmektedir. Evliliğin iptaline bağlı olarak ortaya çıkan tazminat taleplerinin temelinde de bunların aslında iptal sonucunda uğranılan zararların giderilmesine yönelik bir tazminat talebi olarak görülmesi yatmaktadır⁸². Korkutulan eşin maddi ve/veya manevi tazminat talep edebilmesi için diğer eşin korkutan sıfatını üzerinde taşıyor veya üçüncü kişi korkutan olmakla birlikte diğer eşin bu durumu biliyor veya gerekli özeni gösterdiği takdirde bilebilecek durumda olması gerekmektedir⁸³. Aksi takdirde, diğer eşin evliliğin butlanla sakat olarak meydana gelmesinde herhangi bir kusuru bulunmadığından ondan tazminat istenemez⁸⁴.

⁷⁹ Öztan, *Aile Hukuku* (n 4) 802. İsviçre Medeni Kanunu'nda (ZGB) yapılan 01.01.2000 tarihli boşanma hukuku revizyonuyla birlikte tazminatla ilgili olarak TMK m 174'ün karşılığını oluşturan ZGB Art 151 hükmü yürürlükten kaldırılmıştır. Bu bakımdan İsviçre hukukunda boşanmada tazminat artık İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) genel hükümlerine göre belirlenmektedir. Bkz Cyril Hegnauer und Peter Breitschmid, *Grundriss des Eherechts* (4. Auflage Stämpfli Verlag 2000) 88 f.

Kılıçoğlu, İsviçre'deki çözüm tarzının benimsenerek TMK m 174'ün kanundan çıkartılmasının daha isabetli olacağını ve boşanmaya dayalı maddi ve manevi tazminat taleplerinde TBK m 49 vd.'nin uygulama alanı bulmasının gerektiğini belirtmektedir. Zira boşanmaya dayalı maddi ve manevi tazminat talebi, hukuki niteliği itibarıyla bir haksız fiil tazminatı teşkil etmektedir. Bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, *Medeni Kanun'umuzun Aile-Eşya-Miras Hukukuna Getirdiği Yenilikler* (3. Bası Turhan Kitabevi 2014) 18.

Ceylan ise, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde düzenlenen maddi tazminat hükümlerinin boşanmadaki hukuki sorunların çözümünde yetersiz kalacağını, boşanmada maddi tazminatın özel bir hüküm olarak yer almasının gerektiğini, boşanmadaki maddi tazminatla TBK m 49 vd.'da düzenlenen haksız fiilden kaynaklanan tazminatın özellikleri açısından farklı olduğunu, TMK m 174'teki maddi tazminatın aile hukukuna özgü bir tazminat niteliğini taşıdığını ifade etmektedir. Bkz Ebru Ceylan, *Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları* (1. Bası Galatasaray Üniversitesi Yayınları 2006) 73-74.

⁸⁰ İnkizler (n 4) 251.

⁸¹ Öztan, *Aile Hukuku* (n 4) 633; İnkizler (n 4) 251.

⁸² Bkz Ingeborg Schwenzer und Roland Fankhauser, *FamKomm, Scheidung, Band I: ZGB* (3. Auflage Stämpfli Verlag AG 2017) Vorbem Zu Art 125-132, N 3; BGE 117 II 519, 521 f..

⁸³ İnkizler (n 4) 252; Çelik (n 4) 336.

⁸⁴ Çelik (n 4) 334. Ayrıca bkz Yargıtay 2 HD., 14371/ 16602, 08.09.2014 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi 10 Mart 2022). Bu ihtimalde korkutulan eş üçüncü kişiden TBK m 49 vd hükümlere göre tazminat isteyebilir. Bkz İnkizler (n 4) 252; Çelik (n 4) 336. TBK m 49 vd çerçevesinde tazminat talebi ile ilgili olarak bkz Köroğlu, *Korkutma* (n 6) 264 vd.

Boşanmada yoksulluk nafakası m 175'te düzenlenmiştir. Maddeye göre, boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir (f 1). Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz (f 2)⁸⁵. Kanun koyucu, bu düzenlemenin birinci fıkrası ile aslında kusuruyla boşanmaya sebebiyet veren tarafın yoksulluk nafakası talep edemeyeceğini, ikinci fıkrası ile ise, kusura dayanmayan boşanmalarda nafaka yükümlüsünün kusurunun aranmayacağını kast etmek istemiştir. Nitekim Türk Medeni Kanunu'nda kusura dayanmayan boşanma sebeplerine de yer verilmiştir. Örneğin akıl hastalığına (TMK m 165) ve evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayanan (TMK m 166/ f 1-2) boşanma davalarının açılabilmesi kusur şartına tabi değildir. TMK m 175 kapsamında nafakaya karar verilmesinde tıpkı tazminatta olduğu gibi ilgili eşin talebinin bulunması aranır. Eşin talebi bulunmadığı takdirde hâkim re'sen nafaka verilmesine karar veremez. TMK m 175 hükmünü kıyasen uygulayacak olursak, korkutmada korkutulan eş, iptal sebebiyle yoksulluğa düşecek ise diğer eşin üzerinde korkutan sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın ondan nafaka talep edilmektedir. Keza diğer eş de korkutma teşkil eden fiilin üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirildiği ve onun bu konuda bilgisinin bulunmadığı durumlarda korkutulan eşten nafaka isteyebilir. Çünkü Kanun koyucu maddi ve manevi tazminattan farklı olarak nafaka ödenmesi için nafaka yükümlüsünün kusurlu olmasını şart olarak aramamaktadır⁸⁶. Buna karşılık diğer eş üzerinde korkutan sıfatını taşıyor ise, onun korkutarak evlenmeye razı etmiş olduğu eşinden nafaka istemesi mümkün değildir. Zira korkutmaya dayalı nisbi butlanla sakat olan evliliğin yapılmasına kötüniyetli olarak kendisi sebep olduğu için kusurludur⁸⁷.

Kadının soyadı ile ilgili olarak TMK m 173/ f 2'de kadının, boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunduğu ve bunun kocaya bir zarar vermeyeceği ispatlanırsa, istemi üzerine hâkimin, kocasının soyadını taşımasına izin vereceği düzenlenmiştir. Evliliğin korkutma sebebiyle butlanına karar verildiği durumlarda, korkutmaya maruz kalan eş kadın ise, onun butlana rağmen eşinin soyadını kullanmasına izin verilmesini talep edebileceğinde herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Böyle bir durumda hâkim tarafından şartları da varsa korkutulanın,

⁸⁵ İsviçre Medeni Kanunu'nda (ZGB) yapılan 01.01.2000 tarihli boşanma hukuku revizyonuyla birlikte nafakaya ilişkin ZGB Art 152'nin yerine ZGB Art 125 hükmü kabul edilmiştir. Yeni hükümlerle birlikte kusur ilkesi kaldırılmış ve bunun yerine öz ekonomik sorumluluk ilkesi (clean break Prinzip) benimsenmiştir. Bu konuda bkz Schwenzer und Fankhauser (82) Vorbem Zu Art 125-132, N 5-6; Ingeborg Schwenzer, 'Das clean break - Prinzip im nahehehlichen Vermögensrecht' (2000) (4) FamPra.ch 610 f.; BGE 127 III 136; BGE 141 III 465, 468 f.; BGE 134 III 145, 146 f.

Doktrinle Öztan, Türk Medeni Kanunu'nda eşlerin eşitliği ilkesinin kabul edilmesi sebebiyle nafaka ile ilgili olarak "objektif zamana uygun yorum" metodundan yararlanılmasının gerektiğini ve tıpkı İsviçre hukukunda olduğu gibi eşin kendi çalışma imkânlarını kullanmasına rağmen ihtiyaçlarını karşılayamamasının, yani belirli bir hayat standardına ulaşamamasının esas alınmasının daha uygun olacağını belirtmektedir. Bu bakımdan Öztan'a göre burada önemli olan husus kusur olmayıp, eşin boşanmadan sonra çalışma imkânının bulunmamasıdır. Bkz Öztan, *Aile Hukuku* (n 4) 803.

⁸⁶ İkiizler (n 4) 252; Ayrıca bkz Öztan, 'Batıl Evlenmeler' (n 1) 205; Çelik (n 4) 330; Dural, Ögüz ve Gümüş, 2021 (n 2) 156, N 800; Yargıtay 2 HD, 3653/ 5984, 31.03.2009 "Toplanan delillerden, davalı-karşı davacı kadının herhangi bir işi ve gelirinin olmadığı, evliliğin iptali ile yoksulluğa düşeceği anlaşılmaktadır. Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz." (Gençcan (n 75) 1048'den naklen).

⁸⁷ Öztan, 'Batıl Evlenmeler' (n 1) 205.

eşinin soyadını kullanmasına izin verebilecektir. Buna karşılık korkutma teşkil eden fiilde bulunan kişinin kadın olduğu durumlarda, onun eşinin soyadını kullanmasına izin verilmesini talep edip edemeyeceğinin ele alınması gerekmektedir. Kanaatimizce bu ihtimalde korkutan sıfatını üzerinde taşıyan kadın eşin, evliliğin butlanı kararından sonra eşin soyadını taşımaya devam etmesine izin verilmesini istemesinde herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır. Çünkü TMK m 173/ f. 2 hükmü talepte bulunan eşin nafakada olduğu gibi kusurlu olmamasını veya daha az kusurlu olmasını şart olarak aramamıştır⁸⁸.

İptal kararı ile birlikte eşler, eş olmaları sebebiyle birbirlerine karşı olan yasal mirasçılık sıfatlarını kaybederler. Ancak korkutulan eş henüz butlan davası açmadan önce ölmüş olabilir. Bu hususta iki ihtimal bulunmaktadır. İlk olarak, korkutulan eş, korkutmanın etkisi halen devam ederken ölmüş olabilir. İkinci olarak ise, korkutmanın etkisi ortadan kalkmış olmakla birlikte korkutulan eş henüz TMK m 152’de belirtilen süreler içerisinde dava açmadan ölmüş olabilir⁸⁹. İşte bu tür durumlarda evlenmenin butlanını dava etme hakkı korkutulanın mirasçılara geçmez⁹⁰. Çünkü bu konuda TMK m 159 hükmü çok açık bir düzenleme içermektedir. Mirasçılar sadece korkutulan eşin ölmeden açmış olduğu davayı sürdürebilirler⁹¹. Mirasçıların korkutulan eşin mirasçılarının devam ettikleri davanın sonucunda mahkeme tarafından artık evliliğin butlanına karar verilemez. Zira evlilik korkutulanın ölümü sebebiyle sona ermiş olup, böyle bir evliliğin butlanından bahsedilemez⁹². Burada korkutulan eşin mirasçılarının yapacağı şey, sağ kalan eşin iyiniyetli olmadığını ispat etmekten ibarettir⁹³. Nitekim devam edilen dava sonucunda evlenme sırasında iyiniyetli olmadığı tespit edilen sağ kalan eş, yasal mirasçı olamayacağı gibi, daha önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendisine sağlanan hakları da kaybeder (TMK m 159 - c 3). Sağ kalan eşin iyiniyetli olmaması korkutma teşkil eden fiili bizzat gerçekleştirerek korkutan sıfatını üzerinde taşıdığı veya üçüncü kişinin korkutmasını bildiği durumlarda söz konusu olmaktadır⁹⁴.

3. Çocuklar Açısından Sonuçları

Mahkemece korkutma sebebiyle butlanına karar verilen evlilikten doğan çocuklar evlilik içinde doğmuş olarak kabul edilirler. Anne veya babanın iyiniyetli veya

⁸⁸ Aynı yönde, Öztan, ‘Batıl Evlenmeler’ (n 1) s. 202. Çelik, butlan hususunda kusurlu olan, yani evliliğin butlanı ile sonuçlanmasında katkısı olan ya da bu durumu bilen eşin, TMK m 158/ f 1 dolayısıyla böyle bir hakkının olmaması ve eşinin soyadını kullanamaması gerektiğini belirtmektedir. Bkz Çelik (n 4) 343.

⁸⁹ Hatemi ve Serozan (n 4) 156.

⁹⁰ Korkutulan eşin, korkutmanın etkisi devam ederken öldüğü durumlarda, onun mirasçılara nisbi butlan davası açma hakkının tanınmamasının veya onun terekesinden korkutan eşin bir şey alamayacağını belirtilmesinin yerinde olacağı yönünde, Hatemi (n 8) 80, N 310.

⁹¹ Aynı yönde, Çelik (n 4) 267-268.

⁹² Kılıçoğlu, *Yenilikler* (n 79) 10.

⁹³ Kılıçoğlu, *Yenilikler* (n 79) 10.

⁹⁴ Demirbaş (n 6) 155.

kötüniyetli olması bu hususta önem taşımaz (TMK m 157/ f 1). Butlanla sakat bir evlilikten doğan çocuklar ile butlanla sakat olmayan evlilikten doğan çocuklar aynı haklara sahiptirler⁹⁵. Buna göre evlilik devam ederken veya butlan kararının kesinleşmesinden itibaren üç yüz gün içerisinde doğan çocukların babası, korkutma ile batıl evlilikteki kocadır (TMK m 285/ f 1).

Evliliğin korkutma sebebiyle butlanı kararı üzerine, çocuklar ile ana ve baba arasındaki ilişkilere boşanmaya ilişkin hükümler uygulanır (TMK m 157/ f 2). Boşanma sonucu çocuklar ile ana ve baba arasındaki ilişkilerle ilgili hüküm TMK m 182’de yer almaktadır. Maddeye göre “*Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak bulundukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler/ Velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararları esas tutulur. Bu eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır./ Hâkim, istem hâlinde irat biçiminde ödenmesine karar verilen bu giderlerin gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini karara bağlayabilir*”. Görüldüğü üzere çocuklar ile ilişki kurulmasında eşlerin kusurunun rolü bulunmamaktadır. Burada belirleyici olan tek husus çocukların menfaatidir⁹⁶. Bu sebeple üzerinde korkutan sıfatını taşıyan eş, her ne kadar evliliğin butlanla sakat olmasında kusurlu olsa da çocuklarıyla kişisel ilişki kurabilecek, hatta şartları varsa onların velayetini dahi alabilecektir⁹⁷.

Eşler arasındaki evliliğin butlan kararı ile sona ermiş olması, onların çocuklarının bakım masraflarına katılma yükümlülüklerini de ortadan kaldırmamaktadır. Çocukları yanında kalmayan ebeveyn evliliğin butlan kararı sonucu sona ermesine bağlı olarak iştirak nafakası ödemekle yükümlü tutulabilecektir. Bu nafakanın belirlenmesinde çocukların ihtiyaçları ile eşlerin mali güçleri dikkate alınmaktadır. Buna göre çocukların korkutan eşin yanında bulunup, korkutulan eşin mali gücünün iyi olduğu durumlarda, korkutulan eş çocukları için korkutan eşe iştirak nafakası ödemek zorunda kalabilecektir.

IV. Korkutma İlgili Olarak İsviçre Hukukunda Yaşanan Son Gelişme ve Bunun Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

1. Genel Olarak

İsviçre Medeni Kanunu, Türk Medeni Kanunu’nun kaynağını teşkil ettiği için Türk öğretisi ile uygulamasında son derece önemli bir yere sahiptir. Zira ileride Türk

⁹⁵ Götz (n 2) ZGB Art 133, N 3; Öztan, *Aile Hukuku* (n 4) 636.

⁹⁶ Dural, Ögütüz ve Gümüş, 2005 (n 2) 142; Dural, Ögütüz ve Gümüş, 2021 (n 2) 145, N 753.

⁹⁷ Dural, Ögütüz ve Gümüş, 2005 (n 2) 141, 142 vd.; Dural, Ögütüz ve Gümüş, 2021 (n 2) 146, N 754, 146-148, N 758a vd.

Medeni Kanunu'nda bir değişiklik yapılması gerekirse, bu kanundan yararlanılması çok muhtemeldir.

İsviçre hukukunda “Zorla Evliliklere Karşı Tedbirler Hakkında Kanun/ Bundesgesetz über Massnahmen gegen Zwangsheiraten”⁹⁸ 15 Haziran 2012 tarihinde kabul edilip, 1 Temmuz 2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁹⁹. Bu kanun ile İsviçre hukukunda çok sayıda değişiklik yapılmıştır. İşte bunlardan biri de bu çalışmanın konusunu ilgilendiren korkutma ile ilgilidir.

Aşağıda öncelikle Zorla Evliliklere Karşı Tedbirler Hakkında Kanun çerçevesinde korkutma ile ilgili olarak nelerin değiştirildiği açıklanmış, sonrasında ise Türk hukuku açısından değerlendirmelerde bulunulmuştur.

2. İsviçre’de Zorla Evliliklere Karşı Tedbirler Hakkında Kanun İle Korkutma Açısından Yapılan Değişiklikler

Korkutma, İsviçre Medeni Kanunu'nda “Zorla Evliliklere Karşı Tedbirler Hakkında Kanun öncesinde aZGB Art 107/ Ziff 4'te “*sürelî geçersizlik (befristete Ungültigkeit)/ nisbi butlan*” sebebi olarak düzenlenmişti¹⁰⁰. Nitekim aZGB Art 107/ Ziff 4'te, eşin, kendisinin veya kendisine yakından bağlı olan kişilerden birinin hayatına, sağlığına veya onuruna yönelik yakın ve ciddi bir tehlike sebebiyle evlenmek zorunda kaldığı durumlarda, evliliğin geçersiz sayılmasını talep edebileceği belirtilmişti¹⁰¹.

Zorla Evliliklere Karşı Tedbirler Hakkında Kanun kapsamında İsviçre Medeni Kanunu'nda yapılan revizyon ile birlikte korkutmaya ilişkin aZGB Art 107/ Ziff 4 hükmü yürürlükten kaldırılmış, yerine ZGB Art 105/ Ziff 5 hükmüne yer verilmiştir. ZGB Art 105/ Ziff 5'te belirtildiği üzere, “*Eşlerden biri kendi özgür iradesiyle evlenmemişse*” süresiz geçersizlik (unbefristete Ungültigkeit)/ mutlak butlan sebebi bulunmaktadır¹⁰². Görüldüğü üzere ilgili kanun kapsamında yapılan revizyonun sonucunda İsviçre Medeni Kanunu'nda korkutmayı da içerisine alan,

⁹⁸ Bkz <https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2013/226/de>, Erişim tarihi 05 Ağustos 2021.

⁹⁹ Bu kanun Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin evliliğin eşlerin özgür ve tam rızasına dayanmaması durumunda, zorla evliliğin var olduğunu belirten 1468 sayılı kararından yola çıkılarak hazırlanmıştır. Bkz. Geiser (n 13) ZGB Art 105, N 17; Ayrıca bkz Böhler (n 51) 726.

¹⁰⁰ Andrea Lanz Müller, ‘Art. 105’, in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Fankhauser (Hrsg.), *Orell Füssli Kommentar, ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (3. Auflage Orell Füssli Verlag AG 2016) ZGB Art 105, N 8; Stefan Keller, ‘Art. 105’, in Peter Breitschmid und Alexandra Rumo-Jungo (Hrsg.), *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz, Art. 1-456 ZGB - PartG* (3. Auflage Schulthess Verlag AG 2016) ZGB Art 105, N 6.

¹⁰¹ Bkz aZGB Art 107/ Ziff 4 “*Ein Ehegatte kann verlangen, dass die Ehe für ungültig erklärt wird, wenn er: 4. die Ehe geschlossen hat, weil er mit einer nahen und erheblichen Gefahr für das Leben, die Gesundheit oder die Ehre seiner selbst oder einer ihm nahe verbundenen Person bedroht wurde.*”

¹⁰² Bkz ZGB Art 105/ Ziff 5 “*Ein Ungültigkeitsgrund liegt vor, wenn: 5. ein Ehegatte die Ehe nicht aus freiem Willen geschlossen hat*”.

ancak korkutmaya göre çok daha kapsamlı olan “zorla evlenme” kurumuna süresiz geçersizlik (unbefristete Ungültigkeit)/ mutlak butlan sebebi olarak yer verilmiştir¹⁰³.

ZGB Art 105/ Ziff 5 çerçevesinde bir evliliğin geçersiz olması için evliliğe yönelik zorlamanın aZGB Art 107/ Ziff 4’te olduğu gibi, kişinin kendisinin veya yakınlarından birinin belirli kişilik değerlerini hedef alması şart değildir. Zorlama sonucu karşı karşıya kalınan tehlikenin, zorlanan eşin irade özgürlüğünü ortadan kaldıracak ağırlıkta olması ZGB Art 105/ Ziff 5’in uygulama alanı bulması için yeterlidir¹⁰⁴. Zorlamaya dayalı ağır zarar tehlikesinin varlığının kabul edilebilmesi için, yaratılan tehlikenin açık olması da gerekmez; durum ve şartlardan da böyle bir tehlikenin var olduğu anlaşılabiliriyorsa bu yeterlidir¹⁰⁵. Dolayısıyla zorlamaya ilişkin ZGB Art 105/ Ziff 5 hükmü, belirli korkutmaların geçersizlik sebebi olarak kabul edilmesi sebebiyle kısıtlı bir şekilde uygulanabilen aZGB Art 107/ Ziff 4’e göre geniş bir uygulama alanına sahip olmakta, malvarlığına yönelik korkutmalar ile korkutma niteliği taşımamasına rağmen evliliğe yönelik iradenin özgür bir biçimde oluşmasını etkileyen sosyal, psikolojik ve duygusal baskılarda da dikkate alınmaktadır¹⁰⁶.

ZGB Art 105/ Ziff 5’in eşlerin evlenme yönündeki iradelerinin oluşumu aşamasındaki zorlamaları dikkate aldığı belirten açık ifadesi karşısında, evliliğin yapılmasından sonra ortaya çıkan zorlamalarda süresiz geçersizlik (unbefristete Ungültigkeit)/ mutlak butlan söz konusu olmamaktadır¹⁰⁷.

ZGB Art 105/ Ziff 5’in somut olayda uygulama alanı bulmasını sağlayan belirleyici faktör, zorlamanın, eşlerin evlenip evlenmeme yönündeki kararlarını hangi ölçüde etkilediğidir¹⁰⁸. Bu konuda zorlamaya maruz kalan eşin subjektif durumu dikkate alınır¹⁰⁹.

ZGB Art 105/ Ziff 5 kapsamında zorla yapılan evliliğin geçersizliğini resmi makamlar (eşlerin yerleşim yeri yetkili kanton makamı) ile ilgisi olan herkes

¹⁰³ Bu konuda bkz Lanz Müller, 3. Auflage (n 100) ZGB Art 105, N 8; Keller, 3. Auflage (n 100) ZGB Art 105, N 6; Tuor, Schnyder, Schmid und Jungo (n 17) 198-199, N 16; Ayşe Havutçu, ‘Mukayeseli Hukuktaki Gelişmeler Işığında Türk Medeni Kanunu Açısından Zorla Evlenme Probleminin Değerlendirmesi’ (2013) 8 (Özel) Yaşar Üniversitesi E-Dergisi 1368 vd.

¹⁰⁴ Geiser (n 13) ZGB Art 105, N 19; Havutçu (n 103) 1371. Ayrıca bkz Lanz Müller, 3. Auflage (n 100) ZGB Art 105, N 8; Keller, 3. Auflage (n 100) ZGB Art 105, N 6; Andrea Büchler und Patrick Brozzo, ‘Art. 105’, in Andrea Büchler und Dominique Jakob (Hrsg.), *Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (2. Auflage Helbing Lichtenhahn Verlag 2017) ZGB Art 105, N 8.

¹⁰⁵ Havutçu (n 103) 1371.

¹⁰⁶ Geiser (n 13) ZGB Art 105, N 17, 18; Lanz Müller, 3. Auflage (n 100) ZGB Art 105, N 8; Keller, 3. Auflage (n 100) ZGB Art 105, N 6; Büchler und Brozzo, 2. Auflage (n 104) ZGB Art 105, N 8, 9; Büchler (n 51) 726. Ayrıca bkz Mustafa Ruhan Erdem ‘Zorla Evlilik Ayırı Bir Suç Olarak Düzenlenmeli Mi? Almanya Örneği: Zorla Evlendirme İle Mücadele Kanunu’, (2013) 11 (111), Fasikül Hukuk Dergisi 416.

¹⁰⁷ Tuor, Schnyder, Schmid und Jungo (n 17) 199, N 17; Keller, 3. Auflage (n 100) ZGB Art 105, N 6.

¹⁰⁸ Tuor, Schnyder, Schmid und Jungo (n 17) 199, N 17; Keller, 3. Auflage (n 100) ZGB Art 105, N 6.

¹⁰⁹ Geiser (n 13) ZGB Art 105, N 18, 19; Tuor, Schnyder, Schmid und Jungo (n 17) 199, N 17.

tarafından (ZGB Art 106/ Abs 1) ileri sürebilmektedir¹¹⁰. Oysa aZGB Art 107/ Ziff 4'e göre evliliğin geçersizliğini kural olarak sadece korkutma teşkil eden fiile maruz kalan eş (aZGB Art 107/ Abs 1 ve aZGB Art 108/ Abs 1) isteyebilmektedir. Yine ZGB Art 105/ Ziff 5 kapsamında zorla yapılan evliliğin geçersizliği herhangi bir hak düşürücü süre ile sınırlı olmaksızın her zaman (ZGB Art 106/ Abs 3) talep edilebilmektedir. Buna karşılık aZGB Art. 107/ Ziff 4'e dayalı geçersizlik davası açma hakkı ise, korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak altı ay ve her halükarda evliliğin üzerinden beş yıl geçmekle düşmekteydi (aZGB Art 108/ Abs 1). Bu bakımdan ZGB Art 105/ Ziff 5 ile hem evliliğin geçersizliğini ileri sürebilecek kişiler genişletilmiş, hem de hak düşürücü süre sınırı ortadan kaldırılmıştır.

3. Türk Hukuku Açısından Değerlendirme

Yukarıda tanımına, şartlarına ve sonucuna yer vermiş olduğumuz korkutmaya evliliğin nisbi butlanına yol açan sebepler arasında yer verilmesinin sebebi temelde kişilerin evlenme yönündeki iradelerinin tam ve özgür bir şekilde oluşmasına kanuni güvence sağlamaktır¹¹¹. Zira ancak bu sayede kişilerin istemedikleri bir evliliği yapmalarının önüne geçilebileceği düşüncesi hakimdir. Bu kapsamda kişilerin evlilik yapıp yapmayacaklarına ve kiminle evleneceklerine hiç kimsenin baskısı ve zorlaması olmaksızın kendi özgür iradeleriyle karar verebilmeleri gerekmektedir¹¹².

Korkutma ile ilgili TMK m 151'e bakılacak olursa, söz konusu maddede sadece kişilik hakkına dahil olan belirli değerlere yönelik korkutmaların evliliğin nisbi butlanına sebebiyet vereceğinin belirtilmesi karşısında, kişilere istemedikleri evliliklere karşı gerçek manada bir koruma sağlanamamaktadır¹¹³. Kişilerin TMK m 151'in kapsamı dışında kalan korkutmalara veya korkutma niteliği taşımayan sosyal baskı, aile tarafından dışlanma, reddedilme gibi çeşitli baskılara maruz kalmaları sebebiyle de evlenmek zorunda kalmaları pek muhtemel dâhilindedir¹¹⁴. İşte bu gibi durumlarda, TMK m 151'in kapsamına girmeyen korkutma veya baskılar sebebiyle evlilik yapmak zorunda kalan kişi, butlan davası açma imkânından yoksun olduğu için, boşanma davası açmaktan başka bir çaresi kalmayacaktır¹¹⁵. Boşanma davası, korkutmaya dayalı nisbi butlan davasına göre daha karmaşık ve sıkıntılı bir sürece sebep olmakta, yine yıllarca sürebilmektedir. Çünkü boşanma davasında

¹¹⁰ Geiser (n 13) ZGB Art 105, N 1; Büchler und Brozzo, 2. Auflage (n 104) ZGB Art 105, N 1; Keller, 3. Auflage (n 100) ZGB Art 105, N 1, 6; Heinz Hausheer, Thomas Geiser und Regina A. Aebi-Müller, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (6. Auflage Stämpfli Verlag AG 2018) 62, N 05.21.

¹¹¹ Havutçu (n 103) 1376.

¹¹² Havutçu (n 103) 1341; Özge Yücel, 'Evlenmede Özgür İrade Yanılsaması', in Ozan Erözden, Salih Haydar Günler, Mustafa Ebrar Palteki ve Cem Uysal (ed), *Özgür İrade? Hukuk, Nörobilim, Psikoloji ve Ötesi* (1. Bası Zoe Yayıncılık 2021) 232.

¹¹³ Havutçu (n 103) 1369, ayrıca bkz 1376-1377. Ayrıca bkz Özge Yücel, 'Medeni Hukuk Açısından Toplumsal Cinsiyet, Şiddet ve Ayrımcılık', in Gülriz Uygur ve Nadire Özdemir (ed), *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları* (3. Bası Seçkin Yayınevi 2022) 337.

¹¹⁴ Büchler (n 51) 726; Havutçu (n 103) 1376-1377.

¹¹⁵ Yücel, *Özgür İrade* (n 112) 237-238.

evliliğin yapılmasından sonraki olaylar dikkate alınarak boşanmanın şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği ve eşlerin kusur durumu belirlenmektedir¹¹⁶. Bu durum ise, özellikle davalı eşin boşanmak istemediği durumlarda, dava açısından oldukça sorunlu bir sürecin yaşanmasına sebebiyet vermektedir. Buna karşılık korkutmaya dayalı nisbi butlan davasında ise, hâkim tarafından sadece TMK m 151 çerçevesinde ilgili eşin evlenme yönündeki iradesinin korkutma sebebiyle oluşup oluşmadığı hususu inceleneceğinden, evlilik son derece basit ve hızlı bir şekilde sona erdirilebilecektir.

Evlilik kurumu, tarafların yetkili evlendirme memurları önünde sadece evet şeklinde irade beyanında bulunmalarıyla meydana gelen bir hukuki işlem değildir. Kişilerin evliliğe yönelik kararlarında psikolojik durumları ile ailevi, toplumsal, kültürel, ekonomik, dini, hatta siyasi şartlar da son derece etkin bir rol oynayabilmektedir¹¹⁷. Örneğin, yoksul ailelerde doğan kız çocukları ekonomik bir yük olarak görüldükleri için gelir elde etmek veya statü atlamak amacıyla evlendirilebilmektedir. Bu bakımdan aslında bir evlilik, kişilerin çok etkenli, karmaşık bir sürecin sonucunda almış oldukları olumlu yöndeki kararlarına bağlı olarak hukuki bir geçerlilik kazanmaktadır. Dolayısıyla bu aşamada yapılan bir baskı, korkutma niteliği taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, evlilik kararının alınması sürecinde kişinin iradesi üzerinde olumsuz bir etki yaratmakta, yani iradenin tam ve özgür bir şekilde meydana gelmesini engellemektedir¹¹⁸. Örneğin, ülkemizde görücü usulü evlilikler yaygın bir şekilde görülmektedir¹¹⁹. Görücü usulünde, kişi, ailesinin, akrabalarının veya arkadaşlarının aracılığı sonucunda müstakbel eş adayıyla tanışmakta ve onunla evlilik yapıp yapmamaya karar vermektedir. İşte bu gibi durumlarda, kişi, kendisiyle tanıştırılmış olan eş adayıyla evlenmek istememesine rağmen ailesinin baskısı ve zorlaması sonucunda evet demek zorunda kalırsa, yapmış olduğu evliliğin kendi özgür iradesine dayandığından bahsedilemez¹²⁰.

Bir evlilik yapıp yapmamaya ile ilgili karar alma sürecinde olması gereken, kişilerin evlenme yönündeki iradelerinin her türlü baskı ile yönlendirmelerden uzak bir şekilde meydana gelmesidir¹²¹. Bu sebeple yapılan evliliğin kişinin özgür iradesine dayanmadığının kabulü için sadece TMK m 151'in kapsamına giren bir korkutmanın bulunması şart olarak aranmamalıdır. Kişiyi evlenmeye zorlayan TMK m 151'in kapsamına girmeyen korkutmalarla, korkutma niteliği taşımayan baskılarda

¹¹⁶ Öztan, *Aile Hukuku* (n 4) 584.

¹¹⁷ Geiser (n 13) ZGB Art 105, N 19; Havutçu (n 103) 1354-1355; Yücel, *Özgür İrade* (n 112) 229, 230, 237.

¹¹⁸ Yücel, *Özgür İrade* (n 112) 237.

¹¹⁹ Görücü usulü evlilikler konusunda bkz Havutçu (n 103) 1352-1353; Erdem, *Zorla Evlilik* (n 106) 416; Meral Ekici Şahin, 'Ceza Hukuku ve Zorla Evlendirme', *Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, Cilt I* (1. Bası Ankara Üniversitesi Yayınları 2015) 400-401.

¹²⁰ Havutçu (n 103) 1353; Erdem, *Zorla Evlilik* (n 106) 416; Ekici Şahin (n 119) 401.

¹²¹ Geiser (n 13) ZGB Art 105, N 17; Yücel, *Özgür İrade* (n 112) 234.

da özgür iradeden bahsedilemez¹²². Keza, TMK m 151’de belirtilen sınırlı hallerde korkutmaya dayanılarak evliliğin butlanının talep edilebilmesi, evlenmede baskıya bir nevi tolerans gösterilmesi anlamına da gelmektedir¹²³.

TMK m 151’de sadece belirli korkutmaların evliliğin butlanı sebebi olarak kabul edilmesinin yanında, söz konusu hükme nisbi butlan sebepleri arasında yer verilmesi de kişilerin irade özgürlüğünün korunması amacına hizmet etmemektedir. Çünkü korkutmanın nisbi butlan sebebi olarak düzenlenmesinin sonucunda butlan davasını sadece korkutmaya maruz kalan eş açabilmekte, Cumhuriyet savcılarını diğer ilgililere bu imkân tanınmamaktadır. Bu durum ise, korkutulan eşin butlan davası açmadığı durumlarda evlilik her ne kadar özgür iradeyle yapılmamış olsa da evliliğin geçerliliğini sürdüreceği anlamına gelmektedir¹²⁴. Zira korkutulan eş, çeşitli etkenlerin etkisinde kalarak, özellikle de ailevi, ekonomik ve dini çekincelerle nisbi butlan davasını açmaktan kaçınabilecektir¹²⁵. Korkutmaya maruz kalan eş, korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan itibaren işlemeye başlayacak altı aylık bir süre içerisinde iptal davası açmaya zorlamak da gerçekçi bir çözüm değildir. Korkutulan eşin dava açmak için hemen harekete geçememesi ve daha uzun bir süreye ihtiyaç duyması pek muhtemeldir¹²⁶.

En nihayetinde Yargıtay¹²⁷ ile BAM¹²⁸ kararlarına bakıldığında, korkutmaya dayalı evliliğin nisbi butlanı davalarına çok nadir durumlarda başvurulduğu, başvuruyla bile genellikle olumsuz sonuçlandığı görülmektedir. Bu çerçevede Havutçu’nun da haklı olarak belirttiği üzere¹²⁹ denilebilir ki, korkutmaya dayalı nisbi butlan davasına ilişkin TMK m 151 hükmü uygulamada çok sınırlı bir işleve sahiptir.

O halde açıkladığımız olduğumuz tüm bu gerekçelerin sonucunda diyebiliriz ki, kişilerin evlenmeye yönelik iradelerinin tam ve özgür bir şekilde oluşması gerçekten güvence altına alınmak isteniyorsa, tıpkı İsviçre hukukunda olduğu gibi sadece belirli

¹²² Yücel, *Özgür İrade* (n 112) 234.

¹²³ Yücel, *Özgür İrade* (n 112) 236.

¹²⁴ Havutçu (n 103) 1370.

¹²⁵ Yücel, *Özgür İrade* (n 112) 241-242.

¹²⁶ Havutçu (n 103) 1377.

¹²⁷ Tespit edebildiğimiz bazı örnek bazı kararlar: Yargıtay 2 HD, 15742/ 16145, 19.12.2016 (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi 28 Aralık 2021); Yargıtay 2 HD, 751/ 6050, 18.03.2014 (www.karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi 28 Aralık 2021); Yargıtay 2 HD, 11502/ 16250, 14.06.2012 (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi 28 Aralık 2021); Yargıtay 2 HD, 3446/ 10315, 19.04.2012 (www.karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi 28 Aralık 2021); Yargıtay 2 HD, 19722/ 4125, 28.02.2012 (Yayınlanmamış Karar); Yargıtay 2 HD, 11544/ 17117, 26.10.2011 (www.karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi 28 Aralık 2021); Yargıtay 2 HD, 2995/ 3882, 07.03.2011 (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi 28 Aralık 2021); Yargıtay 2 HD, 9466/ 12636, 29.06.2009 (www.karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi 28 Aralık 2021); Yargıtay 2 HD, 5461/ 6748, 04.11.1961 (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi 28 Aralık 2021); Yargıtay 2 HD, 5496/ 6746, 02.11.1961 (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi 28 Aralık 2021).

¹²⁸ Tespit edebildiğimiz bazı örnek bazı kararlar: Adana 2 BAM, 2092/ 1428, 07.10.2020 (Yayınlanmamış Karar); Antalya 2 BAM, 690/ 688, 17.04.2019 (Yayınlanmamış Karar); İstanbul 38 BAM, 448/ 331, 10.03.2020 (Yayınlanmamış Karar); Ankara 2 BAM, 203/ 796, 25.04.2019 (Yayınlanmamış Karar); Gaziantep 2 BAM, 343/ 1563, 22.09.2018 (Yayınlanmamış Karar); Samsun 4 BAM, 1306/ 1396, 14.07.2017 (Yayınlanmamış Karar).

¹²⁹ Havutçu (n 103) 1377-1378.

korkutmaların değil, iradenin oluşumuna yönelik tüm baskıların dikkate alındığı bir hükme re'sen ve hak düşürücü bir süreye tabi olmayan bir mutlak butlan sebebi olarak Türk Medeni Kanunu'nda yer verilmesi son derece isabetli olacaktır¹³⁰.

Sonuç

Bir evlilik evlenmek isteyen kişilerin evlendirme memuru ile iki tanığın önünde olumlu yönde sözlü beyanda buldukları anda kurulmaktadır. Ancak söz konusu evliliğin geçerli olarak meydana gelebilmesi için, eşlerin evlenme yönündeki iradelerinin hiçbir baskı altında kalmadan, özgür bir biçimde oluşması gereklidir. Bazı durumlarda eşlerden biri, diğer eşin veya üçüncü bir kişinin korkutma teşkil eden bir fiiline maruz kalarak istemediği bir evliliği yapmak zorunda kalmış olabilir. Korkutmada kişinin iradesinin oluşumu aşamasında bir sakatlık bulunmaktadır. Korkutma, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) m 151'de evliliğin nisbi butlanı sebeplerinden biri olarak düzenlenmiştir.

Korkutma, bir kişinin, başka bir kişiye, kendisinin veya yakınlarından birinin hayatına, sağlığına veya namusuna ve onuruna yönelik pek yakın ve ağır bir zarar tehlikesine maruz kalacağını bildirerek, onun evlenmeye razı olmasını kasten ve hukuka aykırı olarak sağlamasıdır.

Korkutmanın bir evliliğin nisbi butlanına sebep olabilmesi için gerekli olan şartlar temelde TMK m 151'de düzenlenmiştir. Ancak bu düzenleme bize korkutmanın bütün şartlarını vermekte yetersiz kalmaktadır. Bu yüzden korkutmanın şartları belirlenirken TMK m 151'in yanında, doktrinde yer alan görüşlerden ve yargı kararlarından da yararlanılmıştır.

İlk olarak, eşlerden birinin veya üçüncü bir kişinin korkutma teşkil eden bir fiili bulunmalıdır. Üçüncü kişinin korkutan olduğu durumlarda evliliğin TMK m 151 gereğince iptalinin talep edilebilmesi için lehine korkutma yapılan diğer eşin korkutmayı bilmesi şart değildir.

İkinci olarak, korkutanın korkutma kastı bulunmalıdır. Bununla birlikte korkutanın evliliğe razı etmek istediği eşe veya onun yakınlarına gerçekten zarar verme amacının bulunması şart değildir.

Üçüncü olarak, korkutma diğer eşin şahsına ya da bir yakınının hayatına, sağlığına, namusuna ya da onuruna yönelik olarak yapılmış olmalıdır. TMK m 151'de belirtilen kişilik değerleri dışında kalan diğer kişilik değerleri ile malvarlığına yönelik korkutmalarda ve korkutanın yakını kapsamına girmeyen kişilerde TMK m 151 hükmü uygulama alanı bulmaz.

¹³⁰ Aynı yönde, Havutçu (n 103) 1380.

Dördüncü olarak, korkutma korkutulan için pek yakın ve ağır bir tehlike arz etmelidir. Korkutmanın ağır olup olmadığının belirlenmesinde evlenmeye razı edilen eşin sübjektif durumu dikkate alınır.

Beşinci olarak, korkutma teşkil eden fiil ile evlilik arasında illiyet bağının bulunmalıdır. Yani korkutulan eş korkutmanın sonucunda evlilik yapmaya razı olmuş olmalıdır.

Son olarak, korkutma hukuka aykırı olmalıdır. Korkutma teşkil eden fiilin suç veya haksız fiil teşkil ettiği durumlarda hukuka aykırılığın bulunduğu şüphe bulunmamaktadır. Yine korkutan bir hakkını veya kanundan doğan bir yetkisini kullanacağını belirterek de hukuka aykırı bir korkutmada bulunabilir. Bir hakkın veya kanundan doğan bir yetkinin kullanılacağı belirtilerek yapılan korkutma TMK m 151’de belirtilen değerlerden sadece namus ve onurla ilgili olarak söz konusu olabilmektedir.

Yukarıda belirtilen şartların bulunması durumunda, korkutma altında yapılan evlilik nisbî butlanla sakat bir evlilik niteliğini taşımaktadır. Ancak her ne kadar korkutma altında yapılan evlilik nisbî butlanla sakat olsa da kendiliğinden hükümsüz olmamaktadır. Evliliğin hükümsüzlüğünün sağlanması için korkutulan tarafından nisbî butlan davasının açılması gerekmektedir. Kanun koyucu TMK m 152’de korkutmaya dayalı nisbi butlan davasının açılmasını belirli sürelerle tabi tutmuştur. TMK m 152’ye göre korkutulan eşin butlan davası açma hakkı, korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı tarihten başlayarak altı ay ve her hâlde evlenmenin üzerinden beş yıl geçmekle düşmektedir.

Mahkeme tarafından evliliğin korkutma sebebiyle butlanına karar verilmesiyle birlikte, evlilik ileriye etkili bir şekilde (ex nunc) sona erer ve evlilik, hâkimin iptal kararına kadar geçerli bir evliliğin tüm sonuçlarını doğurur (TMK m 156).

Mahkeme tarafından evliliğin butlanına karar verilmesi sonucunda eşler tekrar evlenebilirler. Bununla birlikte eşler için kayın hısımlığına dayalı evlenme engeli devam eder.

Evliliğin butlanı kararı verilmesine bağlı olarak, korkutulan eş ile evlenirken iyiniyetli olan diğer eş bu evlenme ile kazanmış olduğu kişisel durumunu korur.

Korkutulan eş evliliğin butlanı sonucunda eşinden maddi ve/ veya manevi tazminat talep edebilir. Ancak bunun için diğer eşin korkutan sıfatını üzerinde taşıyor veya üçüncü kişi korkutan olmakla birlikte diğer eşin bu durumu biliyor veya gerekli özeni gösterdiği takdirde bilebilecek durumda olması gerekmektedir.

Korkutulan eş, diğer eşin üzerinde korkutan sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın ondan nafaka talep edebilmektedir. Çünkü Kanun koyucu nafaka ödenmesi için nafaka yükümlüsünün kusurlu olmasını şart olarak aramamaktadır.

Evliliğin korkutma sebebiyle butlanına karar verildiği durumlarda, korkutmaya maruz kalan eş kadın ise, o butlana rağmen eşinin soyadını kullanmasına izin verilmesini talep edebilir. Keza korkutma teşkil eden fiilde bulunan kişinin kadın olduğu durumlarda da, onun evliliğin butlanı kararından sonra eşinin soyadını taşımasına herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır. Çünkü TMK m 173/ f 2’de talepte bulunan eşin kusurlu olmaması veya daha az kusurlu olması şart olarak aranmamıştır

Korkutulan eşin evlenmenin butlanını dava etme hakkı onun mirasçılara geçmez. Ancak, mirasçılar korkutulan tarafından açılmış olan davayı sürdürebilirler. Dava sonucunda evlenme sırasında iyiniyetli olmadığı anlaşılan sağ kalan eş, yasal mirasçı olamayacağı gibi, daha önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendisine sağlanan hakları da kaybeder. Sağ kalan eşin iyiniyetli olmaması korkutma teşkil eden fiili bizzat gerçekleştirerek korkutan sıfatını üzerinde taşıdığı veya üçüncü kişinin korkutmasını bildiği durumlarda söz konusu olmaktadır.

Mahkemece korkutma sebebiyle butlanına karar verilen evlilikten doğan çocuklar evlilik içinde doğmuş olarak kabul edilirler. Bu hususta anne veya babanın iyiniyetli ya da kötüniyetli olması önem arz etmemektedir.

Evliliğin korkutma sebebiyle iptal edilmesinde kusurunun bulunup bulunmamasına bakılmaksızın her iki eş de çocuklarıyla kişisel ilişki kurabilir, hatta şartları varsa onların velayetini alabilir.

Eşler arasındaki evliliğin butlan kararı ile sona ermiş olması, onların çocuklarının bakım masraflarına katılma yükümlülüklerini ortadan kaldırmamaktadır. Bu açıdan eşlerin nafaka ödemekle yükümlü olmasında onların korkutan veya korkutulan sıfatını üzerinde taşıyor olması önem arz etmemektedir.

En nihayetinde çalışma konumuzla ilgili olarak belirtebiliriz ki, kişilerin evlenmeye yönelik irade özgürlükleri Kanun koyucunun amacının aksine TMK m 151 hükmü ile yeterince korunamamaktadır Zira TMK m 151’de sadece belirli korkutmalar dikkate alınmış, yine bu hükmeye nisbi butlan sebepleri arasında yer verilmiştir. Bu çerçevede, tıpkı İsviçre hukukunda olduğu gibi (ZGB Art 105), sadece TMK m 151’de ifade edilen belirli korkutmaların değil, kişinin evlenme yönündeki iradesini etkileyen -korkutma niteliği taşıyan veya taşımasını- tüm baskıların dikkate alındığı bir hükmeye mutlak butlan sebebi olarak Türk Medeni Kanunu’nda yer verilmesi son derece yerinde olacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliography/Bibliyografya

- Akdemir P, *Kişilik Haklarının İhlalinden Elde Edilen Kazancın İadesi Davası* (1. Bası Vedat Kitapçılık 2014)
- Akıntürk T ve Ateş D, *Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku* (23. Bası Beta Yayınevi 2021)
- Akipek Öcal Ş, ‘Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Sona Erdiren Haller ve Sona Erme Anı’, (2019) 1 (1) ERÜHFSD 457-470
- Arsebük E, *Medeni Hukuk, Aile Hukuku, Kısım: 1* (1. Bası, Ankara Hukuk Fakültesi Neşriyatı 1940)
- Ataay A, ‘Evliliğin Hükümsüzlüğünün Sonuçları’ *Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu’na Armağan* (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1990)
- Aydos O S, ‘Paylaşmalı Mal Ayrılığında Tasfiye’, (2019) 1 (1) ERÜHFSD 485-499
- Belgesay M R, *Türk Kanunu Medenisi Şerhi, II, Aile Hukuku, Birinci Cilt, Evlenme-Boşanma-Evlenmenin Umumi Hükümleri* (3. Bası İstanbul Üniversitesi Yayınları 1950)
- Berki Ş, ‘Türk Medeni Hukukunda Evlenmede Mutlak Butlan’ (1962) 19 (1) AÜHFSD 201-231
- Biçer Yener I, *Boşanmada Maddi Tazminat* (1. Bası Seçkin Yayınevi 2020)
- Birsen K, *Medeni Hukuk Dersleri, Genel İlkeler-Şahsın Hukuku-Aile Hukuku* (6. Bası Yayınevi Yok 1966)
- Büchler A, ‘Zwangsehen in zivilrechtlicher und internationalprivat-rechtlicher Sicht’ (2007) (4) FamPra.ch 725-750
- Büchler A und Brozzo P, ‘Art. 107-108’, in Andrea Büchler und Dominique Jakob (Hrsg.), *Kurzkomentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (1. Auflage Helbing Lichtenhahn Verlag 2011)
- Büchler A und Brozzo P, ‘Art. 105’, in Andrea Büchler und Dominique Jakob (Hrsg.), *Kurzkomentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (2. Auflage Helbing Lichtenhahn Verlag 2017)
- Ceylan E, *Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları* (1. Bası Galatasaray Üniversitesi Yayınları 2006)
- Çelik N H, *Evlenmenin Hükümsüzlüğü* (1 Bası On İki Levha Yayıncılık 2021)
- Çınar Ö, ‘Hısımlıktan Doğan Evlenme Engeli ve Sonuçları’, in Ömer Teoman (ed), *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, I. Cilt* (Vedat Kitapçılık 2019)
- Demirbaş H, *Türk Borçlar Kanunu’nda Korkutmanın (İkrah) Şartları ve Sonuçları* (Yayınlanmamış Doktora Tezi 2012)
- Doğan M, *Şahsiyet Haklarına Tecavüzün Önlenmesi Davası* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 1993)
- Doğan M ve Okur S, ‘Türk ve Alman Hukukunda Evlenmenin Mutlak Butlan Sebepleri’ in Zeynep Dönmez, Ünsal Dönmez ve Michael Martinek (Hrsg.), *Türkisch-Deutscher Familienrechtskongress, 23.-25. Mai 2013* (Yayınevi Yok 2014)
- Dural M ve Ögüz T, *Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku* (20. Bası Filiz Kitabevi 2019)

- Dural M, Ögüz T ve Gümüş MA, *Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku* (1. Bası Filiz Kitabevi 2005)
- Dural M, Ögüz T ve Gümüş MA, *Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku* (16. Bası Filiz Kitabevi 2021)
- Durmuş R F, *Yenilik Doğuran Davalar* (1. Bası On İki Levha Yayıncılık 2021)
- Egger A, *Zürcher Kommentar, Personenrecht, Art. 1-89 ZGB* (2. Auflage Schulthess Verlag AG Zürich 1930)
- Egger A, *Zürcher Kommentar, Familienrecht, I. Abteilung, Das Eherecht, Art. 90-251* (2. Auflage Schulthess Verlag AG 1936)
- Ekcici Şahin M, 'Ceza Hukuku ve Zorla Evlendirme', *Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, Cilt I* (1. Bası Ankara Üniversitesi Yayınları 2015)
- Erdem M, *Aile Hukuku* (2. Bası Seçkin Yayınevi 2019)
- Erdem M R, 'Zorla Evlilik Ayrı Bir Suç Olarak Düzenlenmeli Mi? Almanya Örneği: Zorla Evlendirme İle Mücadele Kanunu', (2013) 11 (111), *Fasikül Hukuk Dergisi* 415-427
- Erdoğan İ ve Keskin A. D, *Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku*, (2. Bası Gazi Kitabevi 2019)
- Etter J, *Die Furchterregung nach schweizerischem Obligationenrecht* (1. Auflage Kanisiusdruckerei 1954)
- Feyzioğlu F N, Özakman C ve Sarial E, *Aile Hukuku* (3. Bası Filiz Kitabevi 1986)
- Geiser T, 'Art. 105', in Thomas Geiser und Christiana Fountoulakis (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Art 1-456 ZGB* (6. Auflage Helbing Lichtenhahn Verlag 2018)
- Gençcan Ö U, *4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Yorumu, 1. Cilt (Madde 1-184)* (1. Bası Yetkin Yayınevi 2021)
- Gezder Ü, *Türk Medeni Hukuku, Başlangıç-Kişiler-Aile Hukuku, Soruları ve Cevapları, Cilt I* (1. Bası Beta Yayınevi 2014)
- Gönen D, *Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması* (1. Bası On İki Levha Yayıncılık 2011)
- Gönensay A S, *Medeni Hukuk, Cilt 2, Aile Hukuku, Kısım I, Karı Koca* (1. Bası İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1937)
- Görmez G, *Türk Borçlar Hukukunda Yakın Kavramı* (1. Bası Turhan Kitabevi 2018)
- Götz E, *Berner Kommentar, Familienrecht, II. Band, I. Abteilung, Eheschliessung, Art. 90-136* (3. Auflage Stämpfli Verlag AG 1964)
- Gürbüz M, *Kişilik Hakkı Açısından Tıbbi Genetik Analizler* (Yayınlanmamış Doktora Tezi 2010)
- Hatemi H, *Aile Hukuku* (9. Bası On İki Levha Yayıncılık 2021)
- Hatemi H ve Serozan R, *Aile Hukuku* (1. Bası Filiz Kitabevi 1993)
- Hausheer H, Geiser T und Aebi-Müller R A, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (4. Auflage Stämpfli Verlag AG 2010)
- Hausheer H, Geiser T und Aebi-Müller R A, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (6. Auflage Stämpfli Verlag AG 2018)
- Havutçu A, 'Mukayeseli Hukuktaki Gelişmeler Işığında Türk Medeni Kanunu Açısından Zorla Evlenme Probleminin Değerlendirmesi' (2013) 8 (Özel) *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi* 1341-1382
- Hegnauer C und Breitschmid P, *Grundriss des Eherechts* (4. Auflage Stämpfli Verlag 2000)
- Helvacı S, *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar (MK md. 24/ a fıkra I/ İMK md. 28a/ fıkra I)* (1. Bası Beta Yayınevi 2001)
- İkizler M, *Evlenmenin Hükümsüzlüğü* (1. Bası Seçkin Yayınevi 2018)
- Kaya A, *Mal Ortaklığı Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi* (1. Bası Adalet Yayınevi 2021)

- Keller S, 'Art. 107', in Peter Breitschmid und Alexandra Rumo-Jungo (Hrsg.), *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes - und Erwachsenenschutzrecht, Art. 1-456 ZGB* (2. Auflage Schulthess Verlag AG 2012)
- Keller S, 'Art. 105', in Peter Breitschmid und Alexandra Rumo-Jungo (Hrsg.), *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz, Art. 1-456 ZGB - PartG* (3. Auflage Schulthess Verlag AG 2016)
- Kılıçoğlu A M, *Aile Hukuku* (5. Bası Turhan Kitabevi 2020)
- Kılıçoğlu A M, *Medeni Kanun'unuzumuzun Aile-Eşya-Miras Hukukuna Getirdiği Yenilikler* (3. Bası Turhan Kitabevi 2014)
- Köprülü B ve Kaneti S, *Aile Hukuku* (2. Bası Filiz Kitabevi 1989)
- Köroğlu E, 'Edinilmiş Mallara Katılma Rejimini Sona Erdiren Sebepler ve Bu Mal Rejiminin Sona Erme Anı', (2016) 11 (1) ERÜHFD 229-251
- Köroğlu E, *Türk Borçlar Hukukunda İrade Bozukluğu Hallerinden Korkutma* (1. Bası On İki Levha Yayıncılık 2020)
- Lanz Müller A, 'Art. 107-109', in Jolanta Kren Kostkiewicz, Peter Nobel, Ivo Schwander und Stephan Wolf (Hrsg.), *Orell Füssli Kommentar, ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (2. Auflage Orell Füssli Verlag AG 2011)
- Lanz Müller A, 'Art. 105', in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz und Roland Fankhauser (Hrsg.), *Orell Füssli Kommentar, ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (3. Auflage Orell Füssli Verlag AG 2016)
- a Marca J-C, 'Art. 107', in Pascal Pichonnaz et Bénédicte Foëx, (Editeur), *Commentaire romand Code civil I, Art. 1-359 CC* (1. édition Helbing Lichtenhahn Verlag 2010) (Für die deutsche Übersetzung siehe: www.legalis.ch, Erişim Tarihi 01 Mart 2022)
- Oğuzman K ve Dural M, *Aile Hukuku* (3. Bası Filiz Kitabevi 2001)
- Oğuzman K, Seliçi Ö ve Oktay-Özdemir S, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* (18. Bası Filiz Kitabevi 2019)
- Oğuzoğlu H. C, *Medeni Hukuk, Şahsın Hukuku-Aile Hukuku* (5. Bası Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1963)
- Önen E, *İnşaat Dava* (1. Bası Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1981)
- Özgül M E, *Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu* (On İki Levha Yayıncılık 2010)
- Öztan B, 'Batıl Evlenmelerde Eşlerin Durumu', (1969) 26 (1) AÜHFD 193-215
- Öztan B, *Aile Hukuku* (6. Bası Turhan Kitabevi 2015)
- Saymen H F ve Elbir H K, *Türk Medeni Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku* (2. Bası Hak Kitabevi 1960)
- Schwarz A B, *Aile Hukuku I*, Çev. Bülent Davran (2. Bası İstanbul Üniversitesi Yayınları 1946)
- Schwenzer I, 'Das clean break - Prinzip im nahehehlichen Vermögensrecht' (2000) (4) FamPra.ch 609-627
- Schwenzer I und Fankhauser R, *FamKomm, Scheidung, Band I: ZGB* (3. Auflage Stämpfli Verlag AG 2017)
- Tandoğan H, *Aile Hukuku, Ders Notları*, Düz. Nuşin Ayiter (1. Bası Yayınevi Yok 1966)
- Tekinay S S, *Türk Aile Hukuku* (4. Bası İstanbul Üniversitesi Yayınları 1982)
- Tuor P, Schnyder B, Schmid J und Jungo A, *ZGB, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (14. Auflage Schulthess Verlag AG 2015)
- Velidedeoğlu H V, *Türk Medeni Hukuku, Cilt II, Aile Hukuku* (5. Bası Yayınevi Yok 1965)

Yücel Ö, 'Evlenmede Özgür İrade Yanılsaması', in Ozan Erözden, Salih Haydar Günler, Mustafa Ebrar Palteki ve Cem Uysal (ed), *Özgür İrade? Hukuk, Nörobilim, Psikoloji ve Ötesi* (1. Bası Zoe Yayıncılık 2021)

Yücel Ö, 'Medeni Hukuk Açısından Toplumsal Cinsiyet, Şiddet ve Ayrımcılık', in Gülriz Uygur ve Nadire Özdemir (ed), *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları* (3. Bası Seçkin Yayınevi 2022)



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 09.08.2021
Revizyon Talebi: 17.09.2021
Son Revizyon Tarihi: 14.08.2022
Kabul: 14.08.2022

Kamu Alımlarında COVID 19 Tedbirleri: Sürdürülebilir Alımlar için Düzenlemeler

Muhammed Çelik* , Mehmet Yüce**

Öz

COVID 19 salgını tüm ülkelerde olduğu gibi Türkiye’de de varlığını göstermesiyle birlikte başta sağlık sektörü olmak üzere devlet yönetiminin her alanında etkisini hissettirmiştir. Birleşmiş Milletler tarafından kalkınmanın ve sürdürülebilirliğin önemli bir aracı olarak görülen kamu ihaleleri de hem tıbbi malzeme alımları hem de kalkınmanın devamlılığının sağlanması açısından bu dönemde oldukça önemli olmuştur. Bu nedenle hükümetler, kamu ihaleleri ile ilgili süreçlerin ekonomik şartlarına uygun, verimli ve etkin olarak yönetilmesi için bir dizi önlem almıştır. Önlemler, kamu alımlarında sürdürülebilirliği sağlamak için öncelikle ihalelerdeki şekil ve usulle ilgili olmakla birlikte mali önlemleri de kapsayan düzenlemeleri içermektedir. Kamu alımları ile ilgili alınan önlemlerde temel amaç olağan dışı dönem alımlarının hızlı bir şekilde yapılarak oluşabilecek mağduriyetlerin giderilmesinin sağlanması olmuştur. Sürecin hızlı ve sorunsuz bir şekilde işleyebilmesi için ihale ve ilan süreleri ile ilgili yeni düzenlemeler yapılmış, ihale usullerinde ise bir takım kolaylaştırıcı önlemler alınmıştır. Salgın sürecinde kamu ihaleleri ile ilgili önlemlerin yönetimi hususunda bazı ülkeler idarelere geniş takdir yetkileri verirken, bazılarının ise idarelere kısıtlı takdir yetkisi verip daha çok bağlı yetki ile donattığı görülmüştür. Bu süreçte elektronik araçların da kullanımı önemli düzeyde artırmış, idareler ve tedarikçilerin elektronik araçları kullanımını teşvik edici ve kolaylaştırıcı bir dizi önlem aldığı görülmüştür. Ayrıca kamuoyunun bilgilendirilmesi açısından da çalışmalar yapılmıştır. Kamu alımları ile ilgili mali önlemler ise daha çok ihale makamlarında olağan üstü kaynak ihtiyacının giderilmesine yönelik olurken, tedarikçilerde ise salgın önlemleri nedeniyle bozulan mali durumlarının geliştirilmesine yönelik olmuştur. Salgın döneminde kamu alımlarına yönelik alınan önlemlerle ilgili olarak başta Türkiye ve Avrupa Birliği olmak üzere çeşitli ülke incelemeleri yapılarak çıkarımlarda bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler

COVID-19, Kamu Harcamaları, Kamu İhaleleri, Kamu Alımları, Satın Alma

COVID-19 Measures in Public Procurements: Regulations for Sustainable Procurements

Abstract

Through its presence in Turkey as in all countries, the COVID-19 pandemic has made its impact felt in all areas of state administration, especially in the health sector. Public procurements are seen as an important tool of development and sustainability by the United Nations and have also been very important in this period, both in terms of procuring medical supplies as well as in ensuring developmental continuity. For this reason, governments have taken a series of measures to ensure that public procurement processes are managed efficiently and effectively under these economic conditions. The measures primarily relate to the types of tender and the procedures for ensuring sustainability in public procurement while also including financial measures. The main objective of the measures taken regarding public procurement is to ensure that procurements in extraordinary periods are made quickly to eliminate any potential grievances. For the process to function quickly and smoothly, new regulations have been made regarding tender and announcement periods, with several facilitating measures having been taken with regard to tender procedures. During the pandemic process,

* **Sorumlu Yazar:** Muhammed Çelik (Arş. Gör.), Bursa Uludağ Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Maliye Bölümü, Bursa, Türkiye. E-posta: muhammedcelik@uludag.edu.tr ORCID: 0000-0002-4829-7304

** Mehmet Yüce (Prof. Dr.), Bursa Uludağ Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Maliye Bölümü, Bursa, Türkiye. E-posta: myuce@uludag.edu.tr ORCID: 0000-0001-6398-5589

Atrf: Çelik M, Yüce M, “Kamu Alımlarında COVID 19 Tedbirleri: Sürdürülebilir Alımlar için Düzenlemeler” (2022) 80(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 967. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.3.0008>



some countries have given administrations wide discretionary powers in managing measures related to public procurement, while others have given administrations limited discretionary powers and equipped them with more discretionary powers. In this process, the use of electronic tools has also increased significantly, and administrations and suppliers are observed to have taken a series of measures to encourage and facilitate the use of electronic tools. In addition, efforts have also been made to inform the public. Financial measures related to public procurement were mostly aimed at meeting the extraordinary resource needs of contracting authorities, while suppliers aimed to improve their financial situations that had deteriorated due to the pandemic measures. Inferences have been made regarding the measures taken for public procurement during the pandemic by analyzing various countries, in particular Turkey and the European Union.

Keywords

COVID-19, Public Expenditures, Public Tenders, Public Procurements, Purchasing

Extended Summary

COVID-19 had emerged in the Wuhan region of the People's Republic of China as of December 1, 2019 and went on that month to affect the entire world, especially developed countries. COVID-19 has been labeled a pandemic by the World Health Organization, causing new normal measures to be taken in all areas. Although COVID-19 has primarily affected the health sector due it being a pandemic, the necessary measures and other pandemic policies taken as a result have had impacts in almost all areas, especially on the economy. Research on its devastating effects on the economy have shown the pandemic to have crippled the economy at a rate exceeding that of the 2008 global crisis and approaching that of the Great Depression. Meanwhile, when considering the World Bank's global economic forecast, GDP has been revised downwards, with national governments facing difficult times regarding poverty reduction and job creation.

The social crises experienced during the pandemic have also deeply affected public procurements, which are an important dynamic of economic development. In general, public procurements are an important tool for governments' management of sustainable public services as well as for the market economy. Governments and global institutions had been caught unprepared for the pandemic, during which they have need urgent medical supplies; the market was dragged into a bottleneck as a result of the increase in demand, causing the normal period of public tenders to lose their functionality. This situation would cause countries to compete with each other in the market and created an effect that can be described as "Cowboy Market". All these effects have required new regulations to be made and various measures to be taken regarding the pandemic, and this was also an extraordinary period with regard to public procurement legislation. To say that these regulations are not only sensitive to providing short-term medical purchases but also purchases in almost all other areas would not be wrong, due to the concern of ensuring the continuity of public procurement, which is the driving force of sustainable development in the United Nation's 2030 Sustainable Development Goals.

The measures taken regarding public procurement during the pandemic have been seen to generally be made through various unnamed regulatory acts that make the provisions in countries' national public procurement legislation more explanatory and/or flexible. Because social distance rules have also been very important in terms of staying healthy during the pandemic, all countries have encouraged the use of electronic methods in public tenders. The main purpose of these measures is to complete the tender process very quickly and simply within the pandemic measures. In addition to financial protective measures to ensure the sustainability of public procurements during the pandemic, different legal measures are seen to have come to the fore in two stages to eliminate experiencing problems: one for the public tender process, and another for the tender contracts.

When looking at the legal measures regarding the public tender process, measures are seen regarding continuing the execution of public tenders through the use of electronic solutions or to hold procurements by adhering to social distance rules if this cannot be carried out. In addition, the legal norms regarding the formats and procedures related to procurement are also seen to have been stretched and equipped with measures that are able to achieve rapid results. When looking at the measures that have been taken regarding public procurement procedures during the pandemic, the contracting authorities in developing countries such as Turkey are seen to have been equipped with more subordinate authority, while the administrations in countries with developed democracies such as the European Union are seen to have been equipped with wide discretionary powers on the condition that they adhere to the principles of transparency and accountability. When looking at the measures taken regarding the obligations arising from public procurement contracts, the condition arises with regard to *force majeure* provisions that prevent the contractor from fulfilling its obligations. Depending on the severity of the force majeure, various measures can be taken such as the extending or terminating the delivery period of the contract, applying price changes, or transferring contracts with the aim of protecting public interest and taking measures to relieve contractors from being victimized. Due to bureaucracy being very low in developed democracies in general, one can see a fast and effective system that works within the pandemic conditions regarding tender contracts, while countries such as Turkey see the density of bureaucracy reduce efficiency, despite having similar legislative provisions. In addition to all these regulations, certain regulations were observed to have been made in some countries that prioritized the participation of SMEs in tenders, with some potential contractors in the USA who are also suppliers of some public procurements have been obliged to participate in procurement. Some countries, especially in the European Union, have determined central purchasing policies regarding medical purchases. Colombia requires the word COVID-19 be used in procurement contracts in order to facilitate traceability with regard to procurement, while other countries such as South Africa

and Ukraine have an undersecretary predetermine items, suppliers, and prices and use a list to keep prices under control to prevent abuse of public procurement procedures, with purchases being made based on this list.

Kamu Alımlarında COVID 19 Tedbirleri: Sürdürülebilir Alımlar için Düzenlemeler

I. Giriş

COVID 19 salgını ile birlikte ortaya çıkan olağanüstü halin varlığı Dünya genelinde olduğu gibi Türkiye’de de etkisini güçlü bir şekilde hissettirmiştir. Salgın, yalnızca sağlık alanında değil ekonomi ve kamu yararı çerçevesinde devam ettirilen kamu hizmetlerini de olumsuz yönde etkilemiştir. Birleşmiş Milletler tarafından kalkınmanın ve sürdürülebilirliğin önemli bir aracı olarak görülen kamu ihaleleri de bu süreçten ziyadesi ile etkilenmiştir. Özellikle kamusal mal ve hizmet niteliğinde olan koruyucu sağlık hizmetlerine olan acil ihtiyaçlar, hükümetleri başta bu alanla ilgili olmak üzere tüm kamu alımlarına ilişkin olağanüstü önlemler almaya sevk etmiştir.

Salgın döneminde hemen hemen tüm ülkeler kamu alımlarına yönelik özel önlemler almışlardır. İtalya, Portekiz, Romanya ve İsviçre gibi ülkeler ise özel önlemler almak yerine ihale kanunlarında yer alan istisna hükümlerini sürecin yönetimi için yeterli görmüşlerdir. AB ve diğer bazı ülkelerde de alınan önlemler Türkiye’deki gibi genellikle ihale süreci ve sözleşme aşamasının doğurmuş olduğu yükümlülüklerle ilgili olmak üzere iki şekilde ortaya çıkmıştır. Birçok ülke kamu ihalelerinin yönelik öncelikle elektronik altyapıların kullanımını teşvik etmekle birlikte elektronik altyapının kullanılmadığı durumlarda ise sosyal mesafe kuralları belirlemeyi tercih etmiştir. İhale sözleşmelerinden kaynaklı yükümlülüklerin yerine getirilmesi hususunda ise mücbir sebep hükümleri esasında önlemler alındığı görülmektedir. Sürecin yönetimi ile ilgili olarak dikkat çeken diğer temel önlem ise kamu hizmetlerinde sürdürülebilirliğin sağlanması için tedarikçilerin ve kamu ihalelerinin mali anlamda desteklenmesi ile ilgili yayımlanan teşvik paketlerinden oluşmaktadır.

Kamu alımlarına yönelik alınan önlemlerin uygulanması noktasında ise ülkelerde çeşitli uygulama yöntemlerinin belirlendiği görülmektedir. Bazı ülkelerde hesap verilebilirlik ve şeffaflık ilkelerine bağlı olmak koşuluyla idarelere geniş takdir yetkileri verilirken, Türkiye’nin de içinde bulunduğu bazı ülkelerde ise çoğunlukla idarelerin bağlı yetki ile donatıldığı ve merkezi idare birimleri ile yetki paylaşılması yolunun tercih edildiği görülmektedir. Bu çalışmada COVID 19 salgınından dolayı ortaya çıkan olağanüstü durum karşısında öncelikle Türkiye ve Avrupa Birliği olmak üzere çeşitli ülkelerin kamu alımları ile ilgili ulusal önlemlerini inceleyeceğiz.

II. Genel Olarak Kamu Alımlarında COVID 19 Etkileri

COVID 19 salgını, ulusal yönetimlerde yalnızca sağlık sorunlarına bağlı olan olağanüstü halin oluşmasına sebep olmamış aynı zamanda kamu hizmetlerinin

devamlılığının sağlanması üzerinde de önemli sorunların ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Salgından kaynaklı yaşanan kriz zirvedeyken, kamu alım zincirinde yaşanan kesintiler, kilitlenmeler, üretim düşüşleri, ulaşım ile ilgili yaşanan çeşitli sorunlar ve süreç içerisinde özellikle sağlık açısından oldukça önemli olan hayat kurtaran kamu alımlarında yaşanan kıtlık, ülkelerin kamu alım prosedürlerinin olağan akışı dışında tıbbi malzeme alımı için birbirleriyle rekabete girmelerine neden olmuştur. Bu rekabet ortamında en yüksek fiyatı verenin tedariki elde ettiği tüm bu nedenlerle ülkeleri, mal ve hizmetlerde fiyatların fırlamasına neden olan olağanüstü şartların oluşması nedeniyle “*kovboy pazarı*” olarak adlandırılacak bir rekabete itmiştir¹. Salgının kamu alım pazarını bir taraftan kısıtlı ve acımasız rekabete açık bir hale getirmesi nedeniyle kamu alım süreci ve sözleşme yükümlülüklerinin yerine getirilmesinin devamlılığını sağlamak adına bu süreçte birtakım önlemler alınması da zorunlu hale gelmiştir.

COVID 19 salgını milyonlarca insanın hayatını ve sağlığını etkilemekle birlikte küresel olarak uzun vadeli ekonomik ve sosyal etkilere de sahip olması beklenmektedir. Nitekim yapılan araştırmalarda salgının 2008 küresel krizi etkisini aşan oranda 1929 Buhranına ise yaklaşan oranda bir etkisinden bahsedilmektedir. Son olarak Dünya Bankası küresel ekonomi tahmini ele alındığında ise, GSYİH beklentilerinin aşağıya doğru revize edildiği görülürken aynı zamanda ulusal hükümetleri de bu süreçte ve sonrasında yoksulluğun azaltılması ve istihdam yaratılması açısından zor günlerin beklediği vurgulanmıştır². Diğer taraftan Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) verilerine baktığımızda ise 2020'nin ikinci çeyreğinde küresel çalışma saatlerinde yüzde 14'lük bir düşüş olduğu, haftalık bazda değerlendirildiğinde ise 48 saatlik çalışma saatine göre 400 milyon tam zamanlı iş kaybının ortaya çıktığı tespit edilmiştir. Bölgelere göre iş kayıplarına baktığımızda ise, Amerika (%18,3), Avrupa ve Orta Asya (%13,9), Asya ve Pasifik (%13,5), Arap Devletleri (%13,2) ve Afrika (%12,1) olduğu görülmektedir. Elde edilen bu sonuçlar birçok bölgede özellikle de gelişmekte olan ekonomilerde kötüleşen durumu yansıtmaktadır³.

Salgın etkisi, yaşanan küresel kriz ortamı ve ardından yaşanacak durgunluk dönemlerinde kamu alımları sadece ihtiyaç duyulan mal ve hizmetleri almak için bir araç olarak değil aynı zamanda sosyo-ekonomik açıdan refahın bir fonksiyonu olarak yoksulluğun azaltılması ve istihdamın artırılması açısından bir araç olarak da görülmelidir. Nitekim genel olarak özellikle durgunluk dönemlerinde bütçe kısıtlamaları ile karşı karşıya kalan hükümetlerin bu yıpratıcı etkinin altından kalkabilmek amacıyla, kamu alımlarını stratejik olarak büyüme ve istihdamın bir

¹ Rita Beuter, 'EU public procurement policy in the context of COVID-19', (2020), (August), *EIPA Briefing 2020/6: Sharpening The Teeth Of The Infringement Procedure*, 1, 3.

² World Bank, *Global Economic Prospects*, (World Bank Group, June 2020), 21- 58.

³ International Labour Organization (ILO), 'ILO Monitor: COVID-19 and The World Of Work: Fifth Edition Updated Estimates And Analysis', (30 June 2020), < https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_749399.pdf >, Erişim Tarihi 03 Nisan 2021, 5- 9.

aracı olarak kullandıkları da bilinmektedir⁴. Birleşmiş Milletler 2030 Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri Gündeminde (MDG'ler) kamu alımları sürdürülebilir kalkınmayı teşvik etmenin temel itici gücü olarak kabul edilmiştir⁵. Tüm bu zorluklar altında ve kamu ihalelerine yüklenen sosyo- ekonomik sorumluluk karşısında kamu ihalelerine yönelik stratejiler ve planlamalar, COVID 19 krizinin ortaya çıkardığı etkilerin en aza indirilmesi için yeniden yapılmak durumunda kalmıştır. Hükümetler, COVID-19 krizi süresince acil olarak ihtiyaç duyulan hayati sağlık ürünlerini ve hizmetlerini satın almalı, aynı zamanda vatandaşlarına kamu hizmetleri sağlamak için devam eden sözleşmelerin sorunsuz ve hesap verilebilir bir şekilde yönetilmesini sağlamalıdır. Kritik öneme sahip olan işlevsel nitelikteki altyapı ve üst yapı hizmetleri de yalnızca COVID 19 müdahalesi süresince halk sağlığı ve güvenliği için değil, aynı zamanda toplumun refahının korunması ve artırılması içinde oldukça önemlidir.

Devletler, modern toplumsal düzenin ve kurumsal yapının bir gereği olarak ekonomiye ve toplumsal olgulara egemenlik gücü çerçevesinde anayasaların verdiği yetki sınırları içerisinde müdahalelerde bulunabilmektedirler. Bu müdahalelerde ise devletin temel amaç ve görevleri ülkemiz Anayasasının 5.maddesinde de açıklandığı üzere *“kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak”* olarak kabul edilmektedir (Any 5.md.). Devletler gerçekleştirecekleri amaç ve görevlerde ise vergiler, borçlanma ve para politikaları, kamu harcamaları, teşvik politikaları gibi devlet bütçesi ve kamu harcama politikalarını içine alan müdahale araçları kullanmaktadırlar. Bu müdahale araçlarının temelinde ise anayasal yetkilerle donatılmış olan erklerin hukuki düzenlemeleri yer almaktadır. Yasama organı yasa koyucu sıfatıyla Anayasa'ya aykırı olmamak üzere düzenleyici yasalar çıkarırken, yürütme organı ise Anayasaya ve kanunlara uygun olmak kaydıyla Cumhurbaşkanlığı ve taşra teşkilatlarınca uygulamaya sokulur ve uygulamaya yönelik bağlayıcı düzenlemeler yapılabilmektedir (Any 8.md.). Devletler anayasalara da konu olan sorumlulukları ve yönetim anlayışları gereğince COVID- 19 salgını döneminde kamu düzenini tesis etmek ve toplumsal refahın devamını sağlamak amacıyla gerek kanuni düzenlemeler gerekse düzenleyici işlemlerle çeşitli önlemler almışlardır. Bu kapsamda devletler kamuda belki de şekil şartlarının en yoğun yaşandığı kamu ihale işlerinin ifası için normal prosedürlerin dışına çıkarak konjonktüre uygun politikalarla ihale sürecinin güvenliğine ilişkin ihdas edilmiş olan birtakım kuralları esneterek söz konusu alımları hızlandıracak konjonktüre uygun politikalar geliştirmişlerdir.

⁴ Nazaneen Ismail Ali, 'Can Public Procurement Bring Socio-Economic Empowerment Policies into Implementation?', (2020), (November), World Bank Blogs, < <https://blogs.worldbank.org/governance/can-public-procurement-bring-socio-economic-empowerment-policies-implementation> >, Erişim Tarihi 03 Nisan 2021.

⁵ Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015: Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development- United Nations, (2015) OJ L A/RES/70/1.

III. Türkiye’de Kamu Alımlarında COVID 19 Tedbirleri

A. Kamu İhale Süreci ile İlgili Alınan Önlemler

Koronavirüs salgınının Mart 2020 başlarında Türkiye’de de görülmeye başlamasıyla birlikte salgından korunmanın temel önlemlerinin ülke genelinde uygulanması beraberinde kamu ihalelerinde de benzer önlemleri gündeme getirmiştir. Bu kapsamda yüz yüze yürütülen ihale işlemleri için öncelikle elektronik ihale yönteminin ihale işlemlerinde yaygınlaştırılmasına yönelik önlemler alındığı görülmektedir.

Kamu ihale süreci ile ilgili alınan öncü nitelikteki bu önlemlere baktığımızda temel ihale usulü olan açık ihale usulü ve 4734 sayılı Kanunun 21.maddenin (b), (c) ve (f) fıkralarına göre pazarlık usulünün kullanılacağı mal ve hizmet alımı ve yapım işlerinde herhangi bir parasal sınır olmaksızın e- ihale yönteminin kullanılabilir olması nedeniyle daha önce iptal edilen ve yeniden yapılması planlanan ihalelerde dâhil olmak üzere yeni yapılacak ihalelerde *elektronik ihale sisteminin kullanılması* uygun görülmüştür⁶. Diğer taraftan bütün isteklilerin teklif verebileceği açık ihale usulü (KİK 19.md.) ve bu ihale usulü ile yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması (KİK 21/a.md.) veya salgın hastalıklar gibi ani ve beklenmeyen veya yapım tekniği ile özellik arz eden ya da yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği idarece belirlenen hallerde veyahut idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olduğu durumlar (KİK 21/b.md.), savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olduğu veya idarelerin yaklaşık maliyeti 2021 yılı için elli milyar Türk Lirasına kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımlarında kullanılacak olan *pazarlık usulünde ilan yapılması zorunlu olmayıp* ihale için en az üç isteklinin davet edilerek yeterlilik belgeleri ve fiyat tekliflerini bir arada vermeleri talep edilebilecektir (KİK 21/2.md.). Yine bu kapsamda mal alımlarında mal teslimi, sözleşme yapma süresi içinde gerçekleşirse ve bu teslim idare tarafından yeterli bulunursa ihalenin tarafı olan istekliyle ayrıca sözleşme yapılması ve kesin teminat alınması gerekmeyecektir (KİK 21/5.md.). Böyle bir uygulamanın varlığı özellikle temin süresinin önemli olduğu ve piyasada istekli olabileceklerin mali zorluklar yaşadığı bir dönemde oldukça kolaylık sağlayacaktır. Ayrıca ihtiyacın sadece tek kişi tarafından karşılanabileceğinin tespit edilmesi, sadece tek kişinin tedarik ile ilgili özel bir hakka sahip olması, mevcut mal, ekipman, teknoloji veya hizmetlerle uyumun ve standardizasyonun sağlanması için önceki yüklenici tek kişinin olması ve stoklanması ekonomik olmayan veya acil durumlarda kullanılacak olan ilaç, aşı, serum, anti-serum, kan ve kan ürünleri ile

⁶ EKAP üzerinden ihale işlemleri gerçekleştirilebileceği gibi aynı zamanda e-doküman, e-tebligat, e-ihale ve e-eksiltme, e-şikâyet, e-teminat, e-sertifika gibi uygulamalar da salgın sürecinde kamu alımlarının sorunsuz bir şekilde yürütülmesinde oldukça önemlidir.

ortez, protez gibi uygulama esnasında hastaya göre belirlenebilen ve hastaya özgü tıbbî sarf malzemeleri, test ve tetkik sarf malzemeleri alımlarında *doğrudan temin yöntemi* de kullanılabilir (KİK 22.md.).

Alınan önlem kapsamında isteklilerin elektronik ortamda yürütecekleri ihalelerde istenilen bütün bilgi ve belgeleri *Yeterlik Bilgileri Tablosu aracılığıyla Elektronik Kamu Alımları Platformu* ile EKAP üzerinden hazırlamaları, ihalenin ilk oturumuna ilişkin tutanaklara idareye gitmeksizin EKAP üzerinden erişim sağlamaları, ihale komisyon üyelerinin ise fiziksel temastan kaçınarak gerekli işlemleri ve incelemeleri EKAP üzerinden gerçekleştirmeleri beklenmektedir. Süreçte yaşanabilecek herhangi bir tereddüt ya da aksaklıkta ise EKAP Etkileşim Merkezi (444 0 545) ile iletişime geçilerek pratik çözümler elde edilebilecektir⁷. Salgın tedbirleri doğrultusunda kamu alımlarında yeni uygulamalara geçiş sürecine uyumun kolaylaştırılması amacıyla Kamu İhale Kurumu yöneticileri video konferans yolu ile sektör temsilcileri ile bir araya gelerek süreç ile ilgili bilgiler vermekle birlikte yaşanan sorunların tespitini de sağlamaktadırlar. Ayrıca EKAP Akademi üzerinden salgın dönemi kamu alımlarının en etkin bir şekilde yürütülmesi için online eğitimlerde verilmektedir⁸.

İhale işlemlerinin elektronik ortamda gerçekleştirilemediği hallerde ayrıca belgelerin kâğıt ortamında sunulmaksızın EKAP sisteminden, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğine haiz meslek kuruluşlarının internet adreslerinden alınabilen ya da doğrulanabilen ihaleye katılım ve yeterlilik kriteri olarak belirlenen bilgi ve belgeler İhale Uygulama Yönetmeliklerinde⁹ yer alan *Sunulmayacak Belgeler Tablosu* kullanılarak belgelenebilecektir. Sözleşmeye çağırılan ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi de aynı yollardan elektronik ortamda alınabilen ya da doğrulanabilen bilgi ve belgeleri *Sözleşme İmzalanmadan Önce Sunulacak Belgelerin Teyidine İlişkin Tablo*'yu kullanarak belgelendirebilecektir. Diğer taraftan alınan önlemler gereğince tekliflerin fiziksel olarak teslimine imkân bulunmaması halinde 4734 sayılı Kanununun 30.maddesi gereğince teklifler posta (kargo) yoluyla gönderilebilecek ve istekliler gerekli görmeleri halinde ihale işlemlerini kendileri adına takip etmeleri için vekil veya vekiller atayabileceklerdir.

Koronavirüs tedbirleri kapsamında alınan tedbirlerden kaynaklı olarak önceden ilan edilmiş ancak ihaleye çıkan idarece ihale tarih ve saatine kadar isteklilerce yeterli teklifin ulaştırılamayacağı ve/veya ihale sırasında rekabetin yeterince sağlanamayacağı kanaati hâkimse; acil olarak yapılması gereken alımlarda, ihale

⁷ Kamu İhale Kurumu, 'Coronavirüs (Covid-19) Tedbirleri Hakkında Duyuru', < http://ihale.gov.tr/Duyuru/344/coronavirus_covid-19_tedbirleri_hakkinda_duyuru.html >, Erişim Tarihi 06 Mart 2021.

⁸ Kamu İhale Kurumu, "EKAP Akademi", < <http://ekapakademi.kik.gov.tr/> >, Erişim Tarihi 07 Mart 2021.

⁹ Bu yönetmelikler; *Çerçeve Anlaşma İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik, Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinden* ibarettir.

dokümanı alanların son teklif verme gününden *en az 10 gün öncesinde* bilgi sahibi olmaları sağlanacak şekilde zeyilname düzenleyerek teklif verme son tarihi uzatılabilecektir (KİK 29.md.). İhale sürecinde ihale komisyonu tarafından normal şartlarda yüz yüze gerçekleştirilmesi gereken tekliflerin alınması ve tekliflerin açılması işlemleri (KİK 36.md.) salgın nedeniyle sosyal mesafenin korunması amacıyla elektronik ortamda yapılabileceği gibi isteklilerin süreci ayrı bir odadan canlı olarak takip edebilecekleri bir canlı yayın alt yapısı ile gerçekleştirilebilir ya da salgını önleyici gerekli tedbirler alınmak şartıyla büyük bir salonda toplu katılım ile gerçekleştirilebilecektir.

İhale sonucunun, ihale yetkilisi tarafından onaylandığı günü izleyen *en geç üç gün içinde*, ihale üzerine bırakılarda dâhil olmak üzere, ihaleye teklif veren tüm isteklilere sonuç bildirilir. Bildirimin ardından salgın hastalıklar gibi nedenlerden dolayı ivedilikle yapılması gerekliliği idarece belirlenen veya beklenmeyen nedenlerle ihalenin ivedilikle yapılması zorunlu (KİK 21/b.md.) hallerde beş gün, diğer hallerde ise on gün geçtikten sonra bu sürelerin bitimini takip eden üç gün içerisinde ihale üzerine bırakılan istekliye, tebliğ tarihini izleyen on gün içinde kesin teminatı vermek suretiyle sözleşmeyi imzalaması gerekliliği bildirecektir (KİK 42.md.). Sözleşme yapılmasında istekli görev ve sorumluluklarını (KİK 44.md.) yerine getirmek kaydıyla ve taraflar ilişkilerinde hukuki güvenlik ilkesinden kaynaklı sorumluluk bilincine de sahip olarak sözleşme imzalama işlemlerini posta yoluyla yapabileceklerdir. Ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren istekli ortaya çıkan mücbir sebep nedeniyle bu durumu belgelendirmek koşuluyla sözleşmeye davet süresinin uzatılmasını talep ederse, idare acil olan işlerde sözleşmeye davet süresini uzatabilecektir¹⁰.

B. Sözleşme Yükümlülüklerinden Kaynaklanan Önlemler

Salgının, kamu ihale sözleşmelerinden kaynaklı olan yükümlülüklerle ilgili etkisini en aza indirmek ve mümkünse bu etkiyi ortadan kaldırmak için Cumhurbaşkanlığı tarafından Covid-19 Salgınının Kamu İhale Sözleşmelerine Etkisi konulu 2020/5 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi 02 Nisan 2020 tarihli, 31087 sayılı Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Genelge kapsamında sürecin en iyi şekilde yürütülmesi amacıyla bir dizi önlem alınmıştır¹¹. Genelge, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na (KİK) tabi ihaleleri, aynı Kanunun 3.maddesinde sayılan istisna kapsamındaki ihaleleri (örneğin karayolu, tersane, rihtim, elektrik santrali inşaatı gibi inşaat işlerine ilişkin sözleşmeler veya bu tür mal ve hizmetlerin satın alınması için koruma ve güvenlik olarak, yazılım hizmetleri vb) ve 4734 sayılı Kanun dışında düzenlenmiş olan diğer kamu ihalelerini kapsamaktadır.

¹⁰ Kamu İhale Kurumu, 'Covid-19 Nedeniyle İhale İşlemlerinde Dikkat Edilecek Hususlar', < http://www.ihale.gov.tr/Duyuru/346/covid-19_nedeniyle_ihale_islemlerinde_dikkat_edilecek_hususlar.html >, Erişim Tarihi 08 Nisan 2021.

¹¹ COVID-19 Salgınının Kamu İhale Sözleşmelerine Etkisi konulu Cumhurbaşkanlığı Genelgesi, Genelge Numarası: 2020/5, Kabul Tarihi: 01.04.2020, Resmi Gazete Tarihi: 02.04.2020/31087.

Kamu ihale sözleşmelerinden kaynaklı olan mağduriyetlerin giderilmesi konusunda dikkate alınacak uygulamalar açısından temel belirleyici husus öncelikle yapılan kamu ihalesinin *hangi kanun hükmü kapsamında yapıldığı* ile ilgilidir. Eğer kamu ihale sözleşmesi 4734 sayılı Kanun kapsamında yer alan bir ihale işlemi konu alıyorsa COVID-19 salgını nedeniyle sözleşme konusu işin yerine getirilmesi geçici veya sürekli, kısmen veya tamamen imkânsız hale gelmiş ise idarelerce yapılacak değerlendirmeler 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 10.maddesi ve gerekli hallerde diğer mevzuat hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilecektir. 4735 sayılı Kanun'da hüküm bulunmayan hususlarda ise, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) hükümleri esas alınacaktır. 4734 sayılı Kanunun istisna hükümleri esas alınarak veya diğer kanunlar çerçevesinde yapılan ihale sözleşmelerine konu olan yükümlülüklerin COVID- 19 salgını nedeniyle yerine getirilmesi geçici veya sürekli, kısmen veya tamamen imkânsız hale gelmiş ise idarelerce yapılacak değerlendirmelerde normlar hiyerarşisinin de bir gereği olarak öncelikle ihale konusu kanununun özel hükümleri esas alınmalıdır. Özel kanunda açık bir hüküm bulunmaması halinde ise genel kanun olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu kabul edilerek ilgili hükümleri esas alınacaktır. Çalışmamızda genel anlamda mücbir sebep halleri değil, özel olarak 4735 sayılı Kanuna tabi olan kamu ihale sözleşmeleri kapsamındaki mücbir sebep ve etkileri değerlendirilecektir.

Genelgenin diğer düzenlemeleri incelendiğinde COVID-19 salgını nedeniyle *sözleşme konusu işin yerine getirilmesi geçici veya sürekli, kısmen veya tamamen imkânsız hale gelmiş olması* mücbir sebep hallerine bağlandığı görülmektedir. Bu kapsamda idarece mücbir sebep incelemesi 4735 sayılı Kanunun 10.maddesi esas alınarak yerine getirilecekse ilgili madde hükmünde mücbir sebep hallerinin “1) doğal afetler, 2) kanuni grev, 3) genel salgın hastalık, 4) kısmi veya genel seferberlik ilanı, 5) gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer haller” olduğu görülecektir. Üçüncü madde ise COVID-19 gibi salgını nedeniyle ortaya çıkacak ifa imkânsızlıklarını açıkça mücbir sebep hallerinden birisi olabileceğini kabul etmektedir. Mücbir sebep halinin COVID-19 salgınından etkilenen sözleşme için kabul edilmesinin ön şartı ise *mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde* sözleşmenin tarafı olan idareye yüklenici tarafından ifa imkânsızlığını gerekçelendireceği bir belge ile başvurusudur¹². Bu belge kamu kurumları veya meslek kuruluşları gibi ilgili yerlerden temin edilecek bir belge olmalıdır. Yüklenicilerin mücbir sebep halini belgelendirme yükümlülüğü ile ilgili husus her ne kadar muğlak gibi görünse de aslında yüklenicinin elini güçlendirecek, idareyi ve Bakanlığı ikna edebilecek resmi niteliğe haiz her türlü belgenin sunulmasında sakınca olmadığı kanaatindeyiz. Nitekim bu hususta bağlayıcı bir düzenlemenin yapılmamış olması yükleniciye içinde bulunduğu durumu en iyi şekilde açıklama serbestisi

¹² Belgelerin sunuluş şekline ilişkin düzenlemeler, İhale Uygulama Yönetmelikleri ile tip şartnamelerin “Belgelerin sunuluş şekli” başlıklı maddelerinde yer almaktadır.

tanyacaktır. Yapım İşleri Genel Şartnamesinin “İşin Süresi ve Sürenin Uzatılması” yan başlıklı 30.maddesinde yüklenici, bildirim sırasında, iş üzerinde gecikmeye yol açtığını düşündüğü sebeplerin ayrıntılarını, işin süresinin ne kadar uzatılması gerektiğini veya feshi talep ediyorsa gerekçelerini belirtmelidir. Uzatılacak sürenin tespiti veya feshi nedenleri o anda mümkün değilse, yüklenici bunun da sebeplerini ayrıca belirterek, durumun netlik kazanmasından sonra istediği süre uzatımı ve feshi de ayrı bir yazı ile derhal bildirecektir. Ancak idarenin sebep olduğu süre uzatımını gerektiren gecikmelerde, yüklenicinin yirmi gün içinde yazılı bildirimde bulunma şartı aranmamaktadır.

Ön başvuru şartı tamamlandıktan sonra idareye yapılan başvurunun genel salgın hastalık çerçevesinde mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için; *yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması, mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve ifa imkânsızlığı durumunun yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi* şartlarının birlikte gerçekleştirildiğinin yapılan incelemelerde idare tarafından kabul edilmesi gerekmektedir (KİSK 10/2. md.). Diğer taraftan KİSK 10.madde hükmüne ek olarak Genelge kararına göre idarelerin yüklenicilerin mücbir sebep başvurularını incelerken Hazine ve Maliye Bakanlığının görüşüne de başvurulması gerektiği vurgulanmıştır. Değerlendirmenin hızlı bir şekilde yapılabilmesi için; yüklenicilerin 120 gün ve daha az süre uzatımı talepleri, yüklenicilerin 120 günü aşan süre uzatımı talepleri veya herhangi bir süre belirtilmeksizin yapılan süre uzatımı taleplerinde ya da yüklenicinin fesih talebinde, sözleşmeye taraf idarece 120 gün ve daha az süre uzatımı verilmesinin uygun bulması halinde idarenin kararı yeterli olup Bakanlığın görüşüne ihtiyaç durulmayacaktır. Ancak yüklenicinin 120 günü aşan süre uzatımı talepleri ve fesih taleplerinin varlığı halinde ise idarenin kararı ve Bakanlığın görüşünün birlikte gerçekleşmesi gerekecektir¹³. İdare ve Bakanlık tarafından yapılacak tespitler yeterli olup, ayrıca Kamu İhale Kurumu’na başvurulmasına gerek bulunmamaktadır¹⁴.

İdare ve Bakanlık mücbir sebep incelemelerinde *öngörülmezlik ve önlenemezlik* kriterlerinin birlikte gerçekleştiği şartlarını araması gerekecektir¹⁵ (KİGT, 25.3.3). Ayrıca ilkeler incelenirken dikkate alınması gereken bir diğer husus ise borcun ifasına engel olan sebebin borçlunun yükümlülük alanı dışında gerçekleştiğinin

¹³ 2020/5 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi Kapsamındaki Süre Uzatımı ve Fesih Talepleri Yazısı, Hazine ve Maliye Bakanlığı/Strateji Geliştirme Başkanlığı, Yazının Sayısı: 30343279-045.99-E.384026, Yayınlanma Tarihi: 22/07/2020.

¹⁴ Salim Demirel, ‘Kamu İhale Hukuku Bağlamında Yapım İşleri Sözleşmelerinde Mücbir Sebebe Dayalı Süre Uzatımı Verilmesi’, (Temmuz 2014), 9 (95), Terazi Hukuk Dergisi, 55, 57.

¹⁵ Kamu İhale Genel Tebliği, Resmi Gazete Tarihi: 22.08.2009/27327.

tespit edilebilir olmasıdır¹⁶. *Haricilik* olarak da adlandırılan bu kriter aslında KİSK 10.maddesi ikinci fıkrasındaki ilk şartta da açıklanmıştır. Örneğin, borcun ifası amacının yerine getirilmesi için yüklenicinin gerekli mali kaynaktan yoksun olması, gerekli uzman iş gücünden yoksun olması bu çerçevede değerlendirilebilecektir.

Bu unsurların özellikle dikkate alınması iyi niyet kurallarına uygun olarak talepte bulunmayan yüklenicilerin tespiti açısından oldukça önemlidir. Örneğin bir yüklenici sözleşme çerçevesindeki yükümlülüklerini Covid-19 salgını çerçevesinde alınan önlemler nedeniyle yerine getiremediğini ispat edecek belgeler sunsa bile, sözleşme salgının ve dolayısıyla salgından kaynaklı önlemlerin öngörülebilir olduğu bir dönemde yapılmışsa, yüklenicinin sorumluluktan kurtulmaması yerinde bir yaklaşım olacaktır¹⁷. İnceleme de dikkate alınması gereken bir diğer husus ise mücbir sebep ile ifa imkânsızlığına konu olan yükümlülük arasında bir illiyet bağının varlığıdır. Örneğin, mücbir sebep hali yüklenilen işin tamamı ile ilgili değil sadece bir kısmı ile ilgili ise ve o kısımda işin geri kalanının yapılmasına engel değilse işin tamamı için değil sadece mücbir sebep ile illiyet bağı olan yükümlülük için bir karar verilmesi doğru olacaktır. Bu hususta bir Sayıştay kararında mevzuat hükümlerine aykırı olarak idarenin süre uzatımına yönelik kararlarının gecikme cezasının kesilmesine engel olması kamu yararına neden olduğu gerekçesi ile kararı olan sorumluların ortaya çıkan zararı işleyecek faizleri ile birlikte ödemelerine karar verdiği görülmektedir¹⁸.

İdare ve Bakanlık tarafından yapılan değerlendirmeler sonucunda yüklenicinin COVID-19 salgını sebebiyle ifa yükümlülüğünü yerine getirememesi KİSK 10/2. madde hükümlerini karşılayacak nedenlere dayanıyorsa yüklenici sözleşmeden kaynaklı olan yükümlülüklerden kurtulabilecektir. Yapılan değerlendirmede ifanın imkânsız hale gelmediği ancak salgından kaynaklı mücbir sebep nedeniyle geciktiği sonucuna ulaşırsa süre uzatımı verme yoluna gidilebilecektir. Engelleyici sebeplere ve yapılacak işin niteliğine göre işin bir kısmına veya tamamına ait süre uzatılabilecektir (Yapım İşleri Genel Şartnamesi 30/2.md.). Mücbir sebebin sözleşmenin ifasının sürekli olarak imkânsız hale getirdiğinin tespit edilmesi halinde ise idare tarafından sözleşmenin feshi yoluna gidilebilecektir. Sözleşmenin feshi halinde hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilerek, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar yükleniciye iade edilecektir (KİSK 23.md.). Yapım ve yapım ile ilgili danışmanlık hizmet işlerine ilişkin sözleşmelerin uygulanmasında; gerek süre uzatımı, sözleşmede bulunmayan veya fiyatı belirli olmayan işlerin fiyatının tespiti, iş programı ihtilafları, fiyat farkı ödenmesi ve hesaplanması, ödenek aktarılması, geçici ve kesin kabul işlemleri, gecikme halinde uygulanacak cezalar, yaptırılacak

¹⁶ Ş. Barış Özçelik, 'COVID-19 Salgını Çerçevesinde Alınan Önlemlerin Sözleşme Hukuku ve Mücbir Sebep Kavramı Açısından Değerlendirilmesi', (2020), Lexpera Blog- On İnkilevha Yayıncılık, < <https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-cercevesinde-alinan-onlemlerin-sozlesme-hukuku-ve-mucbir-sebep-kavrami-acisindan-degerlendirilmesi/> >, Erişim Tarihi 15 Mayıs 2021.

¹⁷ İbid 309.

¹⁸ Sayıştay 8 D, 36/198, 16.02.2021.

ilave işler ve iş eksilişlerinde yüklenici veya idare adli yargı yoluna başvurabileceği gibi görevli ve yetkili mercii olarak Yüksek Fen Kuruluna da başvurulabilir(KİSK EK 1.md.). Başvurunun ön şartı uyumsuzluğun yargılama veya Sayıştay incelemesine konu edilmemesidir. Bu şartı sağlayan yüklenici, sözleşmeyi düzenleyen idareye, kesin kabul süresince yazılı itirazda bulunabilecektir. İlgili idare ise, yüklenicinin itirazını en geç otuz gün içerisinde Yüksek Fen Kuruluna gönderecektir. Yüksek Fen Kurulu kendisine bildirilen itirazları en geç altmış gün içerisinde 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde inceleyerek karara bağlayacaktır. Yüksek Fen Kurulu kararları yargı yolu saklı kalmak suretiyle idare tarafından uygulanacaktır (KİSK EK 2.md.). Tarafların, Yüksek Fen Kurulunun aldığı kararlara karşı yargı yolu saklı kalmaktadır.

Genelgede her ne kadar ele alınmamış olsa da ihale sözleşmeleri ile ilgili ortaya çıkabilecek uyumsuzluklarda tarafların kullanabileceği diğer bazı hususlara KİSK çeşitli hükümlerinde yer verildiğini görmekteyiz. Bu kapsamda fiyat farkı uygulamaları (KİSK 8.md.) ve sözleşme devri (KİSK 16.md.) gibi uygulamalar yer almaktadır. Fiyat farkı uygulamasında sözleşme imzalandıktan sonra fiyat farkına ilişkin usul ve esaslarda değişiklik yapmamak koşuluyla Kamu İhale Kurumunun teklifi üzerine Cumhurbaşkanı yetkili kılınmıştır (KİSK 8.md.). Sözleşmenin devri ise zorunlu hale bağlanmış olup, devir alacak istekli de ilk ihalede belirlenmiş olan şartların varlığı aranmak suretiyle ihale yetkilisinin yazılı iznine bırakılmıştır (KİSK 16.md.). Ancak bu uygulamalara baktığımızda olağanüstü durumlarda hızlı çözümler üreten ani ve beklenmeyen durumları ele alan hususlara atıfta bulunulmadığı normal dönem kullanımına daha uygun hükümler olduğunu görmekteyiz.

III. Avrupa Birliği ve Çeşitli Ülkelerde COVID 19 Tedbirleri

Salgın sürecinde Türkiye’de olduğu gibi Avrupa Birliği ve birçok ülkede salgına yönelik önlemlerin alındığını görmekteyiz. Alınan önlemlerle ilgili ülkelerin ortak özelliklerine baktığımızda tamamına yakınının ihalelerin yürütülmesinde elektronik platformlar dâhil olmak üzere yüz yüze teması önleyecek yöntemlerin (telefon, faks vb) kullanılmasının önünü açtığını görmekteyiz. Özellikle tıbbi malzeme alımlarına ilişkin olarak kamu alım sürecinin hızlandırılmasını sağlamak üzere kamu ihale yöntemlerinin yumuşatıldığı ya da doğrudan alımlara izin verildiği görülmektedir. Kamu alım sözleşmesinden kaynaklı yükümlülüklerde salgından kaynaklanan mücbir sebeplerle yükümlülüğün yerine getirilmesinde ortaya çıkan sorunlar karşısında ihalenin feshi, teslim süresinin uzatılması gibi temel önlemler alındığı bazı ülkelerde ise tedarikçilere mali destekler ve avanslar ödendiği görülmektedir. Ancak özellikle kurumsal kültürün gelişmiş olduğu ülkelerde esasen hukuki düzenlemelerin genel çerçeveyi çizdiği ve takdir yetkisini şeffaflık ve hesap verilebilirlik çerçevesinde idareye bıraktığı görülmektedir. Bu başlık altında Türkiye ile ilişkileri nedeniyle

öncelikle Avrupa Birliği önlemlerine ve bazı ülkelerin dikkat çeken farklı uygulamalarına kısaca değinilecektir.

A. Avrupa Birliği

Avrupa Merkez Bankası Yönetim Kurulu, 12 Mart'ta kararlaştırılan 120 milyar Euro'ya ek olarak, yılsonuna kadar 750 milyar Euro'luk yeni bir Salgın Acil Durum Satın Alma Programı duyurmuştur. Bu programın koronavirüs krizinin bitimine kadar yürürlükte kalacağı kararlaştırılmıştır¹⁹. Genel olarak mali desteklerin haricinde Avrupa Birliği COVID- 19 krizinin kamu ihaleleri üzerindeki etkisini en aza indirmek üzere Avrupa Komisyonu liderliğinde Avrupa Birliği kamu alımları çerçevesinde üye devletler için uygulama seçenekleri ve kolaylıkları sağlayan bir rehber de yayınlamıştır. Üye devletler AB Hukuku çerçevesinde kalmak ve orantılılık ilkesine bağlı kalmak koşulu ile yumuşak hukuk sisteminin varlığı ve ulusal özerkliğin güvence altına alınmasının bir sonucu olarak ulusal mevzuatlarında bağımsız düzenlemeler de yapmalarına izin verilmiştir²⁰. Bu kapsamda birkaç örnek vermek gerekirse, Almanya'da AB eşik değeri altında kalan bazı ihalelerde AB ihale uygulamalarının askıya alınabileceği kabul edilirken ayrıca bazı bölgelerde (Länder) ise özel önlemler uygulanmıştır. Hamburg'da, diğer uygulamaların yanı sıra, e-ihalenin zorunlu kullanımı da askıya alınmıştır²¹. Hırvatistan'da ise salgın sürecinde bütçe politikalarının yönetilmesi hususunda bütçe içi ve bütçe dışı kurumların tüm kamu ihaleleri askıya alınmış olup, ihalelerin bu süreçte yapılmasının elzem olduğu durumlarda Maliye Bakanının onayı alınma şartı getirilirken ayrıca teminatların salgın süresince yasanın izin verdiği azami miktarı (tahmini tedarik değerin %3'ü olan) azaltma yoluna gidilebilecektir. Örneğin tahmini tedarik değerinin %1'i tutarında bir teklif teminatı miktarını tayin ederek, teklif teminatı istekliler için çok büyük bir mali yük olmaktan çıkarılabilecektir²². Fransa'da ise kamu ihale sözleşmelerinde idarenin tedarikçilere kamu ihale tutarının %60'ından fazla avans ödemesi yetkileri önemli düzenlemelerdendir²³.

¹⁹ KPMG, 'Government and Institution Measures in Response to COVID-19: Update 10', (02 April 2020), < <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/xx/pdf/2020/04/government-and-institution-measures-in-response-to-covid-19-asia-oceania.pdf> >, Erişim Tarihi 06 Mayıs 2021, 1, 211.

²⁰ Emilia Korkea-Aho, 'EU Soft Law in Domestic Legal Systems: Flexibility And Diversity Guaranteed?', (2009) 16 (3), *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 271, 276.

²¹ Forum Vergabe, 'Beschaffungen in der Corona-Pandemie: Fortlaufend Aktualisiert', (11 January 2021); Forum Vergabe, < <http://www.forum-vergabe.de/news-detail/beschaffungen-in-der-corona-pandemie-fortlaufend-aktualisiert-8164/> >, Erişim Tarihi 16 Mayıs 2021.

²² Mia Kanceljak and Marija Mušec, 'Guidelines for Public Procurement in Croatia during the COVID-19 Crisis', (14.04.2020), *CMS LawNow™*, < https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2020/04/guidelines-for-public-procurement-in-croatia-during-the-covid-19-crisis?cc_lang=en >, Erişim Tarihi 06 Mart 2021.

²³ Kawthar Ben Khelil and François Tenailleau, 'Public procurement contracts in the context of the Covid-19 crisis in France', (2020), *CMS LawNow™*, < https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2020/05/public-procurement-contracts-in-the-context-of-the-covid-19-crisis-in-france?cc_lang=en >, Erişim Tarihi 06 Mart 2021.

Avrupa Komisyonunun yayınladığı bu rehberle öncelikle COVID-19 salgınının neden olduğu kriz ile mücadele etmek için gereken malzeme, hizmet ve işlerin alınması için Avrupa Birliği (AB) kamu ihale kuralları çerçevesinde hangi seçeneklerin ve esnek mekanizmaların mevcut olduğunun üye devletlere hatırlatılması hedeflenmiştir. Bu kapsamda açık ihale usulü veya belirli istekliler arasında ihale usullerinin son teslim tarihlerinin kısaltılması, pazarlık usulü veya doğrudan alım usullerinin kullanılması ve COVID-19 krizinin önlenmesi hususunda doğrudan ilişkili olan pazarlarla sıkı bir etkileşimde bulunulması amaçlanmıştır.

i. Kamu ihale Süreci ile İlgili Alınan Önlemler

Kamu alım sürecinin yürütülmesi ile ilgili olarak Avrupa Komisyonu öncelikli olarak COVID-19 krizinin yönetilmesi amacıyla Avrupa Birliği kamu ihaleleri çerçevesi kapsamında uygulamada hangi seçeneklerin ve esnekliklerin mevcut olduğunu açıklamak amacıyla bir rehber yayınlamıştır²⁴. Bu rehber ülkeler için Direktif 2014/24/EU'de yer alan hükümlerin salgın döneminde uygulanabilirliğini açıklamayı ve bazı hükümlerin esnetilmesini konu almaktadır. Ulusal açıdan belirli parasal tutarı aşan ihaleler için geçerliliğini korumaktadır. Düşük değerli ihalelerde ise üye ülkeler, AB hukukunun genel ilkelerine sadık kalmak koşuluyla ulusal mevzuatlarını işletebilmektedirler²⁵.

Yayımlanan rehber ile üye ülkelerin uygulamada yaşayabilecekleri sorunların önüne geçmek ve uygulama birliği yakalamak hedeflenmiştir. Direktif 2014/24/EU²⁶ ve devamında yayımlanan rehber incelendiğinde süreç içerisinde uygulanacak prosedürün belirlenmesi ile ilgili olarak salgın sürecinin “*acil durum*” ve “*aşırı acil durum*” olarak ikiye ayrıldığı görülmektedir. Avrupa Komisyonu tarafından yayımlanan rehber acil durum hallerinde öncelikle direktif kapsamında halihazırda zaten hüküm altına alınmış olan *açık ihale usulü veya belirli istekliler arasında ihale usulüne* başvurulabileceğini önermektedir²⁷. Ancak acil durum dönemine özgü olarak rehber ile bu iki ihale usulü sürelerinde kısaltıcı birtakım değişiklikler yapıldığı görülmektedir. Normal şartlarda açık ihale usulünün takip edildiği durumlarda isteklilerin ihaleye teklif sunabilmesi için 35 günlük bir süre öngörülmüşken²⁸, salgın gibi acil durumlarda ise bu süre 15 güne indirilebilecektir²⁹. Benzer şekilde belirli istekliler arasında ihale usulünün tercih edilmesi halinde normal şartlarda ihaleye

²⁴ European Commission, 2020/C 108 I/01 of 01 April 2020 Guidance from the European Commission on Using The Public Procurement Framework in the Emergency Situation Related to the COVID-19 Crisis, [2020], OJ C 108I/1.

²⁵ European Commission, (2020), ‘Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs’, The European single market: Public Procurement < https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement_en >, Erişim Tarihi 16 Nisan 2021.

²⁶ Directive 2014/24/EU of The European Parliament and of The Council [2014] OJ L 94/65.

²⁷ ibid 26/2.

²⁸ ibid 27.

²⁹ ibid 27/3.

katılım talebi ve tekliflerin sunulması belirlenmiş 30 günlük süre³⁰, salgın gibi acil durumlarda ise bu süre ihaleye katılım talebinde 15 güne³¹, tekliflerin sunulması için ise 10 güne kadar indirilebilmektedir³². Salgın döneminde acil durumlarda uygulanabilecek bu esnekliklerin kullanılması, ihale sürecinin en önemli ilkelerinden olan eşit muamele ilkesi ve şeffaflık ilkelerini de zedelemeyecektir³³. Çünkü ihale usullerinde bir farklılık olmayıp sadece ihale sürecinin hızlandırıldığı ayrıca bu uygulamanın direktifte halihazırda yer alan hükümler dikkate alınarak yapıldığı göz önünde bulundurulmalıdır. Almanya örneğinde olduğu gibi bazı üye devletler ise ulusal ve bölgesel düzeyde ek kılavuzlar yayımlayarak açık ihale sürecinden vazgeçilmeden sürecin yürütülmesine ve şeffaflık açısından ihale ilanlarına devam edilmesine karar vermişlerdir³⁴.

İhale makamlarına, öngörülemeyen olayların neden olduğu aşırı aciliyet durumlarında açık veya belirli istekliler arasında ihale usulü veya pazarlık usulleri zaman kısıtı olduğu için kullanılmasında kamu yararının olmadığı durumlarda daha hızlı sonuçlar elde etmek için *ilan yapılmaksızın pazarlık usulü* ile ihale yapmalarına da imkân tanınmaktadır³⁵. Aşırı acil durum hali belirli mallara ve hizmetlere olan ihtiyacın istisnai olarak artması, tedarik zincirinde önemli kesintiler yaşanması ve teknik/fiziksel engeller nedeniyle ihale prosedürlerinin uygulanamadığı istisnai hallerde devreye sokulabilmektedir³⁶. İhale ilanına çıkmaksızın (ihalenin yapılacağıının Resmî Gazete’de kamuoyuna açıklanmadan) yapılacak pazarlık usulünde ihale makamları *herhangi bir ön ilana çıkmaksızın ve asgari istekli şartı, zaman sınırı gibi diğer prosedürlere tabi olmaksızın* potansiyel yüklenicilerle doğrudan pazarlık yapabilmektedirler. İhale makamlarına bu hükümle her ne kadar serbesti tanınmış olsa da Avrupa Adalet Divanı (ABAD) içtihadına göre (bkz Örneğin C-275/08, *Komision v Almanya* ve C-352/12, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri davaları*) şeffaflıkla ilgili temel ilkelerden sapsmasının önüne geçmek için bu usulün kullanımı çeşitli istisna şartlarının birlikte varlığına dayandırılmıştır. Bu istisnai şartlar ise;

- İhale makamı tarafından halihazırdaki salgın gibi sonuçları öngörülemez olayların varlığı,
- İhale usullerinde yer alan son teslim tarihlerinin aşırı aciliyet nedeniyle uygulanabilir olmaması,

³⁰ ibid 28.

³¹ ibid 27/3.

³² ibid 32/2(c).

³³ European Commission, (n 24) 2020/C 108 I/01.

³⁴ Alistair Maughan and Felix Helmstädter, (2020), April (6), ‘Guidance on the EU Procurement Regime During Covid-19 Crisis’, Morrison & Foerster, < <https://govcon.mof.com/international-public-procurement/guidance-on-the-eu-procurement-regime-during-covid-19-crisis/> >, Erişim Tarihi 13 Nisan 2021.

³⁵ Direktive 2014/24/EU, 28/6.

³⁶ Roberto Baratta, (2020), 5 (1), ‘EU Soft Law Instruments as a Tool to Tackle the COVID-19 Crisis: Looking at the “Guidance” on Public Procurement Through the Prism of Solidarity’, European Papers- European Forum, 365, 369.

- Öngörülemeyen olay ile aşırı aciliyet arasında bir nedensellik bağının bulunması,
- Halihazırda daha uygulanabilir bir çözüm bulunmuyorsa normal ihale usullerinin kullanım şartlarının oluşması ya da çerçeve sözleşmeler gibi alternatif bir çözüm üretilene kadar uygulamada yer alan boşluğu doldurması,

olmak üzere dört temel maddeden oluşmaktadır. Direktif hükmünde de vurgulandığı üzere aşırı aciliyet durumları ihale makamının şahsından kaynaklanan nedenlere dayanamayacaktır. Açıklanan şartların gerçekleştiğinin ispat yükü ihaleyi gerçekleştiren ihale makamına ait olup, ihale makamının bir rapor şeklinde şartların ortaya çıktığını gerekçelendirmesi gerekecektir³⁷. Ayrıca ihale ilanı yapılmadan pazarlık usulü uygulaması kamu alımları rejiminden tamamen muaf değildir: Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşmanın (TFEU) ayrımcılık yapmama ve eşit muamele hakkındaki genel ilkeleri bu usul içinde geçerlidir³⁸.

Kamu alımlarının salgın döneminde sürdürülebilirliğini sağlamak adına Avrupa kamu alımları çerçevesi, aciliyetin gereklerini sağlamak için; potansiyel yüklenicilerle telefon, e-posta veya şahsen görüşmeler yapabilecek, sürekliliğin sağlanabilmesi açısından piyasada daha iyi bağlantıları olan tedarikçilere iş bırakılabilecek, gerekli stokları olan ve anında teslimde bulunabilecek ülkelere temsilci gönderilebilecek, üretimin başlaması, yenilenmesi veya artışın sağlanması için ilgili tedarikçilerle iletişime geçilebilecektir. Bazı durumlarda, benzer mal, ürün ve hizmetlere olan talebin istisnai bir şekilde artması ve bu ürünlerin tedarik zincirinde önemli kesintilerin olması durumunda mevcut ihale usulleri ile kamu alımı imkânsız hale gelmesi halinde, idareler, ihtiyaçların temin edilebilmesi için alternatif yöntemlere başvurabileceklerdir. Belirlenen usule göre ise tedarikçilerle etkileşime geçilebilme noktasında idareler AB kamu alımları çerçeve düzenlemelerinde tamamen yetkilendirilmişlerdir. Bu amaçla inovasyona yönelik araçların tercihine öncelik verilebilecektir. Örneğin; maskelerin yeniden kullanımını sağlayan yeni uygulamalar, tıbbi personelin etkili korunmasına yönelik önlemler, çevrede virüsü tespit etmek için kullanılabilecek araçlar bu çerçevede düşünülebilecektir³⁹.

Süreç içerisinde salgın döneminde artan ihtiyaçları karşılama kabiliyetine sahip olabilecek bir diğer uygulama ise çerçeve anlaşmalar olarak görülebilir⁴⁰. Özellikle uzun vadeli devam edecek alımlarda beklenmeyen koşullarda isteklinin arzı artırma kapasitesi dikkate alınarak yükleniciyi seçmeye olanak sağlaması avantajlı

³⁷ Direktive 2014/24/EU 84/1(f).

³⁸ OECD, (2020), April (08), 'Application of public procurement rules during the COVID-19 crisis from the perspective of the European Union's Procurement Directives and the Government Procurement Agreement', SIGMA, 1, 3.

³⁹ Ayrıntılı Bilgi için bkz; European Commission, 'Innovation Procurement- Guidance and good practice on buying innovative products and services'. < https://ec.europa.eu/info/policies/public-procurement/tools-public-buyers/innovation-procurement_en >, Erişim Tarihi 12 Nisan 2021.

⁴⁰ Direktive 2014/24/EU 33.

olabilecektir⁴¹. Diğer taraftan süreç içerisinde işlevsellik kazanmak ve süreci daha etkin bir şekilde kontrol altına almak adına Tenders Electronic Daily (TED) gibi dijital araçlar kullanılabilir⁴². Salgın döneminde Avrupa Birliği ülkeleri her ne kadar kamu alımlarına ilişkin önlemlerle ilgili olsalar da aynı zamanda bu dönemde ihale yüklenicileri/isteklileri ihale makamlarının kararlarına itiraz edebilme hakkından yoksun bırakılmamışlardır. Salgın nedeniyle her ne kadar doğrudan kişisel erişimler yapılamasa da ülkeler bu süreçte mağduriyetlerin önüne geçmek adına çeşitli çözümler (örneğin; şahsen itirazda bulunmak için ofis ziyaretleri gibi) üretmişlerdir⁴³.

Tüm bu çözümlerin yanında kamu alımı yapacak idareler alternatif çözümler araştırmayı ve pazarla doğrudan ilişki kurmayı da değerlendirebilmelidir. Tamamlayıcı bir araç olarak ise, üye devletler çeşitli tıbbi malzemeler için ortak alım yapmaya ve Komisyon'un ortak satın alma girişimlerinden yararlanmaya teşvik edilmektedir. Bu kapsamda üye devletlerle (Birleşik Krallık ve Norveç dahil) Ortak Tedarik Anlaşması (JPA), yapılarak tıbbi ekipman ve malzemelerin ortak satın alınması sağlanmaktadır. Avrupa Komisyonu koordinatörlüğünde yürütülen ortak alımlarla ilgili şu ana kadar birçok ihale çağrısı yapılmıştır⁴⁴. Ayrıca komisyon tarafından ek bir güvenlik ağı olarak tıbbi ekipmanların ortak stoklanması "rescEU stoklaması (rescEU stockpile)" kararlaştırılmıştır. Stratejik kurtarma stoku olan bu yöntemle göre Acil Müdahale Koordinasyon Merkezi stokların aciliyete göre üye ülkelere dağıtımını sağlarken, stoklama maliyetlerinin %90'nı ise Avrupa Komisyonu finanse edecektir⁴⁵.

ii. Sözleşme Yükümlülüklerinden Kaynaklanan Önlemler

Kamu alımları sözleşmeleri ile ilgili olarak 2014/24/EU Direktive, 57/4(g) madde hükmü gereğince yüklenicilerin öncelikli olarak gelecekte alınabilecek ihale sözleşmelerine katılmaktan yasaklı olmamak veya tercih edilmekten uzak olmamak için halihazırda yükümlü oldukları sözleşmelere karşı önemli ve kalıcı ihlallerde bulunmamaları oldukça önemlidir. Salgın, ulusal mevzuat açısından bir mücbir sebep olarak kabul edilse de her bir sözleşmenin birer vaka olduğu kabulüyle yüklenicinin bireysel davranışları, özellikle de durumu hafifletmek için makul çabaları da sürecin sağlıklı işletilebilmesi için oldukça önemlidir. Aynı zamanda yüklenicilerde ihale makamından süreç içerisinde makul ve ihtiyatlı davranmalarını beklemelidir. Bir yüklenici COVID-19 salgını nedeniyle sözleşmeden kaynaklı yükümlülüklerini yerine

⁴¹ OECD, (n 29) 4.

⁴² Ayrıntılı Bilgi için bkz; European Commission, < https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/digital_en >, 'Digital Procurement', 7- 17.

⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz; OECD, (n 29), 4.

⁴⁴ OECD, (2020) June (24), *Stocktaking Report on Immediate Public Procurement and Infrastructure Responses to COVID-19*, (Browse OECD Contributions, Updated 24 June 2020) 106- 107. Ayrıca bkz; Emma Mcevoy and Delia Ferri, (2020) 11 (4), 'The Role of the Joint Procurement Agreement during the COVID-19 Pandemic: Assessing Its Usefulness and Discussing Its Potential to Support a European Health Union', *European Journal of Risk Regulation*, 851, 863.

⁴⁵ European Commission, (2020) March (19), 'COVID-19: Commission creates first ever rescEU stockpile of medical equipment', Brussels, < https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_476 >, Erişim Tarihi 12 Mayıs 2021.

getiremiyorsa öncelikle taraf olduğu sözleşmenin salgın gibi mücbir sebep hallerinde hangi önlemleri içerdiğini dikkatle incelemeli ve bu önlemleri bir an önce almalıdır. Alınacak önlemlerde salgın döneminde yapılmış olan ihale sözleşmelerinde salgın sürecinin etkin bir şekilde yönetilmesine yönelik alınan önlemler incelenerek sürecin yönetimi ile ilgili fikir edinilmelidir. Ortaya çıkabilecek kayıpları en aza indirmek için makul önlemler alınma yoluna gidilmelidir. Alınabilecek önlemler konusunda derhal ihale makamı ile iletişime geçilerek sözleşmenin sürdürülebilirliği ile ilgili alternatif çözümler önerilerinde bulunulmalıdır. İdareye ortaya çıkan mücbir sebep durumlarının yüklenicinin ihmalden değil sürecin zorluklarından kaynaklandığına dair kanıtlar sunulmalı ve güvenceler verilmelidir. Yüklenici üzerine düşen sorumlulukları yerine getirirken ulusal mevzuatlarda ve sözleşmelerde belirlenmiş olan sürelerle riayet ederek hareket etmelidir⁴⁶.

Kamu ihale sözleşmeleri ile ilgili olarak yüklenicinin kendisinden kaynaklanmayan, öngöremeyeceği ve engelleyemeyeceği mücbir sebep hallerinin oluşması halinde ise Direktif çerçevesinde çeşitli düzenlemelerden faydalanabilecektir. Avrupa Komisyonu'nun yayımlamış olduğu rehberde her ne kadar salgın döneminde alınabilecek önlemlerle ilgili bir düzenleme olmasa da Rehberin 2014/24/EU Direktifi hükümlerinin salgın döneminde ihalelerin her aşaması için yeterli olduğu vurgusundan hareketle, salgın döneminde ihale sözleşmeleri ile ilgili alınabilecek önlemlere Direktif hükümlerinden ulaşmak mümkün olacaktır. Direktifin dördüncü bölümü kamu ihale sözleşmeleri ile ilgili sorumluluklara ayrılmıştır. Bölüm hükümleri incelendiğinde yüklenicilerle imzalanan sözleşme ve çerçeve anlaşmalar *aşağıda yer alan hususların birlikte gerçekleşmesi halinde yeni bir ihale sürecine gerek olmaksızın ihale makamı tarafından sözleşme- çerçeve anlaşmasının genel yapısını değiştirmeyecek teslim süresi, yüklenici değişikliği, fiyat revizyonu, tedarik mallarının değişimi gibi çeşitli hususlar* değiştirilebilecektir⁴⁷;

- i- Sözleşmede ihtiyaç duyulan yeniden düzenleme ihtiyacı basiretli bir ihale makamının öngöremediği koşullar nedeniyle ortaya çıkmışsa,
- ii- Yapılması talep edilen değişiklik sözleşmenin genel yapısını değiştirmeyecekse,
- iii- Sözleşmede daha önceden belirlenmiş olan fiyatta bir değişiklik yapılması öngörülüyorsa orijinal fiyatın %50'sinden fazla değişiklik yapılamayacaktır (eğer art arda birkaç değişiklik yapılması gerekli olmuşsa bu sınırlama her bir değişikliğin değerine uygulanabilecektir),

⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz; Dentons, (2020), 'COVID-19 Outbreak: Implications For Public Contracts Europe Overview', Dentons, < https://www.dentons.com/en/insights/articles/2020/march/20/-/media/4e3b92ce07334_ed1b0adae8a0c339173_ashx, >, Erişim Tarihi 12 Mayıs 2021.

⁴⁷ Direktive 2014/24/EU 72/1(c)-4.

- iv- Yukarıda açıklanan hususların birlikte gerçekleştiği durumlarda ortaya çıkacak değişiklik sözleşmenin veya çerçeve anlaşmanın kapsamını önemli ölçüde genişletecekse,
- v- Yapılacak değişiklik yüklenici lehine bir değişiklik olacaksa,

yapılacak değişikliklerin önemli bir değişiklik olacağı kabul edilmektedir. İhale makamı, ihale sözleşmeleri veya çerçeve anlaşmalarda bir değişiklik yaparsa değişiklik ile ilgili bilgileri Direktifin Ek 5/G bölümüne uygun olarak 51.maddesinde yer alan genel yayınlama şeklini esas alarak Avrupa Birliği Resmî Gazetesinde yayınlamakla sorumludurlar.

Kamu alım süreciyle ilgili salgın sürecinde önemli bir diğer husus ise yüklenicilere yük getiren *ihale sözleşmelerinin feshi* ile ilgilidir. Bu noktada Direktif düzenlemesine göre; “2014/24/EU Direktif, 72.madde de yer alan yeni bir ihale yapmaksızın sözleşmenin genel yapısını değiştirmeksizin yapılabilecek müdahalelerin mümkün olmaması nedeniyle sözleşme yeni bir ihale usulü ile yeniden ihale yapmayı gerektirecek önemli bir değişikliği zorunlu kılıyorsa” ve bu zorunluluk ulusal hukuka uygun bir şekilde gerçekleşmişse ihale makamları kamu ihale sözleşmelerini fesh edebileceklerdir.

Kamu alımları ile ilgili mali sorumlulukların yerine getirilmesi hususunda ise üye devletler sürecin yürütülmesi hususunda ulusal hukuk kapsamında katı bir politika izleyebilecekleri gibi ödeme talep etmeseler dahi yüklenicilere gerekli görülen hallerde esnek bir şekilde ödemeler sağlanabilecektir⁴⁸. Kamu alımları ile ilgili ayrıca ihaleye çıkılması aşamasına değinecek olursak Direktif hükümleri gereğince ihaleye çıkılması planlanan bir konu hayatın akışı içerisinde özel bir süreci konu alıyorsa veya yapılacak kamu alımı belirli üretim, tedarik süreci için gerekli olan malzeme veya hizmetlerdense⁴⁹ ihale makamı, ihale ilanında belirtmek ve diğer ihale belgelerinde yer vermek şartıyla özel şartlar belirleyerek ihaleye çıkabilecektir. Belirlenecek özel şartlar ekonomik, sosyal, çevresel, istihdam ve yenilikle ilgili konularda olabilecektir⁵⁰. Ayrıca yüklenici veya istekli olan kişi bir suç örgütüne katılmış, yolsuzluğa karışmış, dolandırıcılık faaliyetinde bulunmuş, kara para aklama veya terör finansmanı, bir suçu kışkırtmak, yardım etmek, yataklık etmek veya işlemeye teşebbüs etmek, çocuk işçiliği ve diğer insan ticareti türlerini yapmış olsa dahi ihale makamı, halk sağlığı veya çevrenin korunması gibi kamu yararına ilişkin nedenlerin varlığı halinde ihale isteklinin kamu ihalelerine katılmasına izin verebileceği gibi⁵¹ ayrıca yüklenicinin sözleşmesini fesh etmekten de kaçınabilecektir⁵².

⁴⁸ ibid 71/7.

⁴⁹ ibid, 67/3.

⁵⁰ ibid, 70.

⁵¹ ibid, 57/1-3.

⁵² ibid, 73/b.

İhale sözleşmeleri ile ilgili alınan önlemlere genel olarak bakıldığında ihale sözleşme konusu işin teslim süresinin değiştirilmesi temel önlem olarak görülürken, işin ifasının ise mümkün olmayacağı durumlarda ise sözleşmenin feshine de imkân tanındığı görülmektedir. Ayrıca alınacak önlemlerde kamu ihalelerinin yürütülmesinde tarafların tabi olduğu başta hesap verilebilirlik ve şeffaflık ilkeleri olmak üzere genel ilkelere bağlı olmak koşulu ile idarelere geniş takdir yetkilerinin tanındığı görülmektedir. Diğer taraftan aşırı acil durumların varlığı halinde kamu alımlarının kamu yararı çerçevesinde etkin bir şekilde sürdürülebilirliğini sağlayabilmek için olağanüstü dönemlerde yasaklı olabilecek kişilere ihalelere katılma, sözleşmelere taraf olma, sözleşmenin fesih edilmemesi gibi ayrıcalıklar tanınarak tedarik sürecinin hassasiyetinin dikkate alındığı görülmektedir. Direktif sözleşme hükümleri incelendiğinde sorumlulukla ilgili genel çerçevenin çizildiği ancak sürecin yürütülmesi ve sonuçlandırılması için esasen ulusal mevzuat hükümlerinin ön plana çıkarıldığı görülmektedir.

IV. Diğer Bazı Ülkelerde Kamu Alımları ile İlgili Alınan Önlemler

Salgın döneminde kamu alımlarının kamu yararı çerçevesinde sürekliliğini sağlamak amacıyla birçok önlemin alındığı görülmektedir. Alınan önlemleri öncelikle Türkiye- Avrupa Birliği çerçevesinde ele almamızın temel sebebi Türkiye'nin AB'ye tam üyelik sürecinde bir ülke olması nedeniyle kamu ihale mevzuatını AB müktesebatına uyumlaştırma taahhüdüdür. Bu başlık altında Türkiye ve Avrupa Birliği önlemleri ile benzer önlemler dışında kalan okuyucuya katkısı olacağını düşündüğümüz diğer bazı önlemlerden bahsedeceğiz.

A. Birleşik Krallık

Avrupa Komisyonu tarafından yayınlanan 2020/180c rehberinde yer alan uygulamalar ve öneriler Birleşik Krallık her ne kadar 31 Ocak 2020'de Brexit ile Avrupa Birliğinden ayrılrsa da Birleşik Krallık kamu alımları içinde geçerli olarak kabul edilmiştir⁵³. Bunun en büyük nedeni Birleşik Krallık her ne kadar AB'den ayrılmış olsa da Kamu İhale Kanunu'nun henüz millileştirilmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle öncelikle bilinmesi gerekir ki Avrupa Komisyonu tarafından salgın sürecinde ihalelere yönelik alınan bütün önlemler ve düzenlemeler Birleşik Krallık içinde geçerli olmaktadır. Bu nedenle ülkede AB önlemleri geçerli olsa da yerel mevzuatlarında da çeşitli düzenlemeler yaptıkları görülmektedir.

Birleşik Krallık kabine ofisi, kamu kurumlarının salgına karşı alacakları önlemlerde süreci yönetmelerine destek olmak amacıyla temel olarak üç ayrı Kamu Alımları Politikası Yasası (PPN 01/20, PPN 02/20 ve PPN 03/20) çıkarmıştır. Bu yasalardan bir

⁵³ Alistair Maughan and Felix Helmstädter, (2020) April (6), 'Guidance on the EU Procurement Regime During Covid-19 Crisis', Morrison & Foerster, < <https://govcon.mofo.com/international-public-procurement/guidance-on-the-eu-procurement-regime-during-covid-19-crisis/> >, Erişim Tarihi 12 Mayıs 2021.

numaralı olan genel olarak COVID- 19 salgınının önlenmesi hususunda kamu alımları ile ilgili alınacak önlemleri konu alırken, iki numaralı olan salgın sürecinde kamu alım politikaları ile ilgili sıkça sorulan sorulara cevap vermekte ve üç numaralı olan ise esasen tedarikçilere yapılacak ödemelerle ilgili bilgiler⁵⁴ paylaşmaktadır. Üç yasal düzenleme Birleşik Krallıktaki salgın sürecinde kamu alımlarına yönelik alınan önlemlerin temelini oluştursa da süreç içerisinde bu üç yasayı destekleyici yeni düzenlemelerde yapıldığı görülmektedir. Bahsedilen hukuki düzenlemeler esasen, ihale makamı ile tedarikçileri arasında sözleşme kapsamında doğrudan bir ilişkinin olduğu inşaat işleri gibi sözleşmeli mallar, hizmetler ve yapım işleri sözleşmeleri için geçerlidir. Hibeler gibi diğer finansman mekanizmalarına veya ulaşım sağlama gibi özel gelirle desteklenen sözleşmelere uygulanmazlar. Her ne kadar hukuki düzenlemeler yer alsada bu düzenlemeler daha çok rehber niteliği taşımakta ihale makamlarının kendi tedarikçilerine karşı sorumluluğu esas olup, ihale makamı uygun olduğunu düşündüklerinden başka bir düzenlemeyi uygulamakla yükümlü kılınmamıştır. Alınan önlemlerin temelinde, salgın döneminde sözleşmenin tarafı olan idarelerin hizmet sürekliliğini sağlamaları, altyapı ve tedarik zincirinin devam ettirilmesi gibi temel yükümlülüklerin yerine getirilmesidir⁵⁵.

Ülkede salgın sırasında ve sonrasında hizmet sürekliliğini sağlamak için, hükümet tarafından, tüm kamu sektörü ihale makamlarına risk altındaki tedarikçilerini çeşitli şekillerde desteklemeleri tavsiye edilmiştir. Sözleşmenin tarafı olan idare, tedarikçinin risk altında olduğuna karar verirse, tedarikçiler tüm sözleşme gereksinimlerini karşılayamazlar bile 3 ay boyunca (veya en uygun zaman dilimine) onlara normal şekilde ödeme yapılabilecektir. Eğer tedarikçi sözleşmeden kaynaklı yükümlülüklerini normal bir şekilde yerine getirmeye devam edebiliyorsa idare sözleşmede yer alan ödeme periyoduna uygun bir şekilde ödeme yapacaktır. Ayrıca idareler, tedarikçilerle tedarik ödemelerini ne sıklıkla yapmaları gerektiği konusunda karşılıklı uzlaşmaya varacakları bir ödeme periyodu da belirleyebilmektedirler. Tedarikçiler ödemeye hak kazanabilmek için idarelerin tedarik süresi boyunca maliyet verilerini şeffaf bir şekilde takip edebilecekleri “açık defter” yaklaşımını benimsemelidirler. Diğer taraftan, kritik nitelikte hizmetlerin sunumu ile ilişkili olan ihalelerde ise sözleşmeden kaynaklı yükümlülükler kesintiye uğramış veya askıya alınmış olsa bile, tedarikçi salgından kaynaklı olarak bir risk altındaysa ödemeleri normal şekilde yapılmaya devam edilebilecektir⁵⁶.

⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkznz; Procurement Policy Note- Use of Procurement Cards- The UK Cabinet Office (2020), OJ L 03/20.

⁵⁵ The UK Cabinet Office, (2020) 02/20 (v2), ‘Frequently Asked Questions (FAQs)’, < https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/879956/PPN_02_20_FAQs_09_04_20.pdf >, Erişim Tarihi 12 Mayıs 2021.

⁵⁶ Benzer bir şekilde İspanya’da gerekli şartların oluşması halinde sözleşmelerde askıya giden idareler tedarikçinin talebi üzerine ücretler, teminatların sürdürülmesi, makinelerin kira veya bakım maliyetleri ve sigorta poliçeleri gibi çeşitli masrafları tazmin etmekle yükümlü olmuşlardır (OECD, (n 34), 92- 93.). Aynı şekilde sözleşme yükümlülüklerinin yerine getirilmesi sürecinde salgın nedeniyle ortaya çıkabilecek gecikmeler halinde idarenin süre uzatımına gitmesi halinde maaş harcamalarının bir kısmı da idareye yüklenebilecektir (Garrigues, (2020) April 3, ‘New legislation in the field of public procurement resulting from the measures adopted to confront the economic and social impact of COVID-19’, < https://www.garrigues.com/sites/default/files/documents/covid19_novedades_para_la_contratacion_publica_english_version.pdf >, Erişim Tarihi 03 Nisan 2021.

Ödemeler konusunda bir diğer husus tedarikçilerden genellikle yemek hizmeti alan okullar için belirlenmiştir. Bu düzenlemeye göre okulların, hizmet alamadıkları eğitim-öğretim döneminin kapalı olduğu sürelerde dâhil olmak üzere tedarikçilere zamanında ödeme yapmaları hüküm altına alınmıştır. Hükümet, salgın süreci boyunca da okullara ücretsiz okul yemeği finansmanı vermeye devam edecektir⁵⁷. Uygulamaya giren bir diğer husus ise Ara Ödeme Modeli (Model Interim Payment) olarak adlandırılan ve tedarikçinin talebine bağlanan bir ödeme biçimidir. Böyle bir ödemenin temel amacı salgın nedeniyle kamu hizmetlerinin sürekliliğinin sekteye uğramasının önüne geçmektir. Hazır sözleşme beyanı yardımı ile idare ve tedarikçinin karşılıklı anlaşması ile sonuçlandırılır. Tedarikçi, ara ödemeye ihtiyaç duyduğu konuyu da (örneğin, personel maaşları veya alt yüklenici ödemesi) bildirmekle yükümlüdür. Sözleşmeye taraf olan idare ise başvuru yapan tedarikçi ile ilgili sözleşme yükümlülükleri ile ilgili bir değerlendirme yapmakta (örneğin, performans göstergesi/hizmet kredisi indirimi) ve süreci tamamlamaktadır⁵⁸.

Kamu alım süreci ile ilgili olarak ele alınan bir diğer konu ise doğrudan tedarikçi kuruluşlar bünyesinde yer alan işçilerin durumları ile ilgilidir. İşçilerin geçim sıkıntısı çekmelerinin önüne geçmek ve sözleşmeye bağlı kalmaksızın kanuni hastalık ödemesi haklarından yararlanması, kendilerini izole etmeleri gereken durumlarda işe gelme riskini ortadan kaldırmak, uzman işçilerin salgın döneminde çalışmaya devam eden diğer sektörlere kaymasını önleyerek uygun bir dönemde devam edecek olan yükümlülüklerin yerine getirilmesinde çalışmaya devam etmelerini sağlamak için kullanılan bir yöntemdir⁵⁹. İşçiler salgın nedeniyle çalışamazlarsa, örneğin hastalık, kendi kendine tecrit veya ofislerin geçici olarak kapanması nedeniyle veya 7 yaşına kadar çocuk okula gidemediği için evde çocuğa bakmakla yükümlü ise kendilerine aylık en fazla 2.500 Sterlin olmak üzere maaş oranlarının %80'i oranında ödeme yapılacaktır⁶⁰.

B. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletleri (ABD) hükümeti, salgın sürecinde en azından kritik öneme sahip olan kamu alımlarının sürdürülebilmesi için çeşitli önlemler almıştır. Ülkede kamu alımlarının öncelikli olarak elektronik ortamda yürütülmesi esassen elektronik ortamda yürütülemeyen ihalelerde ise çevrimiçi endüstri konferansları, videolu teklifler ve sanal olarak yapılan sözlü sunumlar ve sanal ortamda fikir birliği

⁵⁷ Supplier Relief due to Coronavirus (COVID-19) - Additional Sector Guidance for State Funded Schools (2021), OJ L 02/20 and 04/20.

⁵⁸ Örnek sözleşme metni için bkz; Guidance notes on Model Interim Payment Terms- The UK Cabinet Office (2020), OJ L 02/20.

⁵⁹ Guidance notes on Payments to Suppliers for Contingent Workers impacted by COVID-19- The UK Cabinet Office (2020), OJ L 02/20.

⁶⁰ Bu uygulama evden çalışmaya uygun işlerde okulun kapanması nedeniyle evde çocuk bakmak durumunda olan çalışanlar hariç olmak üzere geçerli değildir.

sağlanması (consensus evaluation) metodu⁶¹ ile yenilikçi çözümler üretme eğiliminde olmuştur. ABD Hükümeti, daha bilinçli karar verme, daha hızlı yanıt verme ve daha etkili ve yenilikçi çözümlerin edinilmesini mümkün kılan yenilikçi iş uygulamalarını ve teknolojilerini de bu süreçte desteklemiştir. Bu kapsamda İç Güvenlik Bakanlığı (DHS) dâhil olmak üzere belirli kurumlar gelecek vaat eden yeni teknolojiler sunan yüklenicilere daha kolay ulaşmasına izin veren yenilikçi düzenlemeler yapmışlardır⁶². ABD İç Güvenlik Bakanlığı yakın dönemde, uygulanabilir yenilikçi ticari ürünlerin alımına yönelik sözleşmeler imzalamak adına “ticari çözümler açma (streamlined manner)” yetkisi kullanarak ilana çıkmıştır⁶³. Önerilen yenilikçi ticari ürünler; salgından kaynaklı tıbbi alımlarla ilgili konular öncelikli olmak üzere belirlenecek diğer hususlarla ilgilidir. Kullanılan yöntemlerle bakanlık COVID-19 ve benzeri mikrobiyal tehditlerin tespitini, önlenmesini, kontrol altına alınmasını ve tedavisini desteklemek için yeni çözümler bulmaya çalışmaktadır⁶⁴.

Bu uygulamaların yanı sıra Savunma Üretim Kanunu (The Defence Production Act) kapsamında hükümetin üretim kapasitesini artırmak ve gerekli ürünlerin tedarikini sağlamak amacıyla 50 milyon ABD doları özel fondan harcama yapılmasına izin vermekle birlikte yasa, federal kurumların aylar sürebilen tedarik sürecini atlamasına izin vermekte ve hükümetin acil talebi üzerine şirketleri masaya gelip bir sözleşme imzalamaya zorlayabilmektedir⁶⁵. Savunma Üretim Kanunu ayrıca bir satıcının kapasitesini genişletmek için kredi verme, bir şirketin ürünlerinin dağıtımını kontrol etme ve şirketlerin daha yaygın olarak kullanılan gücü, hükümetin siparişini diğer müşterilerin siparişlerine göre önceliklendirmeye zorlama yeteneğine de izin

⁶¹ Bu metoda göre ihale sürecini değerlendiricilere belirli bir puanlama sistemi önceden belirlenecek kriterlere göre belirlenir daha sonra ihale sırasında puanla yapılır. İhale sırasında aykırı puanlar tartışılarak ihale sonuçlandırılır. Verimlilik ve savunulabilirlik arasında denge sağlamak temel amaçtır. Yüksek riskli alanlara öncelik vererek sonucu optimize ederken, ağır iş yükleri ve kısıtlı zaman baskısıyla daha iyi başa çıkmak için değerlendirme süreçlerini düzene sokun; değerlendirmenin uygun kayıtlarını tutmak ve değerlendirme ekibini uygunsuz müdahalelerden korumak ve sürecin adilliğini korumak öncelikli hedefdir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Paul Emanuelli, (2020), “Implementing Enhanced Consensus Scoring” < <https://procurementoffice.com/ implementing-enhanced-consensus-scoring/> >, The Procurement Office, Erişim Tarihi 03 Nisan 2021.

⁶² Benzer bir şekilde Güney Kore’de yenilikçi ürünün ticari öncesi tedariki kapsamında salgın sürecinde arındıran, dezenfekte eden ve aynı zamanda sahip olduğu acil durum müdahalesi özelliği ile portatif bir negatif basınç çadırı olan “Akıllı negatif basınç modülü” sözleşmesi imzalamıştır (OECD, (n 34) 59- 60.).

⁶³ Deputy Director for Management, (2020) March 20, ‘Executive Office Of The President Office Of Management and Budget Washington’, The White House, < <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2020/03/M-20-18.pdf> >, Erişim Tarihi 11 Nisan 2021.

⁶⁴ Bunlar; kişisel koruyucu ekipmanlar ve ek ihtiyaçlar, hastalık tarama yeteneklerini geliştirmek ve hızlandırmak, tesislerin temizleme yeteneklerinin geliştirilmesi, COVID 19’a karşı diğer teknolojik gereçler, salgın sürecinde mevcut üretim ve lojistik operasyonlarını dönüştürmek ana konularken başkaca önceliklerde belirlenebilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz; Department of Homeland Security, (2020) April 17, ‘Special Notice for Innovative Commercial Products in Support of Coronavirus (COVID-19) Response’, < https://beta.sam.gov/opp/7319f05fec5e43beb37574360e1e54f3/view?keywords=CSOP-HQ-CV-20-00001&s ort=-relevance&index=&is_active=true&page=1%3C >, Erişim Tarihi 11 Nisan 2021.

⁶⁵ Savunma Bakanlığı, ihale makamlarının yeni başlatılan Ticari Eşyalar Tespitini (CID) kullanmalarına olanak tanıyan acil durum tedarikine ilişkin bir bildiri yayınladı. CID altında listelenen kalemler, doğrudan bir ihale prosedürü altında “düzenli bir şekilde” satın alınabilir. 14 Nisan itibarıyla CID altında listelenen maddeler şunlardır: aşilar, tedaviler, acil tıbbi malzemeler ve tesisle ilgili hizmetler. Bu liste düzenli olarak güncellenmektedir.

vermektedir⁶⁶. Bu Kanun ABD Hükümetine büyük miktarda satın alma gücü verirken, kanundaki eksiklik, bir gecede oldukça özel üretim ekipmanı üretememesidir⁶⁷.

C. Şili

Şili salgın sürecinde kamu alımlarının etkin ve şeffaf bir şekilde sürebilmesi için “Compra Ágil” (Hızlı Satın Alma) adlı yeni bir portal uygulamaya koymuştur⁶⁸. Avrupa Birliği TED uygulamasına oldukça benzer olan bu portal, yaklaşık 1500 Amerikan doları altındaki kamu alım işlemlerini daha hızlı ve çevik hale getirmek ve küçük işletmelerin kamu alımlarına katılımını teşvik etmek için tüm alımlarında KOBİ'lere odaklanmakta ve bu uygulamanın işlem hacmi yapılan kamu alımlarının yaklaşık %80'ini temsil eden 1.8000 ABD dolarına denk gelmektedir⁶⁹. Bu mekanizmanın kullanılması kamu kurumları için zorunlu olup, kamu görevlileri teklif taleplerini platform üzerinden göndererek tedarikçilerden geri dönüşler almaktadır. Tüm satın alımlar, şeffaflık ve rekabet gücü sağlamak için platformda stoklanmış en az 3 fiyat teklifi almaktadır⁷⁰. KOBİ'lerin salgın sürecinde desteklenmesi ve ekonomi yönetimi içerisinde korunması amacıyla benzer şekilde İsrail'de yerel yönetimler tarafından KOBİ'lerden alım yapılmasına teşvik edici önlemler alındığı⁷¹, Güney Kore'de ise KOBİ'lerin desteklenmesi adına yerinde denetimlerin sınırlandırılarak ihale süreçlerinin basitleştirilmesi gibi çalışmalar da yapıldığı görülmektedir⁷².

İhale sürecine bir diğer katkı ise hükümet tarafından idarelerin takibini sağlamanın kolay olması açısından Excel formatlarında kritik ürünler sağlayan tedarikçilerin listesini yayınlamış olmasıdır. Benzer uygulamalar çeşitli ülkelerde de görülmektedir. Örneğin, Güney Afrika'da hükümet, tedarik sürekliliğini sağlamak ve fiyatları kontrol altında tutmak ve kolaylaştırılan kamu alım prosedürlerinin kötüye kullanımının önüne geçmek amacıyla müsteşarlık tarafından kalemler, tedarikçiler ve fiyatlar bir liste ile önceden belirlenmiştir. Muhasebe yetkilileri, listelenen malları

⁶⁶ COVID-19 krizi sırasında ilk kez bu Kanun, General Motor'u vantilatör üretme çabalarını hızlandırmaya zorlamak için 27 Mart'ta yürürlüğe girdi. Daha sonra federal yetkililer, Brooklyn'deki bir istifiçinin evine ve New Jersey'deki deposuna baskın düzenleyerek on binlerce cerrahi maskeyi telafi etmek için Savunma Üretim Yasası'na başvurmuştur.

⁶⁷ Commercial Item Determination for Supplies and Services Procured in Response to the coronavirus Disease 2019 (COVID 19), Acquisition and Sustainment- Office of The Under Secretary of Defense, (2020), OJ L FY20-COVID-19 CID.

⁶⁸ Benzer bir uygulamaya Avustralya'da da rastlanmaktadır. New South Wales'te, COVID-19 krizi sırasında kritik malzemeler üretmek için, hammaddeler veya üretim kapasitesine sahip tedarikçilerin malzeme sağlamları için ön taleplerini kaydedecekleri bir COVID-19 Acil Durum Malzemeleri kayıt portal oluşturulmuştur (NSW Government, 'e-tendering: Wiew Scheme - SCM8821', (2021) < <https://www.tenders.nsw.gov.au/?event=public.scheme.showArchived&RFTUUIID=DE449E37-03D9-9555-E68A9DE1EBD8689A> >, Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.

⁶⁹ KPMG, (n 19) 163.

⁷⁰ Chile Compra, 'Compra Eficiente; Compra Ágil', (2021), < <https://www.chilecompra.cl/compraagil/> >, Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.

⁷¹ KPMG, (n 19) 185.

⁷² Ayrıntılı bilgi için bknz; Public Procurement Service, 'PPS Administrator on Visit to C-19 Vaccine Syringe Maker', (2021), < <https://www.pps.go.kr/kor/index.do> >, Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.

tedarikçilerden ve listelenen fiyatlarla tedarik etmeye yönlendirilmiştir⁷³. Ukrayna’da ise benzer şekilde salgın sürecinde alımı gerekli olan mal, hizmet ve işlerle ilgili listeler yayımlayarak bu listede yer alan tedarik konuları için ayrıcalıklı ihale prosedürleri belirlenmiştir⁷⁴. Ayrıca Şili kamu ihale kurumu (ChileCompra), salgın döneminde idarelerin kamu alımları ile ilgili sorunları çözmek için bir de yardım masası oluşturmuştur⁷⁵.

D. Brezilya

Brezilya’da yerel ve federal kurumların içerisinde yer aldığı ve şirketler ile vatandaşlarında üye olduğu Türkiye’deki E-devlet sistemine benzer bir sistem üzerinden salgın kapsamında Tarım, Hayvancılık ve Tedarik Bakanlığı (MAPA)’na tarım sektörü ile ilgili bir kamu alım talebi gönderme bölümü düzenlenmiştir. Koronavirüsle mücadele kapsamında ihtiyaç duyulabilecek tedariki sağlama kapasitesine sahip şirketlere doğrudan başvuru yapabilecekleri bir panel oluşturulmuştur⁷⁶. Yeni koronavirüs ile ilgili satın almaların açıklanması ve izlenmesini amaçlayan bir diğer araç da Federal İhale Panelidir. Araç, pandemi döneminde yapılan tüm acil satın alımların ayrıntılarını sağlamaktadır. Federal İcra Şubesi’nden alınan verilere ek olarak, Federal Hükümetin Satın Alma Sistemini (Comprasnet) kullanan Federasyonun diğer kuruluşlarının kurum ve kuruluşlarına ilişkin bilgiler de mevcuttur. Herhangi bir vatandaş portalda yayınlanan halka açık satın almalarla ilgili bir şikâyette bulunmakla ilgileniyorsa, Fala.br portalı üzerinden Birlik Genel Denetçisi Ombudsman Ofisine (CGU) başvurularda bulunabilmektedir⁷⁷.

E. Kolombiya

Kolombiya hükümeti salgının etkisini azaltmak adına çeşitli düzenlemeler içeren 2020 tarihli 440 sayılı Kararnamesinde, kamu ihalelerinin salgın döneminde sürekliliğinin sağlanabilmesi için elektronik iletişim araçlarının (Skype, FaceTime, Whatsapp, Teams vb) kullanılması öncelikli olarak kararlaştırmıştır. Aktif kamu alım sürecinin kamuya açık olarak yapılmasının ertelenmesine, ancak elektronik

⁷³ Gavin Noeth, ‘South Africa- Impact of COVID-19 on Public Procurement’, (2020), CMS Law Tax Future, < <https://cms.law/en/ken/publication/impact-of-covid-19-on-public-procurement> >, Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.

⁷⁴ Ministry of Economy of Ukraine, ‘International Public Procurement Activities’, (2021), < <https://www.me.gov.ua/Documents/MoreDetails?lang=uk-UA&id=274b77ed-ad89-446f-83f5-7686f44827bd&title=UgodasotProDerzhavniZakupivli-wtoGpa-> >, Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.

⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bknz; ChileCompra, ‘Importante: Compras públicas ante estado de excepción de catástrofe nacional por Coronavirus’, (2020), < <https://www.chilecompra.cl/2020/03/importante-compras-publicas-ante-alerta-sanitaria-por-coronavirus/> >, Erişim Tarihi 21 Nisan 2021; ChileCompra, ‘Normativa; Directivas de CompraW’, (2020), < <https://www.chilecompra.cl/category/centro-de-documentacion/normativa/directivas-de-compra/> >, Erişim Tarihi 21 Nisan 2021.

⁷⁶ Ayrıntılı bilgi için bknz; Portal de Compras do Governo Federal, ‘Sistemas’, (2021), < <https://www.gov.br/compras/pt-br/sistemas> >, Erişim Tarihi 24 Nisan 2021.

⁷⁷ Ministério da Economia, ‘Governo lança painel com dados dos pregões eletrônicos voltados ao combate ao coronavírus’, (2021) < <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/abril/governo-lanca-painel-com-dados-dos-pregoes-eletronicos-voltados-ao-combate-ao-coronavirus> >, Erişim Tarihi 24 Nisan 2021.

iletişim araçlarından yararlanmanın mümkün olmaması durumunda izin verileceği kararlaştırılmıştır. Gerekli hallerde itiraz yolu kapalı olmak üzere kamu yararı çerçevesinde idarelere ihale ilanlarının iptali hakkı tanınmıştır. İhalelerde etkinliğin sağlanarak salgın döneminde sürecin verimli geçirilebilmesi açısından bölgesel kuruluşlara, Kolombiya Kamu Alımları Kurumu (*Kolombia Compra Eficiente*)’nun Sanal Mağazası (Colombia Compra Eficiente) aracılığıyla tek tip teknik özelliklere sahip olan mal ve hizmetleri alma önceliği tanınmıştır⁷⁸. Kamu kurumları, öncelikle temizlik ürünleri, kişisel koruyucu ekipman, tıbbi ekipman, BT hizmetleri ve sağlık hizmetlerinin sunumu amacıyla bu yöntemi kullanacaklardır. Son olarak salgın süresinde OHAL ilan edilen zamanlarda kamu makamları, bir ihale sürecini takip etmek zorunda kalmadan, gerekli olan malların temini, hizmetlerin sağlanması ve işlerin yürütülmesi için doğrudan temin için aciliyet manifestosu ilan edebileceklerdir⁷⁹. COVID-19 sürecinde ihale sürecinin işlevselliğini koruyabilmesi için prosedürel sürecin hafifletilmesine yönelik alınan önlemlerin suiistimalinin önüne geçilmesi amacıyla bir de şeffaflık yönergesi yayınlanmıştır. Yönergede sosyal kontrol ve izlenmeyi kolaylaştırmak için idarelerin bu süreçte salgın kaynaklı yaptıkları alımlarda sözleşmelerinde “COVID-19” kelimesini kullanmaları beklenmektedir⁸⁰.

F. Peru

Peru’nun kamu alımları otoritesi olan AGİT (Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado) 026-2020 sayılı Acil Kararnamesi ile birlikte, Ulusal Sağlık Enstitüsünün (Instituto Nacional de Salud) talebi üzerine, numuneleri almak, taşımak ve işlemek için gerekli mal ve hizmet alımlarının merkezi ihale kuruluşu (Perú Compras) aracılığı ile yapılması kararlaştırılmıştır. Son olarak dikkat çekici başka düzenleme ise AGİT salgın sürecinde kamu alımlarının sağlıklı bir şekilde yürütülmesini sağlamak için “Yo me quedo en casa (evde kalıyorum)” önleme kampanyası çerçevesinde Facebook üzerinden sürekli *sanal eğitimler*⁸¹ vermiştir⁸².

⁷⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz; Colombia Compra Eficiente, ‘Guía de Transparencia en la Contratación Estatal Durante la Pandemia del Covid-19’, (2020) Version 1, Colombia Compra Eficiente, 1, 4- 26.

⁷⁹ Daniel Rodrigues, Maria Lucia Amador and Juanita Aguirre, ‘Public Procurement Emergency Measures Adopted By The Colombian National Government To Address Covid-19’, (2020), CMS Law Tax Future, < <https://cms.law/en/col/publication/public-procurement-emergency-measures-adopted-by-the-colombian-national-government-to-address-covid-19> >, Erişim Tarihi 21 Mayıs 2021.

⁸⁰ Colombia Compra Eficiente, (n 62), 4.

⁸¹ Her oturum 90 dakika olmak üzere şimdye kadar 10.000’den fazla kişinin katıldığı “Acil Durumda Doğrudan İhale”, “Kamu Alımlarında ABC”, “Başarılı teklif tekliflerinde ABC”, “Sözleşme Yönetimi”, “İhale Değerlendirmesi”, “Para ve Sonuç için Değerler” gibi belirli konuları kapsar. -tabanlı yönetim ve Seçim prosedürlerinde etik ve dürüstlük, sanal eğitimler verilmektedir.

⁸² Bknz; National Open Data Portal of the Presidency of the Council of Ministers, ‘Contrataciones ante la Emergencia Sanitaria por la existencia del Coronavirus - [Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE)]’, (2021) < <https://www.datosabiertos.gob.pe/dataset/contrataciones-ante-la-emergencia-sanitaria-por-la-existencia-del-coronavirus-organismo> >, Erişim Tarihi 21 Mayıs 2021.

V. Sonuç

Kamu ihaleleri kalkınmanın ve ekonominin önemli bir aracı olduğu kadar aynı zamanda kamu hizmetlerinin sürdürülebilirliği açısından da oldukça önemlidir. Bu sebepten dolayı kamu ihaleleri COVID 19 salgını döneminde de oldukça önemli olmuş ve hükümetler açısından ivedilikle üzerine eğilmesi gereken bir konu olarak değerlendirilmiştir. Kamu ihalelerine yönelik salgın döneminde alınan önlemlere baktığımızda hükümetlerin çoğunlukla halihazırda mevzuatlarında yer alan olağanüstü dönemlerde uygulanabilecek hükümleri hatırlattıkları ya da uygulamada yer alan hükümleri kolaylaştırıcı ve hızlandırıcı veya elektronik ortamlara kaydırıcı rehberler, duyurular ve adsız düzenleyici işlemler yayımladıkları görülmüştür. Kamu ihaleleri ile ilgili salgın döneminde alınan önlemler esasen kamu ihale sürecine yönelik önlemler ve ihale sözleşmelerinden kaynaklanan yüklenicilerin yükümlülüklerden kaynaklı önlemler şeklinde iki şekilde ortaya çıkmıştır. Ayrıca kamu ihalelerinde isteklilerin ve tedarikçilerin mali anlamda desteklenerek kamu ihalelerinin sürdürülebilirliğinin sağlanması için mali desteklerin sağlandığı görülmüştür. Diğer taraftan kamu ihalelerinin sürdürülebilirliğine yönelik salgın döneminde alınan önlemlerin uygulanması ile ilgili olarak incelenen ülkelerde kurumsal yapının geliştiği başta Avrupa Birliği olmak üzere birçok ülkede hesap verilebilirlik ve şeffaflık ilkelerine bağlı olmak koşuluyla idarelere geniş takdir yetkileri verildiği, Türkiye'nin de içinde bulunduğu ülkelerde ise çoğunlukla idarelerin bağlı yetki ile donatıldığı ve merkezi idare birimleri ile yetki paylaşılması yolunun tercih edildiği görülmektedir.

Genel olarak inceleme konusu tüm ülkeler salgın sürecinin yönetiminde kamu ihalelerinde elektronik çözümleri öncelikle kabul etmişlerdir. İhaleler tamamen elektronik ortamda yürütülebiliyorsa ihaleler elektronik ortama taşınırken kısmen elektronik ortamda yürütülebilen ihalelerde ise en azından ihale bürokrasisinin elektronik yollarla gerçekleştirilmesi ihalelerin ise salgın tedbirleri ile sürdürülmesi kabul edilen temel yöntem olmuştur. İhale süreci ve sözleşmeden kaynaklı yükümlülüklerle ilgili alınan önlemlere bakıldığında inceleme konusu ülkelerin benzer önlemler aldıkları görülmektedir. Alınan önlemleri özellikle Türkiye ve Avrupa Birliği (AB) açısından incelediğimizde alınan önlemlerin benzer olduğu ancak AB uygulamalarının daha esnek ve idareye geniş takdir yetkileri öngören önlemler olduğu görülmektedir. Benzer şekilde ihale sözleşmelerinden kaynaklanan sözleşme yükümlülüklerinin yerine getirilmesi ile ilgili yaşanacak imkansızlık hallerinin her iki ülkede de mücbir sebep hükümlerine bağlandığı sonuçları itibariyle de teslim süresinde değişiklik ve diğer değişiklikler yüklenici değişikliği, fiyat revizyonu, tedarik mallarında değişim gibi benzer sonuçları içerdiği görülse de pratikte Türkiye uygulamalarının yoğun bürokratik süreci öngördüğü bu nedenle de salgın gibi olağanüstü dönemlerde tedarikçi açısından etkin uygulanabilirlik açısından tartışmalı olduğu görülmektedir. Ayrıca sürecin hızlanması ve gerekli alımların yapılabilmesi

adına birçok ülkede Türkiye'den farklı potansiyel yüklenicilerle telefon, video konferans, e-posta veya şahsen görüşmeler yapılabilmesi, sürekliliğin sağlanabilmesi açısından piyasada daha iyi bağlantıları olan tedarikçilere iş bırakılabilmesi, gerekli stokları olan ve anında teslimde bulunabilecek ülkelere temsilci gönderilebilme, üretimin başlaması, yenilenmesi veya artışın sağlanması için ilgili tedarikçilerle iletişime geçebilme gibi ayrıcalıklı uygulamaların olduğu da görülmektedir.

Mali açıdan bakıldığında ise, tedarikçilere sağlanan zararlarını tazmin etme hakkı, ihalenin belirli bir tutarı kadar avans ödeme, zorunlu teminatların önemli ölçüde indirimli olarak uygulanması, tedarikçi yükümlülüklerini yerine getiremeyecek durumda olsa bile risk altındaysa belirli bir müddet ödemelere normal bir şekilde devam edilebileceği, ara ödeme modeli ile tedarikçi personelin işçi maaşlarının ödenmesi, uzman işçilerin başka sektörlere kaymasını önlemek için yapılan ödemeler, belirli miktara kadar olan işler için KOBİ'lerden alım yapma zorunluluğu gibi uygulamalar yapıldığı görülmektedir. Diğer taraftan AB, Güney Kore, ABD gibi ülkelerde salgın döneminde inovasyon üretimini desteklemek adına potansiyel tedarikçilerin projelendirdiği tekliflerin önceliklendirilmesi uygulamaları, ABD'de savunma üretim kanunu ile acil alımların hızlandırılması ve nihayete erdirilmesi için potansiyel tedarikçilere zorunlu sözleşme imzalatılma uygulamaları da yer almaktadır. Salgın döneminde önemli olabilecek bir diğer uygulama ise hesap verilebilirlik ve şeffaflığın sağlanması hedefi ile Güney Afrika ve Ukrayna'da salgın dönemi ihtiyaçlar listesinin Excel formatında yayımlanması, Şili ve Brezilya'da elektronik portal üzerinden kamu alım sürecinin kamuoyu ile canlı olarak paylaşılması ve aynı portal üzerinden kamuoyunun tereddütlerinin giderilmesi uygulamaları da yer almaktadır.

İncelenen ülkelerden Türkiye için önerilerde bulunacak salgın döneminden edinilen tecrübeler ışığında salgın sonrası dönemde de ihalelerin yapılması ile mal ve hizmet teslim süreçleri ile ilgili fiziksel ortamda yürütülen tüm uygulamalar dijital platforma taşınmalıdır. Dijital uygulamaların sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi için yazılımları ve dijital platformları denetleyecek ve kontrol altına alabilecek bir denetim mekanizması kurulmalıdır. Olağanüstü dönemlerde, özellikle ihaleler ile ilgili sürecin işletilebilmesi ve çeşitli kararların verilmesinde hesap verilebilirlik ve şeffaflık ilkelerine bağlı kalacak şekilde ve hukuki güvenliği temin etmek şartıyla tıpkı kurumsal yapının geliştiği ülkelerde olduğu gibi Türkiye'de de idareler olağanüstü takdir yetkileri ile donatılarak hızlı karar verme süreci kolaylaştırılmalıdır. İhale yöntemleri konusunda yapılacak düzenlemelerle doğrudan alım kapsamında olan bazı acil ve zaruri alımların kapsamı genişletilebilir. Daha hızlı çözümler edinilebilmesi ve öngörülebilirliğin artırılabilmesi için ihale mevzuatında olağanüstü dönemlere yönelik daha fazla düzenlemeye ihtiyaç vardır. İhale sözleşmelerinden kaynaklanan yükümlülüklerin mücbir sebepler nedeniyle gerçekleştirilemediği durumlarda

tedarikçilerin zararlarının teminat altına alınabilmesi için 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu dışında Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda da ayrıca düzenleye yer verilmelidir. Salgın döneminde ve sonrasında şeffaflık ve hesap verilebilirliğin sağlanması için yeni argümanlar geliştirilmelidir. Son olarak öneri olarak sunulan tüm hususların Türkiye'nin sadece bugünü değil geleceği de göz önüne alınarak kapsayıcı önlemler şeklinde alınması doğru olacaktır. Nitekim salgın dönemi tüm dünya için yeni bir yönetim anlayışının ve ekonomik sürecin kapılarını aralamıştır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Yazar Katkısı: Çalışma Konsepti/Tasarımı: M.Ç.; Veri Toplama: M.Ç.; Veri Analizi /Yorumlama: M.Ç., M.Y.; Yazı Taslağı: M.Ç.; İçeriğin Eleştirel İncelemesi: M.Ç., M.Y.; Son Onay ve Sorumluluk: M.Ç., M.Y.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Author Contributions: Conception/Design of study: M.Ç.; Data Acquisition: M.Ç.; Data Analysis/Interpretation: M.Ç., M.Y.; Drafting Manuscript: M.Ç.; Critical Revision of Manuscript: M.Ç., M.Y.; Final Approval and Accountability: M.Ç., M.Y.

Bibliyografya/Bibliography

- Alistair M and Felix H, (2020) April (6), 'Guidance on the EU Procurement Regime During Covid-19 Crisis', Morrison & Foerster, < <https://govcon.mofo.com/international-public-procurement/guidance-on-the-eu-procurement-regime-during-covid-19-crisis/> >, Erişim Tarihi 12 Mayıs 2021.
- Baratta R, (2020), 5 (1), 'EU Soft Law Instruments as a Tool to Tackle the COVID-19 Crisis: Looking at the "Guidance" on Public Procurement Through the Prism of Solidarity', European Papers- European Forum, 365, 369.
- Ben Khelil K and Tenailleau F, 'Public procurement contracts in the context of the Covid-19 crisis in France', (2020), CMS LawNowTM, < https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2020/05/public-procurement-contracts-in-the-context-of-the-covid-19-crisis-in-france?cc_lang=en >, Erişim Tarihi 06 Mart 2021.
- Beuter R, 'EU public procurement policy in the context of COVID-19', (2020), (August), EIPA Briefing 2020/6: Sharpening The Teeth Of The İnfringement Procedure, 1, 3.
- Chile Compra, 'Compra Eficiente; Compra Ágil', (2021), < <https://www.chilecompra.cl/compraagil/> >, Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.
- ChileCompra, 'Importante: Compras públicas ante estado de excepción de catástrofe nacional por Coronavirus', (2020), < <https://www.chilecompra.cl/2020/03/importante-compras-publicas-ante-alerta-sanitaria-por-coronavirus/> >, Erişim Tarihi 21 Nisan 2021.
- ChileCompra, 'Normativa; Directivas de CompraW', (2020), < <https://www.chilecompra.cl/category/centro-de-documentacion/normativa/directivas-de-compra/> >, Erişim Tarihi 21 Nisan 2021.
- Colombia Compra Eficiente, 'Guía de Transparencia en la Contratación Estatal Durante la Pandemia del Covid-19', (2020) Version 1, Colombia Compra Eficiente, 1, 4- 26.

- Commercial Item Determination for Supplies and Services Procured in Response to the coronavirus Disease 2019 (COVID 19), Acquisition and Sustainment- Office of The Under Secretary of Defense, (2020), OJ L FY20-COVID-19 CID.
- Demirel S, ‘Kamu İhale Hukuku Bağlamında Yapım İşleri Sözleşmelerinde Mücbir Sebeye Dayalı Süre Uzatımı Verilmesi’, (Temmuz 2014), 9 (95), Terazi Hukuk Dergisi, 55, 57.
- Dentons, (2020), ‘COVID-19 Outbreak: Implications For Public Contracts Europe Overview’, Dentons, < <https://www.dentons.com/en/insights/articles/2020/march/20/-/media/4e3b92ce07334ed1b0adae8a0c339173.ashx>, >, Erişim Tarihi 12 Mayıs 2021.
- Department of Homeland Security, (2020) April 17, ‘Special Notice for Innovative Commercial Products in Support of Coronavirus (COVID-19) Response’, < https://beta.sam.gov/opp/7319f05fec5e43beb37574360e1e54f3/view?keywords=CSOP-HQ-CV-20-00001&sort=relevance&index=&is_active=true&page=1%3C, >, Erişim Tarihi 11 Nisan 2021.
- Deputy Director for Management, (2020) March 20, ‘Executive Office Of The President Office Of Management and Budget Washington’, The White House, < <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2020/03/M-20-18.pdf>, >, Erişim Tarihi 11 Nisan 2021.
- Emanuelli P, (2020), “Implementing Enhanced Consensus Scoring” < <https://procurementoffice.com/implementing-enhanced-consensus-scoring/>, >, The Procurement Office, Erişim Tarihi 03 Nisan 2021.
- European Commission, < https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/digital_en, >, ‘Digital Procurement’, 7- 17.
- European Commission, (2020) March (19), ‘COVID-19: Commission creates first ever rescueEU stockpile of medical equipment’, Brussels, < https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_476, >, Erişim Tarihi 12 Mayıs 2021.
- European Commission, (2020), ‘Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs’, The European single market: Public Procurement < https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement_en, >, Erişim Tarihi 16 Nisan 2021.
- European Commission, ‘Innovation Procurement- Guidance and good practice on buying innovative products and services’. < https://ec.europa.eu/info/policies/public-procurement/tools-public-buyers/innovation-procurement_en, >, Erişim Tarihi 12 Nisan 2021.
- European Commission, 2020/C 108 I/01 of 01 April 2020 Guidance from the European Commission on Using The Public Procurement Framework in the Emergency Situation Related to the COVID-19 Crisis, [2020], OJ C 108I/1.
- Forum Vergabe, ‘Beschaffungen in der Corona-Pandemie: Fortlaufend Aktualisiert’, (11 January 2021); Forum Vergabe, < <http://www.forum-vergabe.de/news-detail/beschaffungen-in-der-corona-pandemie-fortlaufend-aktualisiert-8164/>, >, Erişim Tarihi 16 Mayıs 2021.
- Garrigues, (2020) April 3, ‘New legislation in the field of public procurement resulting from the measures adopted to confront the economic and social impact of COVID-19’, < https://www.garrigues.com/sites/default/files/documents/covid19_novedades_para_la_contratacion_publica_english_version.pdf, >, Erişim Tarihi 03 Nisan 2021.
- Guidance notes on Model Interim Payment Terms- The UK Cabinet Office (2020), OJ L 02/20.
- Guidance notes on Payments to Suppliers for Contingent Workers impacted by COVID-19- The UK Cabinet Office (2020), OJ L 02/20.
- International Labour Organization (ILO), ‘ILO Monitor: COVID-19 and The World Of Work: Fifth Edition Updated Estimates And Analysis’, (30 June 2020), < https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_749399.pdf, >, Erişim Tarihi 03 Nisan 2021, 5- 9.

Kamu İhale Genel Tebliği, Resmi Gazete Tarihi: 22.08.2009/27327.

Kamu İhale Kurumu, 'Coronavirüs (Covid-19) Tedbirleri Hakkında Duyuru', < http://ihale.gov.tr/Duyuru/344/coronavirus_covid-19_tedbirleri_hakkinda_duyuru.html>, Erişim Tarihi 06 Mart 2021.

Kamu İhale Kurumu, 'Covid-19 Nedeniyle İhale İşlemlerinde Dikkat Edilecek Hususlar', < http://www.ihale.gov.tr/Duyuru/346/covid-19_nedeniyle_ihale_islemlerinde_dikkat_edilecek_hususlar.html>, Erişim Tarihi 08 Nisan 2021.

Kamu İhale Kurumu, 'EKAP Akademi', < <http://ekapakademi.kik.gov.tr/>>, Erişim Tarihi 07 Mart 2021.

Kanceljak M and Mušec M, 'Guidelines for Public Procurement in Croatia during the COVID-19 Crisis', (14.04.2020), CMS LawNowTM, < https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2020/04/guidelines-for-public-procurement-in-croatia-during-the-covid-19-crisis?cc_lang=en>, Erişim Tarihi 06 Mart 2021.

Korkea-Aho E, 'EU Soft Law in Domestic Legal Systems: Flexibility And Diversity Guaranteed?', (2009) 16 (3), Maastricht Journal of European and Comparative Law, 271, 276.

KPMG, 'Government and Institution Measures in Response to COVID-19: Update 10', (02 April 2020), < <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/xx/pdf/2020/04/government-and-institution-measures-in-response-to-covid-19-asia-oceania.pdf>>, Erişim Tarihi 06 Mayıs 2021, 1, 211.

Maughan A and Helmstädter F, (2020), April (6), 'Guidance on the EU Procurement Regime During Covid-19 Crisis', Morrison & Foerster, < <https://govcon.mofo.com/international-public-procurement/guidance-on-the-eu-procurement-regime-during-covid-19-crisis/>>, Erişim Tarihi 13 Nisan 2021.

Mcevoy E and Ferri D, (2020) 11 (4), 'The Role of the Joint Procurement Agreement during the COVID-19 Pandemic: Assessing Its Usefulness and Discussing Its Potential to Support a European Health Union', European Journal of Risk Regulation, 851, 863.

Ministério da Economia, 'Governo lança painel com dados dos pregões eletrônicos voltados ao combate ao coronavírus', (2021) < <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/abril/governo-lanca-painel-com-dados-dos-pregoes-eletronicos-voltados-ao-combate-ao-coronavirus>>, Erişim Tarihi 24 Nisan 2021.

Ministry of Economy of Ukraine, 'International Public Procurement Activities', (2021), < <https://www.me.gov.ua/Documents/MoreDetails?lang=uk-UA&id=274b77ed-ad89-446f-83f5-7686f44827bd&title=UgodaSo tProDerzhavniZakupivli-wtoGpa->>, Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.

National Open Data Portal of the Presidency of the Council of Ministers, 'Contrataciones ante la Emergencia Sanitaria por la existencia del Coronavirus - [Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE)]', (2021) < <https://www.datosabiertos.gob.pe/dataset/contrataciones-ante-la-emergencia-sanitaria-por-la-existencia-del-coronavirus-organismo>>, Erişim Tarihi 21 Mayıs 2021.

Nazaneen IA, 'Can Public Procurement Bring Socio-Economic Empowerment Policies into Implementation?', (2020), (November), World Bank Blogs, < <https://blogs.worldbank.org/governance/can-public-procurement-bring-socio-economic-empowerment-policies-implementation>>, Erişim Tarihi 03 Nisan 2021.

Noeth G, 'South Africa- Impact of COVID-19 on Public Procurement', (2020), CMS Law Tax Future, < <https://cms.law/en/ken/publication/impact-of-covid-19-on-public-procurement>>, Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.

NSW Government, 'e-tendering: Wiew Scheme - SCM8821', (2021) < <https://www.tenders.nsw.gov.au/?event=public.scheme.showArchived&RFTUUIID=E68A9DE1EBD8689A>>, Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.

- OECD, (2020) June (24), Stocktaking Report on Immediate Public Procurement and Infrastructure Responses to COVID-19, (Browse OECD Contributions, Updated 24 June 2020) 106- 107.
- OECD, (2020), April (08), ‘Application of public procurement rules during the COVID–19 crisis from the perspective of the European Union’s Procurement Directives and the Government Procurement Agreement’, SIGMA, 1, 3.
- Özçelik ŞB, ‘COVID-19 Salgını Çerçevesinde Alınan Önlemlerin Sözleşme Hukuku ve Mücbir Sebep Kavramı Açısından Değerlendirilmesi’, (2020), Lexpera Blog- On İkiyevha Yayıncılık, <<https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-cercevesinde-alinan-onlemlerin-sozlesme-hukuku-ve-mucbir-sebep-kavrami-acisindan-degerlendirilmesi/>>, Erişim Tarihi 15 Mayıs 2021.
- Portal de Compras do Governo Federal, ‘Sistemas’, (2021), < <https://www.gov.br/compras/pt-br/sistemas> >, Erişim Tarihi 24 Nisan 2021.
- Procurement Policy Note- Use of Procurement Cards- The UK Cabinet Office (2020), OJ L 03/20.
- Public Procurement Service, ‘PPS Administrator on Visit to C-19 Vaccine Syringe Maker’, (2021), < <https://www.pps.go.kr/kor/index.do> >, Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.
- Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015: Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development- United Nations, (2015) OJ L A/RES/70/1.
- Rodrigues D, Amador ML and Aguirre J, ‘Public Procurement Emergency Measures Adopted By The Colombian National Government To Address Covid-19’, (2020), CMS Law Tax Future, < <https://cms.law/en/col/publication/public-procurement-emergency-measures-adopted-by-the-colombian-national-government-to-address-covid-19> >, Erişim Tarihi 21 Mayıs 2021.
- Sayıştay 8.D, 36/198, 16.02.2021.
- Supplier Relief due to Coronavirus (COVID-19) - Additional Sector Guidance for State Funded Schools (2021), OJ L 02/20 and 04/20.
- The UK Cabinet Office, (2020) 02/20 (v2), ‘Frequently Asked Questions (FAQs), < https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/879956/PPN_02_20_FAQs_09_04_20.pdf >, Erişim Tarihi 12 Mayıs 2021.
- World Bank (WB), Global Economic Prospects, (World Bank Group, June 2020), 21- 58.
- 2020/5 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi Kapsamındaki Süre Uzatımı ve Fesih Talepleri Yazısı, Hazine ve Maliye Bakanlığı/Strateji Geliştirme Başkanlığı, Yazının Sayısı: 30343279-045.99-E.384026, Yayımlanma Tarihi: 22/07/2020.
- COVID-19 Salgınının Kamu İhale Sözleşmelerine Etkisi konulu Cumhurbaşkanlığı Genelgesi, Genelge Numarası: 2020/5, Kabul Tarihi: 01.04.2020, Resmi Gazete Tarihi: 02.04.2020/31087.



İstanbul Hukuk Mecmuası

RESEARCH ARTICLE / ARAŞTIRMA MAKALESİ

Submitted: 20.12.2021
Revision Requested: 03.06.2022
Last Revision Received: 07.08.2022
Accepted: 08.08.2022

The Principle of Good Governance concerning Tax Law

Gamze Gümüşkaya^{*}

Abstract

Good governance does not have a general definition or a specific content. This concept is interpreted by different disciplines, different institutions on international and national platforms. From a legal perspective, the concept of governance has a close connection with the basic principles of the democratic state of law and human rights. However, the “good governance principle” or “the right to good governance” has not found a place in universal legal documents. In this regard, this principle is not regulated in the European Convention on Human Rights and its additional protocols. On the other hand, the European Court of Human Rights and Turkish Constitutional Court apply this principle concerning the individual application reviews. In these related judgments, the tax administration's passive attitude and failure to act in a timely and consistent manner were found to be contrary to the principle of good governance. In its judgment regarding the individual application of Reis Automotive Company, published in the Official Gazette, dated 07.03.2018 and numbered 30353, Turkish Constitutional Court clearly stated that the tax administration should act in accordance with the principle of good governance. In this context, it is important to reveal the meaning, scope, and legal basis of the principle of governance in terms of tax law. In the aforementioned judgment, it was decided that the tax administration should take the necessary measures to prevent different treatments among the taxpayers, which are subject to limited tax audits as in the present case of the individual application. In this study, after examining the meaning and applicability of the good governance principle in the field of tax law, the legal amendments regarding the procedure and principles in tax audits are reviewed from the perspective of the good governance principle.

Keywords

Good Governance, Governance, Good Administration, Tax Administration, Tax Audit, The Principle of Proportionality

Vergi Hukuku Bakımından İyi Yönetişim İlkesi

Öz

İyi yönetim kavramının genel kabul görmüş bir tanımı ya da sınırları belirli bir içeriği bulunmamakta; bu kavram farklı disiplinlerde, farklı kuruluşlarca ve uluslararası/ulusal düzlemlerde yorumlanmaktadır. Hukuki perspektiften bakıldığında; yönetim kavramının demokratik hukuk devletinin temel ilkeleri ve insan hakları ile yakın bağlantısının bulunduğu söylenebilecektir. Öte yandan “iyi yönetim ilkesi” ya da bireyler açısından bakıldığında “iyi yönetim hakkı”, evrensel belgelerde yer bulamamıştır. Bu kapsamda, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve ek protokollerinde de bu ilke düzenlenmemiştir. Öte yandan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin ve T.C. Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru denetiminde iyi yönetim ilkesinden yararlandığı görülmektedir. Söz konusu kararlarda; vergi idaresinin kendi hatasından kaynaklanan bir aykırılık ortaya çıktıktan sonra hatanın düzeltilmesi ya da zararın giderilmesi bakımından edilgen bir tutum takınması, zamanında ve tutarlı hareket etmemesi iyi yönetim ilkesine aykırı bulunmuştur. T.C. Anayasa Mahkemesi'nin, 07.03.2018 tarih ve 30353 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 2015/6728 Başvuru Numaralı Reis Otomotiv Ticaret ve Sanayi A.Ş. tarafından yapılan bireysel başvuruya ilişkin kararında da vergi idaresinin iyi yönetim ilkesine uygun hareket etmesi gerektiği açıkça belirtilmiştir. Bu itibarla, iyi yönetim ilkesinin anlamının, kapsamının ve hukuksal dayanaklarının vergi hukuku bakımından tartışılarak ortaya konulması önem taşımaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararında; vergi idaresinin iyi yönetim

* **Corresponding author:** Gamze Gümüşkaya (Assoc. Prof. Dr.), Istanbul University, Faculty of Law, Department of Fiscal Law, Istanbul, Türkiye. E-mail: gamze.gumuskaya@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0003-3201-6907

To cite this article: Gumuskaya G, “The Principle of Good Governance concerning Tax Law” (2022) 80(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1001. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.3.0009>



ilkesine uygun olarak, bireysel başvuruya konu olan olaydaki gibi konu, kapsam, amaç bakımından sınırlı vergi incelemelerinde incelemeye tabi tutulan vergi yükümlüleri arasında farklı muamelede bulunmasını önlemek için gerekli tedbirleri alması gerektiğine hükmedilmiştir. Çalışmada, vergi hukukunda iyi yönetim ilkesinin anlamı ve uygulanabilirliği irdelendikten sonra, vergi incelemesine ilişkin usul ve esaslara yönelik güncel yasal değişiklikler iyi yönetim ilkesi açısından değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler

İyi Yönetişim, Yönetişim, İyi Yönetim, Vergi İdaresi, Vergi İncelemesi, Ölçülülük İlkesi

Extended Summary

The concept of governance has reflections in the field of law and even specifically in the field of tax law. In its individual application review, Turkish Constitutional Court clearly states that the tax administration should act in accordance with the principle of good governance. In line with the European Court of Human Rights' case law, the Constitutional Court evaluates this principle in the context of "proportionality" principle. In this regard, it is important to reveal the meaning, scope, and legal basis of the principle of governance in terms of tax law.

In this study, first of all, the concept of governance and the principle of good governance are discussed in general. Subsequently, it is questioned whether the principle of good governance is applicable in terms of tax law. In this context, it is concluded that acting in accordance with the principle of good governance in the taxation process is appropriate for the purposes of the rule of law and accordingly, democracy in the taxation process. On the other hand, it should be considered that this principle has no clear legal basis, its content is still somewhat vague. In addition, it is sometimes impossible, difficult or nonfunctional for the tax administration to interact with the taxpayer in accordance with good governance. In this regard, it is believed that it is not possible to apply this principle strictly and in all cases in tax law. However as a principle, the tax administration's responsibility to provide information in case of a measure that affects or has the potential to affect the taxpayers' rights and to provide the opportunity to express their opinions and objections against this measure will be in line with both the principle of good governance and the right of the taxpayer to be heard. In terms of the "active and participatory administration" dimension of the good governance principle, the administration's passive attitude and failure to act in a timely and consistent manner would be contrary to the principle of good governance.

In addition, the study also focuses on the steps taken and/or should be taken with regards to tax audits in the direction of Reis Automotive judgment of the Constitutional Court. In the aforementioned judgment, it was ruled that the tax administration should take the necessary measures to prevent different treatments among those subject to tax audit that are limited in terms of subject, scope and purpose. One of the steps

taken is the “Tax Inspection Board Advisory Commission Regulation” published in the Official Gazette, dated 7 April 2021 and numbered 31447. The purpose of the regulation is to establish an Advisory Commission to provide an opinion to the Presidency and to determine the working procedures and principles of this Commission in order to ensure unity concerning the tax audit duties and to resolve the unclear aspects that arise regarding the implementation of the provisions of the related legislation. Whether the Tax Inspection Board Advisory Commission will serve these purposes remains to be seen.

However, the latest amendments made with Act No. 7338¹ concerning tax audits are in the opposite direction of what is expected. Because the obligation to prepare a document that indicates the beginning of the audit (*vergi inceleme tutanağı*) and to be signed by both the administration and the taxpayer in the current system is abolished by the aforementioned amendments. Instead, it is deemed sufficient to notify the taxpayer of a letter stating that the audit has started (Article 18 of the Act no. 7338). Again, within the scope of the same act, the obligation to carry out the tax audit at the workplace of the taxpayer is abolished, and on the contrary, the rule that the audit should be carried out at the tax office was introduced (Article 17).

¹ Official Gazette 26.10.2021/31640 (Vergi Usul Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 7338, Kabul Tarihi: 14.10.2021, RG 26.10.2021/31640).

I. Introduction

The concept of “good governance” can be qualified as a new style or perceptive of management. It has emerged as a principle in western countries concerning the disciplines of business and public administration. In today’s world, this concept is discussed by many disciplines, from law to politics, from international relations to economics. Good governance does not have a general definition or a specific content; thus this concept is interpreted by different national and international institutions on national and international platforms.

Even with a general analysis, it is possible to observe that different disciplines approach this concept from different angles. The aim of this study is to approach the concept from a legal perspective as it is seen that the concept of governance has reflections in the field of law and even specifically in the field of tax law.

In its judgement concerning the individual application of Reis Automotive Company¹, Turkish Constitutional Court has clearly stated that the tax administration has an obligation to act in accordance with the principle of good governance especially in the tax audit process.

In that case, some questions should be replied: What is the meaning and scope of good governance principle concerning tax law? Is the good governance principle followed in the taxation process especially regarding the tax audit (*vergi incelemesi*)?

Considering these questions, it is believed that after determining the content of the good governance principle, it is necessary to examine whether it is valid in terms of tax law, and if so, its legal bases and limits.

In the next stage, the necessary conditions for the tax administration to act in accordance with the principle of good governance in tax audit process are analyzed. Especially the steps taken in this direction after the above-mentioned “Reis Automotive Company” judgment are reviewed.

II. The Concept of Governance and its Elements

The concept of governance (“*yönetişim*”) is defined as “*the joint use of administrative, economic and political authority in public and private institutions*”². Another definition of this concept is “*the process of governing a country or organization.*”³ Essentially, governance describes the relationships between people,

¹ Turkish Constitutional Court, 2015/6728, 01.02.2018 (Anayasa Mahkemesi, 2015/6728, 01.02.2018).

² Dictionary of the Turkish Language Institution, <<https://sozluk.gov.tr/>> Date of Access 12 December 2021.

³ Macmillan Dictionary, <<https://www.macmillandictionary.com/dictionary/british/governance>> Date of Access 12 December 2021.

the ways that they interact with each other in the context of their environment, and the principles, rules, and norms that are set up to guide these interactions⁴.

This concept has emerged from the need for active roles for the rule makers, leaving the one-sided management style of a state or organization. It has been developed as a business management technique; and after corporate governance, the concept of “public governance” has come into existence as a development model.

When analyzed through an international perspective, it is observed that this term has been defined through determining the standards of good governance. There are studies of international organizations such as the World Bank, International Monetary Fund (“IMF”), United Nations, and OECD regarding the definition and development of this concept. The World Bank’s report on Governance and Development published in 1992 has been influential in the emergence of the concept. Afterwards, the OECD has published a related report titled “Promoting Good Governance: Principles, Practices and Perspectives” in 2000⁵.

One can find many types of governance, such as ecosystem governance⁶, global governance⁷, corporate governance⁸ etc. depending on the related area. The rigid, hierarchical and bureaucratic organizational structures of the traditional public administration that dominated the 20th century have been replaced by the new public management approach, the governance approach. Governance is based on participation and flexibility, which are originally the management techniques, applied by the private sector⁹. It also reflects the civilianization of the public administration and the understanding that the private sector and non-governmental organizations are indispensable actors of the administration¹⁰.

The concept of governance (*yönetişim*), unlike the concept of government or administration (*yönetim*), which is based on a hierarchical bureaucratic structure highlights the interaction and cooperation between the actors and organizations playing a role in the administration process and the effective involvement of non-

⁴ Anthony R. Turton, Hanlie J.Hattingh, Marius Claassen, Dirk J. Roux, Peter J.Ashton, ‘Towards a Model for Ecosystem Governance: An Integrated Water Resource Management Example’, in Anthony R. Turton, Hanlie J.Hattingh, Gillian A. Maree, Dirk J.Roux, Marius Claassen, Wilma F. Strydom (eds), *Governance as a Trialogue: Government- Society-Science in Transition* (Springer 2007) 1, 7.

⁵ Sam Agere, ‘Promoting Good Governance: Principles, Practices and Perspectives’ (OECD Library, 2000), <https://read.oecd-ilibrary.org/commonwealth/governance/promoting-good-governance_9781848597129-en#page1> Date of Access 12 December 2021.

⁶ Turton et al. (n 5) 1.

⁷ Alan W. Hall, ‘Global Experience on Governance’, in Anthony R. Turton, Hanlie J.Hattingh, Gillian A. Maree, Dirk J.Roux, Marius Claassen, Wilma F. Strydom (eds), *Governance as a Trialogue: Government- Society-Science in Transition* (Springer 2007) 29, 32.

⁸ Turton et al, ibid 8.

⁹ Süleyman Karaçor, Arif Oltulu, ‘Demokrasi ve Yönetişim Boyutu ile Yeni Kamu Yönetimi Anlayışı’ (2011) 22, SÜ İİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, 403, 403.

¹⁰ Ümit Şahin, ‘İyi Yönetişimin Türk Kamu Yönetiminde Uygulanması ve Kamu Denetçiliği Kurumu’ (2018) 1, Ombudsman Akademik Dergisi, 99, 102.

governmental actors in administrative activities¹¹. How the power held by the public authority is used, how decisions are taken, and how citizens participate in the administrative process are issues related to the concept of governance¹².

Governance, unlike traditional administration, is more comprehensive because it includes non-governmental organizations and the process of harmonizing various views and interests in the society. Governance requires cooperation and includes horizontal relations. It emphasizes the “active” citizen, who undertakes active responsibilities, duties and rights, rather than the “administered” citizen¹³.

This change of management style has been expressed as the transition from government/administration to governance¹⁴. As opposed to bureaucratic “hierarchy”, the form of relationship advocated by the concept of governance is “heterarchy”¹⁵. The concept of “governance” is based on a mutual interaction and cooperation in which a participatory public administration and the governed are both included in the decision-making processes. In our opinion, the mutual interaction and cooperation element is the prominent and separative element of the concept of governance. As a matter of fact the term governance is derived from the words “government” and “communication”¹⁶.

III. The Principle of Good Governance: Distinguishing the Principle of Good Governance from the Principle of Good Administration

The concept of governance focuses on the process of decision-making and the process in which decisions are implemented. Hence, the analysis of governance focuses on the actors involved in decision-making and implementing the decisions made.

Good governance has a series of major characteristics. It is participatory, consensus oriented, accountable, transparent, responsive, effective and efficient, equitable, and inclusive and follows the rule of law¹⁷.

¹¹ Mehmet Yüksel, ‘Yönetişim (Governance) Kavramı Üzerine’ (2000), Ankara Barosu Dergisi, 145, 145.

¹² Çağlar Özbek, ‘Bir Yönetim Biçimi Olarak Demokrasi ve Yönetişim Üzerine Bir Değerlendirme’ in Tuğba Uçma Uysal and Ganite Kurt (eds), *Disiplinlerarası Bakış Açısı ile Yönetişim* (Gazi 2018) 1, 16.

¹³ T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı, *Kamuda İyi Yönetişim Özel İhtisas Komisyonu Raporu Dokuzuncu Kalkınma Planı 2007-2013* (Devlet Planlama Teşkilatı, 2007), 5.

¹⁴ Yahya Fidan, ‘Yönetimden Yönetişime: Kavramsal Bir Bakış’ (2010-2011) 1, Yalova Sosyal Bilimler Dergisi, 5, 9.

¹⁵ Özbek, (n 13) 17.

¹⁶ Fidan, (n 15) 6.

¹⁷ United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific, ‘What is Good Governance?’ <<https://www.unescap.org/sites/default/files/good-governance.pdf>> Date of Access 12 December 2021.

In 2008, the Council of Europe has adopted the Strategy for Innovation and Good Governance at Local Level, including also the twelve principles of Good Democratic Governance. There are twelve principles of “good democratic governance”, which were approved by the Decision of the Committee of Ministers of the Council of Europe are “Participation, Representation, Fair Conduct of Elections, Responsiveness, Efficiency and Effectiveness, Openness and Transparency, Rule of Law, Ethical Conduct, Competence and Capacity, Innovation and Openness to Change, Sustainability and Long-Term Orientation, Sound Financial Management, Human Rights, Cultural Diversity and Social Cohesion and Accountability”¹⁸.

It should be noted that this principle has distinctive aspects from a similar principle, which is the principle of good administration. First, unlike good governance, there are legal documents that expressly regulate good administration as a right.

One of these regulations is the Article 41 of the European Union Charter of Fundamental Rights. This regulation interprets the right to good administration as a citizen right¹⁹. According to this regulation, every person has the right to have his or her affairs handled impartially, fairly and within a reasonable time by the institutions, bodies, offices, and agencies of the Union.

This right includes:

- The right of every person to be heard, before any individual measure which would affect him or adversely is taken;
- The right of every person to have access to his or her file, while respecting the legitimate interests of confidentiality and of professional and business secrecy;
- The obligation of the administration to give reasons for its decision.

In addition, on 20.06.2007, the Committee of Ministers has recommended the member states to ensure good administration. The principles of good administration under this Recommendation are; principle of lawfulness, principle of equality, principle of impartiality, principle of legal certainty, principle of taking action within a reasonable time limit, principle of participation, principle of respect for privacy, and principle of transparency.

¹⁸ Council of Europe, ‘12 Principles of Good Democratic Governance’ <<https://rm.coe.int/brochure-12-principles-of-good-governance-and-current-tools-on-good-go/16808b1687>>. Date of Access 18 December 2021.

¹⁹ European Parliament, ‘Charter of Fundamental Rights of the European Union’ (2000), 2000/C 364/01, <https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf> Date of Access 12 December 2021.

The report of the Venice Commission dated 9 March 2011 on “good governance” and “good administration”²⁰ concludes that the principle of good governance includes the principle of good administration.

It also states that:

- The concept of governance is not included in the constitution of any state in Europe,
- It is not a legal concept, on the other hand, “good administration” is recognised as a legal principle and even as a right in many contexts,
- It contains a multitude of elements; including accountability, transparency, responsiveness to the people’s needs, efficiency, effectiveness, openness, participation, predictability, rule of law, coherence, equity, ethical behaviour, combating corruption, termination of proceedings within a reasonable time, protection of human rights, and simplification of procedures,
- The most frequently mentioned elements of the concept of governance are accountability, transparency, and participation.

Considering their differences in nature, good governance is a different principle from the principle of good administration.

From a legal perspective, the principle of good governance has a close connection with the basic principles of the democratic state of law and human rights. On the other hand, the “good governance principle” or the “right to good governance” are not regulated in universal legal documents as far as we can determine. In this context, this right is not regulated in the European Convention on Human Rights and its additional protocols as a human right.

On the other hand, the European Court of Human Rights (“ECHR”) applies the good governance principle in its supervision of individual applications. According to the ECHR, “*The principle of good governance requires the public authorities to act at the appropriate time, by the appropriate method and above all consistently, where the public interest is at stake*”²¹. In this regard, the Court interprets this principle under the principle of proportionality.

According to the principle of proportionality, an instance of interference, including one resulting from a measure to secure payment of taxes, must strike a “fair balance”

²⁰ European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), ‘Stocktaking on the Notions of “Good Governance” and “Good Administration” On the Basis of Comments by Oliver Kask, CDL (2011) 006*, <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL\(2011\)006-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL(2011)006-e)> Date of Access 12 December 2021.

²¹ *Krstić v Serbia* App no 45394/06 (ECHR, 10 May 2014), para.78; *Beyeler v Italy* App no 33202/96 (ECHR, 5 January 2000), para.10; *Srl v Moldova* App no 21151/04 (ECHR, 8 April 2008), para.72.

between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights. The concern to achieve this balance is reflected in the structure of Article 1 of Protocol No. 1 as a whole, including the second paragraph: there must be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aims pursued²²

The ECHR states that State authorities, which fail to put in place or adhere to their own procedures, should not be allowed to profit from their wrongdoing or to escape from their obligations²³. The risk of any mistake made by the State authority must be borne by the State itself and the errors must not be remedied at the expense of the individuals concerned. The need to correct an old "wrong" should not disproportionately interfere with a new right, which has been acquired by an individual relying on the legitimacy of the public authority's action in good faith²⁴.

IV. The Concept of Governance in Tax Law: Good Governance Principle and Tax Administration

A. The Applicability of the Concept

The concept of governance and the principle of good governance have reflections also in terms of tax law. Most recently, on 15 July 2020, the European Commission published a communication on Tax Good Governance in the European Union and beyond. The Communication aims to strengthen how the EU can promote "Transparency" to address what it defines as "Unfair Tax Competition" and to promote the application of internationally agreed standards.

As stated above, the mutual interaction between the public authority and individuals, which is the separative element of the good governance, refers to a dynamic interaction in which individuals take part in the processes of determining, supervising, and implementing public policies. It is also necessary to ensure the mechanisms that will provide these issues under legal guarantee²⁵.

In the light of above-mentioned statements, the tax administration which acts in good governance can be defined simply as an administration which pursues the standards of good governance and especially communicates and interacts with the taxpayers as well as the related third persons like non-governmental organizations. In addition, taxpayers should act an active role in the decision-making process according

²² Bulves AD v. Bulgaria, App no 3991/03 (ECHR, 22.01.2009), para. 62

²³ Lelas v Croatia App no 55555/08 (ECHR, 20 May 2010), para.74.

²⁴ Bogdel v Lithuania App no 41248/06 (ECHR, 26 November 2013), para.66; Pincová and Pinc v The Czech Republic App no 36548/97 (ECHR, 5 November 2002), para.58.

²⁵ Haluk Alkan, 'Karar Alma Süreçlerine Katılım Sistemleri Açısından Türkiye Ekonomik ve Sosyal Konseyi' (2000) 33 (2) TODAIE Amme İdaresi Dergisi, 57, 58.

to this principle. As stated above, the principle of good governance includes the principle of good administration, but it is not limited with this principle.

According to the explanations above, is this principle applicable in tax law?

This question is open to discussion. As mentioned before, the form of the relationship which the concept of governance aims to pursue is “heterarchy” instead of “hierarchy”. However, tax law is more familiar with the concept of hierarchy. The traditional relationship between the tax administration and taxpayers is rather a hierarchic one. In our opinion, it is not possible to apply the concept of good governance – which is still vague and does not have a clear legal basis- in tax law with a strict approach. In some cases, which are urgent cases, it is not possible and appropriate for the tax administration to interact and cooperate with the taxpayer. For example, in some cases it is possible and necessary to conduct tax audits without informing the person concerned beforehand (See, Turkish Tax Procedure Act Art. 130, 138).

On the other hand, as a rule, practices such as informing the taxpayers of any individual measure that would affect or has a potential to affect them, giving the taxpayers the right to express their opinions and state their objections and the right to have access to their files are in line with the principle of good governance.

Another aspect/dimension of this principle is the “active citizenship”. The “active citizen requirement” of good governance emerges as “active taxpayer requirement” in the field of tax law. In this context, the traditional expressions such as the taxpayer is on the passive side of the taxation relationship need to be re-evaluated in the light of the principle of good governance. However, the fact remains that a strong civil society and/or active citizenship can be present only in countries that have reached a certain cultural and economic level²⁶. This applies to tax law as well.

B. The Concept of Governance concerning Turkish Tax Law and Turkish Constitutional Court’s Review

Good governance principle is not included in the 1982 Turkish Constitution or legislative regulations²⁷. On the other hand, Turkish Constitutional Court has included this principle in its individual application review, in line with the ECHR’s case law. The Constitutional Court carries out its review of this principle in the context of the “proportionality” principle/criterion. In these cases, there is an interference with the

²⁶ Özbek, *ibid.*, 20.

²⁷ One of the exceptional regulations in which the concept of «governance» is included is the «City Council Regulation» published in the Official Gazette dated 08.10.2006 and numbered 26313. In the fourth article of the abovementioned Regulation, titled «Definitions», it is stated that the concept of governance refers to a management approach based on multi-actor and social partnerships such as transparency, accountability, participation, working harmony, locality, and effectiveness.

fundamental rights and freedoms of taxpayer arising from an unlawful act of the tax administration. While determining whether this interference is proportional or not, the attitude of the administration towards the unlawful act, the time it has taken to determine the illegality, the method chosen to correct the mistake, and the weight of the burden on the applicant are reviewed by the Court²⁸. It is stated that in cases where the administration itself has a fault in the constitution of the illegitimate administrative act, it is necessary to be more sensitive about the burden on the taxpayer²⁹. It is concluded that if the administration has not emended the consequences caused by its faulty action in a reasonable time without a justified reason, it can be said that the administration did not act in accordance with the good governance principle, and the interference is disproportionate³⁰. The administration's passive attitude and failure to act in a timely and consistent manner are contrary to the principle of good governance³¹. Again, in accordance with the principle of good governance, in the process of correcting a mistake of the public authority, a disproportionate interference shall not be made on a right acquired by the individual in good faith³².

After these general statements, some examples can be given to the supervision of good governance principle in individual applications regarding tax disputes. Regarding tax disputes, a violation of the good governance principle was found in the individual application of *Enbakır Electronics Company*. The applicant company has brought an action against the additional value added tax assessment and “the tax part” of the assessment has been annulled. On the other hand, the part of the case regarding the default interest has been rejected on the grounds that although it is a separate administrative decision, the necessary administrative remedies have not been exhausted against it. Hence, the tax administration continued to the taxation process in order to collect the default interest.

The Constitutional Court has stated that the administration's collection of the default interest from the applicant taxpayer constitutes an unfair transfer of income since the main tax was annulled by the tax court³³.

The Constitutional Court has noted that the default interest, which was depending on the main tax, was not withdrawn *ex officio* by the tax administration. The Court has concluded that this attitude is against the principle of good governance³⁴.

²⁸ For the review in terms of the right to education, see para.55; For the review in terms of the right to property, see. Turkish Constitutional Court, 2013/8074, 09.03.2016, para.71 (Anayasa Mahkemesi, 2013/8074, 09.03.2016, para.71).

²⁹ Turkish Constitutional Court, 2015/1685, 23.05.2018, para.46 (Anayasa Mahkemesi, 2015/1685, 23.05.2018, para.46).

³⁰ Turkish Constitutional Court, 2017/38317, 13.01.2021, para.66-67 (Anayasa Mahkemesi, 2017/38317, 13.01.2021, para.66-67).

³¹ Turkish Constitutional Court, 2017/17930, 03.06.2020, para.53 (Anayasa Mahkemesi, 2017/17930, 03.06.2020, para.53).

³² *Bogdel v Litvanya* App no 41248/06 (ECHR, 26 November 2013), para.66.

³³ Turkish Constitutional Court, 2015/3930, 23.10.2019, para.59 (Anayasa Mahkemesi, 2015/3930, 23.10.2019, para.59).

³⁴ Turkish Constitutional Court, 2015/3930, 23.10.2019, para.60 (Anayasa Mahkemesi, 2015/3930, 23.10.2019, para.60).

Another individual application that the Constitutional Court has reviewed the tax administration's good governance requirement is the Case of *Reis Automotive Company*³⁵. The applicant company is a company engaged in the trade of automobiles and auto spare parts. In the present case, a limited tax audit (*vergi incelemesi*) was carried out on the automotive sector with the aim of examining the sales of the companies in the related sector for the limited period when a Special Consumption Tax ("SCT") discount accepted for the said sector.

The tax inspectors determined that these companies made their sales on behalf of the employees of the company and on their own behalf, and when the discount period ended, they transferred the vehicles to third parties through a notary public. As a result of the audit, tax assessments were made against twelve companies, including the applicant company, on the grounds that the related sales were factitious and made to benefit from the reduced special consumption rate, resulting in loss of the tax and tax evasion crime according to the related provisions of the Tax Procedure Act³⁶. Hence, a criminal complaint was filed against their legal representatives.

On the other hand, the remaining 280-taxpayer companies of those who were criticized in the same audit were subjected to a tax assessment with a single tax penalty in the amount of the main tax.

Upon complaints that different practices for the companies were caused in the result of the tax audit, the Tax Inspection Board carried out an investigation on the issue. In the report prepared as a result of this investigation, it was concluded that different evaluations were reasonable on the grounds that the tax inspectors who conducted the audit were different as well as the report evaluation commissions.

In its judgement, The Constitutional Court concluded that the treatment of the tax administration to the applicant company was different from the other taxpayer companies subjected to the same limited tax audit. Hence, the tax treatment was found to be discriminatory in terms of property rights and against the principle of good governance. In the aforementioned judgment, it is clearly stated that the tax administration has an obligation to act in accordance with the principle of good governance.

The Court ruled that the tax administration should take the necessary measures to prevent different treatments among the taxpayers in the similar legal status, which are subject to tax audit, especially concerning the tax audits that are limited in terms of subject, scope, and purpose, as in the present case. In addition, the Court concluded that if the tax authorities detect a difference in practice that may lead to a prohibition

³⁵ Turkish Constitutional Court 2015/6728, 01.02.2018 (Anayasa Mahkemesi, 2015/6728, 01.02.2018).

³⁶ Tax Procedure Act, no.213, 04.01.1961, Official Gazette 10.01.1961/10703, 11.01.1961/10704, 12.01.1961/10705.

of discrimination, they should promptly resolve it. This means according to the Constitutional Court, the tax administration, which should act in good governance, has the responsibility to ensure the unity of practice for taxpayers subject to tax audits and to correct the contradiction in case of different treatments. In this context, it is at the discretion of the tax authority which measures will be taken and how they will be implemented.

Although there are some determinations regarding the requirements of good governance in the above-mentioned judgments, there is no clarity regarding the concept of good governance, its scope, and the good governance right that can be claimed by the taxpayers.

According to an opinion in the literature, it can be said that the equivalent of the good governance principle in administrative law is “good administration principle”³⁷. Parallel to this view, in tax law, it can be stated that the equivalent of good governance is “good tax administration”. However, this determination is far from revealing what legitimate expectations might be from a good tax administration. As it is understood that the principle of good governance is used as a legal review criterion; it is important that the scope of this principle is clearly stated³⁸.

When considered on the basis of the rule of law, it can be said that a tax administration that respects the rule of law and human rights, that taxpayers can trust, that acts in accordance with ethical codes of conduct, that operates effectively, that carries out a fair and transparent taxation process can basically be described as a “good tax administration”. On the other hand, it should not be forgotten that the “good governance principle” adopts a different and broader understanding from the “good administration principle”. In this context, the concept of “governance” is based on a mutual interaction in which a participatory public administration and the governed are included both in the decision-making processes.

Therefore, the principle of good governance in tax law has mainly three basic features:

- 1- Active, accountable, transparent, and participatory tax administration (“good tax administration”),
- 2- Active and participatory taxpayer,
- 3- Active mutual interaction and communication between the tax administration and the taxpayer.

³⁷ Selman Sacit Boz, Cihat Yurdaer, Yunus Eraslan, ‘İdare Hukuku Boyutuyla İyi Yönetişim İlkesi: İyi İdare’ (2019), 27 (3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 497, 497.

³⁸ Selman Karakul, ‘Hukuki ve İdari Denetim Ölçütü Olarak İyi Yönetim İlkeleri’ (2015), 2 (3) Ombudsman Akademik Dergisi, 61, 98.

Turkish Constitutional Court has reviewed this principle while determining the proportionality of the interference by the tax authorities. It has implemented the first basic feature of the principle, which is the good tax administration³⁹. According to the Court, tax administration's passive attitude and failure to act in a timely and consistent manner are contrary to the principle of good governance⁴⁰. If the tax administration detects an illegality, error or inequality during the taxation process, and if it does not amend the consequences caused by its faulty action in a reasonable time without a justified reason, it can be said that the administration did not act in accordance with the good governance principle, and the interference is disproportionate⁴¹.

C. The Concept of Governance in Turkish Tax Law and Turkish Ombudsman Institution's Review

Another institution that reviews the good governance principle is the Turkish Ombudsman Institution. Concerning the applications made to the Turkish Ombudsman Institution; the Article 22 of the Regulation on the Procedures and Principles regarding the Implementation of the Turkish Ombudsman Institution Act states that all kinds of actions and transactions, attitudes, and behaviors of the administration will be examined and investigated in terms of compliance with the law and fairness and good administration principles, within the understanding of justice based on human rights.

The good administration principles are regulated in the Article 6 of this Regulation. These principles are compliance with the law, prevention of discrimination, proportionality, non-abuse of power, equality, impartiality, honesty, courtesy, transparency, accountability, compliance with legitimate expectations, protection of vested rights, right to be heard, right to defense, right to information, decision making within a reasonable time, reasoned decisions to show the remedies against the decision, to notify the decision without delay, the personal data protection etc. Although good governance principle is not specifically included among these criteria, they are also the features of the good governance principle as mentioned above.

D. Good Governance in Tax Audits

The purpose of the tax audit is to investigate, determine, and ensure the accuracy of the taxes to be paid (Tax Procedure Act, Article 134). The tax audit should be conducted according to the law and should not violate the taxpayer's fundamental rights

³⁹ Nuray Aşçı Akıncı, 'The Right to Good Administration in Tax Inspection Process', in Salim Ateş Oktar, Yasemin Taşkın (eds) *34. International Public Finance Conference Proceedings Book* (Istanbul University Press, 2019), 582, 585

⁴⁰ Turkish Constitutional Court, 2017/17930, 03.06.2020, para.53 (Anayasa Mahkemesi, 2017/17930, 03.06.2020, para.53).

⁴¹ Turkish Constitutional Court, 2017/38317, 13.01.2021, para.66-67 (Anayasa Mahkemesi, 2017/38317, 13.01.2021, para.66-67).

and freedoms. As stated above, in its judgment related to the individual application of Reis Automotive Company⁴², Turkish Constitutional Court emphasized that tax audits⁴³ should be in accordance with the principle of governance. The Court ruled that tax administration's different treatment without legitimate reason and its failure to withdraw this discriminatory action were against the principle of governance.

The steps towards achieving unity in practice in terms of tax audits were essentially taken with the Act no. 6009⁴⁴, which came into force in 2010. With the aforementioned Act, it was stipulated that the tax audit reports will be rejected by the report evaluation commissions (*rapor değerlendirme komisyonları*) if they are contrary to the tax legislation as well as the advance tax rulings. As a matter of fact, the opinion in the advance tax ruling is accepted as the central opinion of the tax administration. Although this situation is positive in terms of the integrity of the tax administration, it is also subject to criticism that it interferes in the independence of the tax inspector⁴⁵.

After this judgment, the regulations concerning the tax audits have been amended. As a current development, the regulations regarding the "Tax Inspection Board Advisory Commission" brought by the "Tax Inspection Board Advisory Commission Regulation" published in the Official Gazette dated 7 April 2021 and numbered 31447 came into force. According to the first article of this Regulation, the purpose of the Regulation is "to establish an Advisory Commission to provide opinions to the Presidency and to determine the working procedures and principles of this Commission in order to ensure unity of practice in the execution of tax audit duties and to resolve the unclear issues that arise regarding the implementation of the provisions of the legislation."

On the other hand, there are other features of the good governance principle as stated above: Ensuring the mutual interaction and cooperation between the tax administration and the taxpayer and taxpayer's active role in the decision-making process.

As far as can be detected, no progress has been made on these issues. On the contrary, the latest amendments made with Act no. 7338⁴⁶ are in the opposite direction of what is expected. Because the obligation to prepare a document that indicates

⁴² Turkish Constitutional Court, 2015/6728, 01.02.2018 (Anayasa Mahkemesi, 2015/6728, 01.02.2018).

⁴³ In Turkish legal system, tax audits are classified as full audit and limited audit. Limited audits shall be completed in six months, while full audits shall be completed in one year. However, the audit officer can demand extension. (Tax Procedure Act, no.213, 04.01.1961, Official Gazette 10.01.1961/10703, 11.01.1961/10704, 12.01.1961/10705, Article. 140/6).

⁴⁴ Act no. 6009 /23.07.2010, Official Gazette 01.08.2010/27659.

⁴⁵ For more information, see Gamze Gümüşkaya, *Hukuk Devleti Perspektifinden Vergi Hukukunda Özelgeler* (1st, On İki Levha 2021).

⁴⁶ Official Gazette 26.10.2021/31640 (Vergi Usul Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 7338, Kabul Tarihi: 14.10.2021, RG 26.10.2021/31640).

the beginning of the audit (*vergi inceleme tutanağı*) and to be signed by both the administration and the taxpayer in the current system has been abolished within the scope of the aforementioned amendments. Instead, it has been deemed sufficient to notify the taxpayer of a letter stating that the audit has started (Article 18 of the Act no. 7338). Again, within the scope of the same act, the obligation to carry out the tax audit at the workplace was abolished, and on the contrary, the rule that the audit should be carried out at the tax office was introduced (Article 17)⁴⁷. If the taxpayer requests that the audit be carried out at the workplace, the tax administration has a discretion power in order to accept this request. In our opinion, the obligation of the taxpayer to take the books and documents to the administration has brought the rules of audit back to the traditional administration approach rather than governance in this respect.

In this respect, it is concluded that the aforementioned amendments made with the Act No. 7338 regarding the tax audit do not comply with the good governance principle.

Finally, yet importantly, one of the issues to be evaluated in terms of tax audit from the perspective of good governance principle is whether the taxpayer is given a sufficient and an effective opportunity to express opinions and objections during the audit process. In this context, it would be appropriate in the context of good governance principle to submit the reports of the report evaluation commissions to the taxpayer before they are processed and to notify the taxpayer of all reports related to the audit, such as tax technique reports (*vergi tekniği raporu*). There is no consensus in the judicial decisions on whether the tax technique reports, which are the basis for the tax audit reports, should be notified to taxpayers after the tax audit⁴⁸. In these decisions, the issue is generally discussed within the scope of the related tax legislation provisions and the right to a fair trial. In our opinion, one of the

⁴⁷ Article 17 and Article 18 of the Act no. 7338 enter into force in 01.07.2022 (Article 62 of Act no.7338).

⁴⁸ For example, there are judgments of the third and seventh Chambers of the Council of State that they have found the failure of notification of the tax technique report lawful. (See, Turkish Council of State, 3rd, 2015/10015, 2017/7995, 20.11.2017; Selim Kaneti, Esra Ekmekci, Gülsen Güneş, Mahmut Kaşıkçı, Vergi Hukuku (2nd, Filiz 2022), 247; Turkish Council of State, 7th, 2011/7651, 2015/3983, 12.06.2015; <https://www.lexpera.com.tr> Date of Access 12 June 2022).

On the other hand, the 4th and 9th Chambers have decided that the audit report and the tax technique report should be notified at the administrative stage as a requirement of taxpayer's right to legal remedies (See, Turkish Council of State, 4th, 2013/1182, 2013/6242, 24.09.2013 [Kaneti et al, ibid 247]; Turkish Council of State, 9th, 2015/6077, 2015/10015, 30.09.2015 [Kaneti et al, ibid 247]). In its former judgments, the Plenary Session of Tax Law Chamber of the Council of State has ruled that the failure of notification of the tax technique report after the audit phase is unlawful (See, Turkish Council of State Plenary Session of the Tax Law Chamber, 2014/508, 2014/761, 17.09.2014; <https://www.lexpera.com.tr> Date of Access 12 June 2022.). However, in its later judgments, the Court ruled that it is sufficient to notify the report at the litigation stage: "... In practice, it is observed that the tax audit reports, which are usually prepared with reference to the tax technique reports, are notified to the taxpayer, but the tax technique report, which demonstrates the reason for the assessment, the method of determining the tax base, the information and documents on the basis of the assessment, are not notified. Although the main rule is the notification of the tax technique report in the annex of the notice, it is possible to remedy this deficiency at the trial stage by allowing the plaintiff to examine and present the evidence to prove her/his claims, upon the request of the said report with an interim decision by the court or its submission to the case file by the administration ex officio." (Turkish Council of State Plenary Session of the Tax Law Chamber, 2016/91, 2016/91, 10.02.2016) <https://www.lexpera.com.tr> Date of Access 12 June 2022).

reasons why the tax administration should notify the tax technique reports by acting in accordance with the tax privacy principle is the principle of good governance.

V. Conclusion

The well-known argument that “the only thing that does not change is the change itself” is also valid concerning the understanding of management/administration. The hierarchical, traditional administration approach, in which decision processes are unilateral, has entered a process of change in many areas. Instead, the concept of governance adopts a heterarchical structure and democratic understanding in which the governed and thirds parties, such as non-governmental organizations are included in the decision-making processes.

Even though its content and scope are still cannot be clearly defined, there are fundamental standards/elements of the principle of good governance. Participation, accountability, and transparency are determined to be prominent among them.

This principle is not included in universal legal documents or constitutions. However, it is reflected in the disciplines of law and specifically in the discipline of tax law. Actually, the European Court of Human Rights applies this principle in its individual application review. In some cases, it has found the actions of the complained state administration contrary to the principle of good governance in the context of the principle of proportionality.

Turkish Constitutional Court also states that the tax administration should act in accordance with the principle of good governance. In this regard, it was found that if the administration has not emended the consequences caused by its faulty action in a reasonable time without a justified reason, it can be said that the administration did not act in accordance with the good governance principle, and the interference is disproportionate. Hence, The Constitutional Court reviews this principle on its dimension of active, participatory, accountable, “good” tax administration, which is one of the dimensions of the good governance principle. On the other hand, the principle of good governance is more comprehensive and includes the dimensions of interaction between the taxpayer and the tax administration in terms of decision-making processes. As a matter of fact, the concept of governance (*yönetişim*) consists of the terms of “government/management” (*yönetim*) and “communication” (*iletişim*) in Turkish.

In this regard, it is considered that in tax law, it is not always possible to expect the tax administration to strictly communicate and interact with the taxpayer in any case. On the other hand, as a rule, practices such as informing the taxpayers before implementing a measure that will affect them and giving them the opportunity to

put forward their opinions and objections will be in accordance with the principle of good governance and democracy in the taxation process.

Considering the legal amendments in terms of tax audit after the relevant Constitutional Court judgments, it can be mentioned that some regulations have brought the rules of tax audit back to the traditional administration approach rather than the governance approach. It is concluded that to regulate a new rule that tax audits shall be carried out at the tax office instead of the taxpayer's workplace, and to eliminate the requirement that both the auditor and the taxpayer at the beginning of the audit sign the audit report are not in accordance with the principle of good governance.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

Books and Articles / Kitaplar ve Makaleler

- Alkan H, 'Karar Alma Süreçlerine Katılım Sistemleri Açısından Türkiye Ekonomik ve Sosyal Konseyi' (2000) 33 (2) TODAİE Amme İdaresi Dergisi, 57-78.
- Aşçı Akıncı N, 'The Right to Good Administration in Tax Inspection Process', in Oktar S, Taşkın Y (eds), 34. *International Public Finance Conference Proceedings Book*(Istanbul University Press, 2019), 582-587.
- Boz SS, Yurdaer C, Eraslan Y, 'İdare Hukuku Boyutuyla İyi Yönetişim İlkesi: İyi İdare' (2019), 27 (3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 497-532.
- Fidan Y, 'Yönetimden Yönetişime: Kavramsal Bir Bakış' (2010-2011) 1, Yalova Sosyal Bilimler Dergisi, 5-10.
- Gümüşkaya G, *Hukuk Devleti Perspektifinden Vergi Hukukunda Özelgeler* (1st, On İki Levha 2021).
- Hall AW, 'Global Experience on Governance', in Turton AR, Hattingh HJ, Maree GA, Roux DJ, Classen M, Strydom WF (eds), *Governance as a Dialogue: Government- Society-Science in Transition* (Springer 2007) 29-38.
- Kaneti S, Ekmekci E, Gülsen G, Kaşıkçı M, Vergi Hukuku (2nd, Filiz, 2022).Karaçor S, Oltulu A, 'Demokrasi ve Yönetişim Boyutu ile Yeni Kamu Yönetimi Anlayışı' (2011) 22, SÜ İİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, 403-418.
- Karakul S, 'Hukuki ve İdari Denetim Ölçütü Olarak İyi Yönetim İlkeleri' (2015), 2 (3) Ombudsman Akademik Dergisi, 61-105.

- Özbek Ç, 'Bir Yönetim Biçimi Olarak Demokrasi ve Yönetişim Üzerine Bir Değerlendirme' in Uçma-Uysal T and Kurt G (eds), *Disiplinlerarası Bakış Açısı ile Yönetişim* (Gazi 2018) 1-25.
- Şahin Ü, 'İyi Yönetişimin Türk Kamu Yönetiminde Uygulanması ve Kamu Denetçiliği Kurumu' (2018) 1, *Ombudsman Akademik Dergisi*, 99-139.
- T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı, *Kamuda İyi Yönetişim Özel İhtisas Komisyonu Raporu Dokuzuncu Kalkınma Planı 2007-2013* (1st, Devlet Planlama Teşkilatı, 2007)
- Turton AR, Hattingh HJ, Claassen M, Roux DJ, Ashton PJ, 'Towards a Model for Ecosystem Governance: An Integrated Water Resource Management Example', in Turton AR, Hattingh HJ, Maree GA, Roux DJ, Classen M, Strydom WF (eds), *Governance as a Trialogue: Government-Society-Science in Transition* (Springer 2007) 1-28.
- Yüksel M, 'Yönetişim (Governance) Kavramı Üzerine' (2000), *Ankara Barosu Dergisi*, 145-160.

Judgments / Kararlar

- Krstić v Serbia App no 45394/06 (ECHR, 10 May 2014).
- Beyeler v Italy App no 33202/96 (ECHR, 5 January 2000).
- Srl v Moldova App no 21151/04 (ECHR, 8 April 2008).
- Lelas v Croatia App no 55555/08 (ECHR, 20 May 2010).
- Bogdel v Lithuania App no 41248/06 (ECHR, 26 November 2013).
- Pincová and Pinc v The Czech Republic App no 36548/97 (ECHR, 5 November 2002).
- Bogdel v Litvanya App no 41248/06 (ECHR, 26 November 2013).
- Bulves AD v. Bulgaria, App no 3991/03 (ECHR, 22.01.2009).
- Turkish Constitutional Court, 2015/6728, 01.02.2018 (Anayasa Mahkemesi, 2015/6728, 01.02.2018).
- Turkish Constitutional Court, 2013/8074, 09.03.2016 (Anayasa Mahkemesi, 2013/8074, 09.03.2016).
- Turkish Constitutional Court, 2015/1685, 23.05.2018 (Anayasa Mahkemesi, 2015/1685, 23.05.2018).
- Turkish Constitutional Court, 2017/38317, 13.01.2021 (Anayasa Mahkemesi, 2017/38317, 13.01.2021).
- Turkish Constitutional Court, 2017/17930, 03.06.2020 (Anayasa Mahkemesi, 2017/17930, 03.06.2020).
- Turkish Constitutional Court, 2015/3930, 23.10.2019 (Anayasa Mahkemesi, 2015/3930, 23.10.2019).
- Turkish Constitutional Court, 2015/3930, 23.10.2019 (Anayasa Mahkemesi, 2015/3930, 23.10.2019).
- Turkish Constitutional Court 2015/6728, 01.02.2018 (Anayasa Mahkemesi, 2015/6728, 01.02.2018).
- Turkish Constitutional Court, 2017/17930, 03.06.2020 (Anayasa Mahkemesi, 2017/17930, 03.06.2020).
- Turkish Constitutional Court, 2017/38317, 13.01.2021 (Anayasa Mahkemesi, 2017/38317, 13.01.2021).
- Turkish Constitutional Court, 2015/6728, 01.02.2018 (Anayasa Mahkemesi, 2015/6728, 01.02.2018).
- Turkish Council of State, 3rd, 2015/10015, 2017/7995, 20.11.2017 (Danıştay 3. Dairesi, 2015/10015 Esas, 2017/7995 Karar, 20.11.2017).
- Turkish Council of State, 7th, 2011/7651, 2015/3983, 12.06.2015 (Danıştay 7. Dairesi, 2011/7651 Esas, 2015/3983, 12.06.2015).
- Turkish Council of State, 4th, 2013/1182, 2013/6242, 24.09.2013 (Danıştay 4. Dairesi, 2013/1182 Esas, 2013/6242 Karar, 24.09.2013).
- Turkish Council of State, 9th, 2015/6077, 2015/10015, 30.09.2015 (Danıştay 9. Dairesi, 2015/6077 Esas, 2015/10015 Karar, 30.09.2015).

Turkish Council of State Plenary Session of the Tax Law Chamber, 2014/508, 2014/761, 17.09.2014 (Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 2014/508, 2014/761, 17.09.2014).

Turkish Council of State Plenary Session of the Tax Law Chamber, 2016/91, 2016/91, 10.02.2016 (Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 2016/91, 2016/91, 10.02.2016).

Legislations / Mevzuat

Tax Procedure Act, no.213, 04.01.1961, Official Gazette 10.01.1961/10703, 11.01.1961/10704, 12.01.1961/10705, Article. 140/6 (Vergi Usul Kanunu, Kanun Numarası: 213, Kabul Tarihi: 04.01.1961, RG 10.01.1961/10703, 11.01.1961/10704, 12.01.1961/10705).

Actno. 7338, 14.10.2021, Official Gazette 26.10.2021/31640 (Vergi Usul Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 7338, Kabul Tarihi: 14.10.2021, RG 26.10.2021/31640). Act no. 6009, 23.07.2010, Official Gazette 01.08.2010/27659.

Online Sources / Online Kaynaklar

Council of Europe, ‘12 Principles of Good Democratic Governance’ <<https://rm.coe.int/brochure-12-principles-of-good-governance-and-current-tools-on-good-go/16808b1687>>. Date of Access 18 December 2021.

Dictionary of the Turkish Language Institution, <https://sozluk.gov.tr/> Date of Access 12 December 2021.

European Parliament, ‘Charter of Fundamental Rights of the European Union’ (2000), 2000/C 364/01, <https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf> Date of Access 12 December 2021.

European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission) (2011), ‘Stocktaking on the Notions of “Good Governance” and “Good Administration” On the Basis of Comments by Oliver Kask’, <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL\(2011\)006](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL(2011)006)> Date of Access 12 December 2021.

Lexpera <<https://www.lexpera.com.tr>> Date of Access 12 June 2022.

Macmillan Dictionary <<https://www.macmillandictionary.com/dictionary/british/governance>> Date of Access 12 December 2021.

Sam Agere, ‘Promoting Good Governance: Principles, Practices and Perspectives’ (OECD Library, 2000), <https://read.oecd-ilibrary.org/commonwealth/governance/promoting-good-governance_9781848597129-en#page1> Date of Access 12 December 2021.

United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pasific, ‘What is Good Governance?’ <<https://www.unescap.org/sites/default/files/good-governance.pdf>> Date of Access 12 December 2021.



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 02.07.2021
Kabul: 10.08.2022
Online Yayın: 15.09.2022

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Uluslararası Hukuk Açısından Dağlık Karabağ Sorunu ve İkinci Dağlık Karabağ Savaşı'nı Sona Erdiren Ateşkes Andlaşması

Cüneyt Yüksel* , Hamza Yüce** 

Öz

Güney Kafkasya'da Azerbaycan ile Ermenistan arasında Dağlık Karabağ sorunu nedeniyle uzun yıllardır dondurulmuş bir ihtilaf olarak devam eden gerginlik 2020 yılının son aylarında yerini geniş kapsamlı bir silahlı çatışmaya bırakmıştır. İkinci Dağlık Karabağ Savaşı olarak adlandırılan bu çatışma süreci 44 gün sürmüştür. Ermenistan ilk saldırıyı başlatan taraf olsa da Azerbaycan buna derhal meşru müdafaa hakkıyla karşılık vermiş ve savaş boyunca sağladığı askeri üstünlük ile önemli kazanımlar elde etmiştir. İki taraf için de ağır zayıflar doğuran bu çatışmalar 9 Kasım 2020 tarihinde imzalanan Ateşkes Andlaşması ile sona ermiştir.

Bu makalede, ilk olarak Dağlık Karabağ sorununun tarihi gelişimi ortaya konulmakta ve bu arka plandan hareketle İkinci Dağlık Karabağ Savaşı ile bu savaşı bitiren 9 Kasım 2020 tarihli Ateşkes Andlaşması uluslararası hukuk açısından detaylı bir şekilde ele alınmaktadır. İlk bölümde özellikle geçmiş ateşkes süreçlerine ve diplomatik girişimlere odaklanılmaktadır. İkinci bölümde ise İkinci Dağlık Karabağ Savaşı'nın başlangıcı ile birlikte savaş boyunca Ermenistan tarafından gerçekleşmiş olan uluslararası insancıl hukuk ve uluslararası insan hakları hukuku ihlalleri değerlendirilmektedir. Son bölümde ise 9 Kasım 2020 tarihli Ateşkes Andlaşması'nın hükümleri detaylı bir şekilde incelenmektedir. Bu değerlendirmelerin neticesinde 9 Kasım 2020 tarihli Ateşkes Andlaşması'nda Dağlık Karabağ bölgesinin nihai statüsünü belirleyen herhangi bir hükmün yer almadığının altı çizilmektedir. Bu nedenle Dağlık Karabağ sorunu çözülmesi gereken güncel bir mesele olarak varlığını sürdürmeye devam etmektedir. Dolayısıyla makalede, Dağlık Karabağ bölgesinin nihai statüsüne ilişkin bir barış andlaşmasının imzalanması ve böylece kesin bir çözümün sağlanabilmesi için Türkiye'nin de içerisinde yer aldığı ilgili aktörlerin çaba göstermesinin önemi vurgulanmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Dağlık Karabağ Sorunu, İkinci Dağlık Karabağ Savaşı, 9 Kasım 2020 tarihli Ateşkes Andlaşması, Azerbaycan, Ermenistan, Uluslararası Hukuk, Uluslararası İnsancıl Hukuk, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku

The Nagorno-Karabakh Conflict from the Perspective of International Law and the Armistice Agreement Ending the Second Nagorno-Karabakh War

Abstract

The long-standing tensions between Azerbaijan and Armenia in the South Caucasus, which became a frozen conflict for many years due to the Nagorno-Karabakh dispute, evolved into an armed conflict in the last months of 2020. This conflict is known as the Second Nagorno-Karabakh War and lasted for 44 days. Even though Armenia is the party responsible for starting the war by committing armed attacks on Azerbaijan, Azerbaijan immediately responded to these unlawful acts on the grounds of its right to self-defense. This war caused many casualties for both sides and ended with the Armistice Agreement signed on November 9, 2020.

* **Sorumlu Yazar:** Cüneyt Yüksel (Prof. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: cuneyt.yuksel@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0001-8580-6967

** Hamza Yüce (Araş. Gör.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: hamzayuce@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0001-9875-1379

Atf: Yüksel C, Yüce H, "Uluslararası Hukuk Açısından Dağlık Karabağ Sorunu ve İkinci Dağlık Karabağ Savaşı'nı Sona Erdiren Ateşkes Andlaşması" (2022) 80(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1021. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.3.0010>



The first section of this article focuses particularly on the previous ceasefire processes and diplomatic initiatives as well as their historical development prior to the Second Nagorno-Karabakh War. The second section addresses the start of the Second Nagorno-Karabakh War alongside the violations of international humanitarian law and international human rights law Armenia committed during the war. The final section examines in detail the provisions of the Armistice Agreement of November 9, 2020. This article's conclusion underlines that no provision is present in the Armistice Agreement that determines the final status of the Nagorno-Karabakh region. Hence, the Nagorno-Karabakh dispute is still an actual conflict that must be subjected to a resolution. Therefore, it is important to have the relevant actors, including Turkey, put effort into achieving a final peace agreement as well as a long-term peaceful settlement regarding the status of the Nagorno-Karabakh region.

Keywords

Nagorno-Karabakh conflict, Second Nagorno-Karabakh War, Armistice Agreement of November 9, 2020, Azerbaijan, Armenia, international law, international humanitarian law, international human rights law

Extended Summary

The long-standing tensions between Azerbaijan and Armenia in the South Caucasus have been a frozen conflict for many years due to the Nagorno-Karabakh dispute and evolved into an armed conflict in the last months of 2020. This conflict is known as the Second Nagorno-Karabakh War and lasted for 44 days. The war erupted after Armenia launched heavy artillery attacks on Azerbaijan, with Azerbaijan immediately responding to these unlawful acts on the grounds of its right to self-defense. This conflict resulted in heavy casualties for both sides and ended with the Armistice Agreement signed on November 9, 2020.

The purpose of this article is to thoroughly address the historical development of the Nagorno-Karabakh conflict and to examine the Second Nagorno-Karabakh War as well as the Armistice Agreement of November 9, 2020 from the perspective of international law. Thus, the first section discusses the conflict with an emphasis on the significant events throughout its history, examining the previous ceasefire processes in this context. In the early stages of the conflict after the dissolution of the Soviet Union, certain states in the region made various attempts to resolve the problem. However, these diplomatic initiatives were unsuccessful for certain reasons. Therefore, the Organization of Security and Co-operation in Europe (OSCE) began showing interest in the conflict. The OSCE Minsk Group was established in order to resolve the conflict and offered three proposals to the parties at the end of the 1990s. However, the parties were unable to reach an agreement regarding any of the proposals. As a result of this failure, the OSCE Minsk Group proposed the Madrid Principles in 2007, which involved returning the occupied territories to Azerbaijan and providing an interim status for the Nagorno-Karabakh region. However, neither of the parties were able to endorse the Madrid Principles.

The second section of the article discusses Armenia's violations of international humanitarian law and international human rights law during the Second Nagorno-

Karabakh War. During the war, Armenia deliberately fired heavy artillery and rockets at many densely populated Azerbaijani cities. While these attacks resulted in the death and injury of many civilians who were supposed to be protected under international humanitarian law, they also severely damaged hundreds of homes, historical buildings, and other civilian centers. As is known, all States shall abide fully to their obligations under the Geneva Conventions of 1949, additional protocols, and other instruments of international humanitarian law related to respect for human rights in armed conflicts. However, from the very beginning of the war, Armenia intentionally violated these rules. Therefore, Armenia's international responsibilities and the relevant Armenian decision-makers' criminal responsibilities due to these violations must be held to account.

The third chapter examines the provisions of the Armistice Agreement of November 9, 2020, which ended the Second Nagorno-Karabakh War. It first analyzes in detail the legal aspects of this agreement, concluding it to be an international agreement as per the criteria stipulated in the Vienna Convention on the Law of Treaties (1969) and binding to both its parties. This situation is important for the future of the Agreement. Moreover, this article examines the rights and obligations that the Agreement brings to all involved parties. This section also considers the start time and area to which the ceasefire regime is applied in accordance with the Agreement and additionally discusses the most recent status of the Lachin Corridor and the Zangezur Corridor. The article debates other provisions in the agreement such as prisoners of war exchange and return of refugees to the Nagorno-Karabakh region from the perspective of international law and evaluates the status of Agdam, Kelbacer, and Lachin.

The scope, duration, and other elements of the Russian peacekeeping mission in particular have been elucidated with certain references to the general concept of a peacekeeping force in international law. Last but not least, Turkey's position in the conflict is also analyzed in accordance with the terms of the agreement. In fact, no provisions are present in the Agreement that directly concern Turkey. Upon examining the preparatory works (*travaux préparations*) of the Agreement, however, the parties are seen to want Turkey to be a part of the Joint Observation Center established in Article 5 of the Agreement.

The article's conclusion underlines the lack of any provision in the Agreement determining the final status of the Nagorno-Karabakh region. Hence, the dispute is still an actual conflict that must be subjected to a resolution. Therefore, it is important to have the relevant actors, including Turkey, put effort into facilitating a final peace agreement regarding the status of the Nagorno-Karabakh region in order to prevent the reoccurrence of any other military conflict and establish a long-term peaceful settlement.

Uluslararası Hukuk Açısından Dağlık Karabağ Sorunu ve İkinci Dağlık Karabağ Savaşı'nı Sona Erdiren Ateşkes Andlaşması

Giriş

Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin (SSCB) dağılmasından bu yana Azerbaycan ve Ermenistan arasında çözülemeyen bir kriz olan Dağlık Karabağ sorunu, 2020 yılının son çeyreğinde “dondurulmuş ihtilalden”¹ geniş kapsamlı bir “sıcak çatışmaya” dönüşmüştür. Öyle ki bu çatışmalar İkinci Dağlık Karabağ Savaşı olarak nitelendirilmektedir. Her ne kadar İkinci Dağlık Karabağ Savaşı, iki devlet arasında Dağlık Karabağ sorunu çerçevesinde yaşanan ilk silahlı çatışma olmasa da bu zamana kadarki en büyük çatışmalardan biri olmuştur. 9 Kasım 2020 tarihli Ateşkes Andlaşması ile sona erene kadar 44 gün süren İkinci Dağlık Karabağ Savaşı çok önemli sonuçlara yol açmıştır.

Dağlık Karabağ sorununun merkezinde Azerbaycan'ın uluslararası hukuka göre kendisine ait olan topraklarını Ermenistan işgalinden kurtarma ve ülke bütünlüğünü tekrar sağlama çabaları ile Ermenistan'ın bu topraklar üzerinde on yıllardır sürdürdüğü fiili işgali, kendi hakimiyetini tescilleyecek yeni bir statükoya çevirme çabaları yer almaktadır. Tarihsel kökeni eskilere dayanan ancak SSCB'nin dağılmasından sonra somut bir biçimde belirginleşen bu sorun, günümüze kadar bölgede sürekli çatışmalara yol açan ve Azerbaycan ile Ermenistan arasında barışın tesis edilememesine sebep olan kronik bir mesele hâline gelmiştir. Geçmişte meydana gelen çatışmaların büyük bir kısmı genellikle cephe hattında oluşan dar kapsamlı sınır çatışmaları olarak vuku bulsa da 1990'lı yılların başında gerçekleşen Birinci Dağlık Karabağ Savaşı ve son olarak 2020 yılının son çeyreğinde patlak veren İkinci Dağlık Karabağ Savaşı gibi iki geniş kapsamlı savaş yaşanmıştır. Bu savaşlarda taraflar çok ağır askeri ve sivil kayıplar vermiş, birçok insan yerlerini terk etmek zorunda kalmıştır. Her bir savaş, yaşanan kayıpların neticesinde imzalanan ateşkes andlaşmaları ile sona erdirilmiş ancak bu ateşkes andlaşmaları kalıcı bir barış andlaşmasına dönüştürülememiştir. Hatta yapılan ateşkeslere rağmen Ermenistan süreç boyunca uluslararası hukukun birçok kuralını ihlal ederek saldırgan politikalarını sürdürmüş ve bu politikalar toplamda bir milyondan fazla Azerbaycan Türkü'nün yerlerinden edilmesine ve Hocalı gibi bazı trajik katliamların yaşanmasına neden olmuştur.

Öte yandan, Birinci ve İkinci Dağlık Karabağ Savaşları ve bunlardan sonra imzalanan ateşkes andlaşmaları hem ortaya çıktıkları koşullar hem de neticeleri

¹ Dağlık Karabağ, Transdinyester, Güney Osetya ve Abhazya ile birlikte dört dondurulmuş ihtilaf bölgesinden biri olarak gösterilmektedir. Sözde Dağlık Karabağ Cumhuriyeti örneğinde olduğu gibi sözde tanınmayan bir devletin varlığı dondurulmuş ihtilaf bölgelerinde görülen örneklerden birini teşkil etmektedir, Thomas D Grant, 'Frozen Conflicts and International Law' (2017) 50(3) Cornell International Law Journal 361, 395; Bu konuda detaylı bilgi için bkz Svante E Cornell, 'The Armenian-Azerbaijani Conflict and European Security' iç Svante Cornell (ed), *The International Politics of the Armenian-Azerbaijani Conflict: The Original "Frozen Conflict" and European Security* (Palgrave Macmillan 2017) 1-2; Laurence Broers, 'From "Frozen Conflict" to Enduring Rivalry: Reassessing the Nagorny Karabakh Conflict' (2015) 43(4) Nationalities Papers 556, 557.

İtibariyle farklılık arz etmektedir. İlk savaş, Ermenistan'ın kazanımlar elde ettiği bir sürece dönüşürken ikinci savaşta Azerbaycan'ın askeri üstünlüğü görülmektedir. 9 Kasım 2020 tarihli Ateşkes Andlaşması da sahadaki bu yeni gerçekliğe uygun olarak Azerbaycan lehine düzenlemeler içermektedir. Bu sebeple, Azerbaycan'ın Ermenistan işgali altındaki topraklarının önemli bir kısmını meşru müdafaa hakkı çerçevesinde gerçekleştirdiği askeri müdahaleler neticesinde geri aldığı söylenebilecektir. On yıllardır kara bağlantısının sağlanamadığı Azerbaycan'ın batı bölgeleri ile Nahçıvan arasında bir koridor kurulmasına imkan veren bir şartın varlığı da son derece önemli bir gelişmedir. Ayrıca, Dağlık Karabağ'a Rusya'nın öncülüğünde uluslararası bir barış gücünün konuşlandırılması hükmü ise Türkiye'nin de Dağlık Karabağ'daki yeni statükoda yer almasını sağlaması başta olmak üzere birçok açıdan kayda değerdir.

Bu makalede öncelikle Dağlık Karabağ sorunu genel olarak uluslararası hukuk boyutuyla ele alınacak ve günümüze kadar Dağlık Karabağ'da birçok kez yaşanan silahlı çatışmanın akabinde gerçekleştirilen ateşkes ve diplomatik girişim süreçleri detaylı bir şekilde incelenecektir. Genelde Ermenistan'ın devam eden ihlalleri nedeniyle akamete uğrayan bu süreçler hukuki bir bakış açısıyla değerlendirilecek, aynı zamanda Ermenistan'ın söz konusu ihlalleri özellikle uluslararası insancıl hukuk ve insan hakları hukuku açısından incelenecektir. Sonrasında, İkinci Dağlık Karabağ Savaşı kapsamlı bir şekilde uluslararası hukuk açısından değerlendirilecektir. Özellikle, savaş boyunca Azerbaycan'a ait sivil yerleşim yerlerine karşı gerçekleştirilen saldırılar mercek altına alınacaktır. Son olarak ise 9 Kasım 2020 tarihinde imzalanan Ateşkes Andlaşması'nın detaylı incelenmesi yapılacak, ayrıca Dağlık Karabağ'ın statüsü meselesi başta olmak üzere Andlaşma'da yer almayan sorunlar ortaya konacaktır. Makalenin temel amacı, tüm bu değerlendirmelerin sonucunda, İkinci Dağlık Karabağ Savaşı ve onu takip eden Ateşkes Andlaşması ile ortaya çıkan yeni statükonun hangi sorunları çözdüğünü, hangi sorunları çözümsüz bıraktığını ve bu minvalde, Dağlık Karabağ sorununun nasıl bir yönde gelişebileceğini bu sorunun tarihsel arka planı bağlamında tespit ederek, olası sorunlara çözüm önerileri sunmaktır.

I. Uluslararası Hukuk Açısından Dağlık Karabağ Sorunu

Azerbaycan ile Ermenistan arasında uzun süredir devam eden Dağlık Karabağ sorununun kökenleri tarihi bir sürece yayılmaktadır. İlk olarak Rus İmparatorluğu 1828 yılında İran ile imzaladığı Türkmençay Antlaşması'nın akabinde Güney Kafkasya'da etkisini artırabilmek amacıyla Ermeni nüfusu Dağlık Karabağ ve çevresine yerleştirmeye başlamıştır.² Rus İmparatorluğu'nun uyguladığı bu politika neticesinde on binlerce Ermeni bölgede iskân edilmiştir.³ Rus İmparatorluğu bir yandan Ermenilere ait yeni yerleşim birimlerinin kurulmasını finanse ederken diğer

² Heiko Krüger, *The Nagorno-Karabakh Conflict: A Legal Analysis* (Springer 2010) 8.

³ Ibid 8-9.

yandan ise Ermeni idari birimini teşekkül ettirerek bölgenin yönetim yapısını yeniden şekillendirmeye başlamıştır.⁴

Rus İmparatorluğu'nun Birinci Dünya Savaşı'nın akabinde yıkılmasından sonra bölgede yaşanan gelişmeler günümüze uzanan çatışmalar üzerinde belirleyici olmuştur. Bu süreçte Güney Kafkasya'da yeni bağımsız cumhuriyetler ortaya çıkmıştır. Bu cumhuriyetlerden ikisi olan Azerbaycan ve Ermenistan hem Dağlık Karabağ hem de Nahçıvan ile Zengezur bölgesinde egemenlik mücadelesi vermiştir.⁵ Güney Kafkasya'da etnik kimlikler üzerinden hareketliliğin gözlemlendiği bu dönemde Dağlık Karabağ'da yaşayan Ermeniler ise Kurultaylar (*Assembly*) oluşturmaya başlamıştır. 22 Temmuz 1918'de toplanan Birinci Kurultay'da Dağlık Karabağ'ın bağımsız bir idari ve siyasi yapı olduğu ilan edilmiştir.⁶ Fakat bu girişim Türk ordusunun bölgeye gelmesi ile kesintiye uğramıştır.⁷ Bununla birlikte Dağlık Karabağ Ermenileri ilerleyen süreçte de çalışmalarına devam etmiş ve Azerbaycan tarafından atanan Dağlık Karabağ Genel Valisi Hosrov Sultanov'un Dördüncü Kurultay'da protesto edilmesi örneğinde olduğu gibi, bölge üzerinde Azerbaycan'ın politikalarını engellemeye çalışmıştır.⁸ Bunun yanı sıra taraflar arasındaki barışçıl girişimler Kurultaylara da yansımıştır. Şöyle ki Yedinci Kurultay'da alınan kararlar Azerbaycan hükümeti tanınmıştır. Bu süreçte iki taraf arasında kesin bir çözüme ulaşıncaya kadar Azerbaycan'ın bölgedeki egemenliğini kabul eden bir mutabakat imzalanmıştır.⁹

Bu süreç, SSCB'nin Güney Kafkasya üzerinde egemenlik kurarak Rus idaresini tekrar tesis etmesine kadar devam etmiştir. SSCB'nin sürece dâhil olması ile birlikte ise oluşturulan Kafkas Bürosu nezdinde Dağlık Karabağ'ın durumu ele alınmaya başlanmıştır. İki yılı aşkın süren çalışmaların sonunda 1923 yılında Azerbaycan Sovyet Cumhuriyeti'ne bağlı Dağlık Karabağ Özerk Bölgesi ilan edilmiştir. Bunun neticesinde Ermenistan, Dağlık Karabağ'da yaşayan Ermenileri ülkesine katamamış olsa da Azerbaycan toprakları üzerinde Ermenilerin yaşadığı ve yönettiği bir bölgenin oluşmasını sağlamıştır. Nitekim söz konusu durum aynı zamanda Rus İmparatorluğu'ndan beri süregelen Ermenilerin bölgede iskân edilmesi politikası ile de uyumludur. Dağlık Karabağ Özerk Bölgesi'nin kurulması ile beraber SSCB

⁴ Ibid.

⁵ Levon Chorbajian, 'Introduction' iç Levon Chorbajian (ed), *The Making of Nagorno-Karabagh: From Secession to Republic* (Palgrave 2001) 36-37; 1918 ile 1920 yılları arasında bölgede yaşanan saldırıları ve katliamları görmek için bkz, TC Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı, '*Azerbaycan Belgelerinde Ermeni Sorunu*' (2001) <file:///C:/Users/user/Downloads/azerbaycan_belgelerinde_ermen_i_sorunu_1918_1920.pdf> Erişim Tarihi 2 Haziran 2021.

⁶ Shahen Avaiakan, *Nagorno Karabagh: Legal Aspect* (5. Bası, MIA 2015) 8-9.

⁷ Azerbaycan bu süreçte Osmanlı Devleti'nden yardım istemiş ve bu yardıma binaen Güney Kafkasya'ya gelen Osmanlı ordusu Ermeni çetelere karşı Azerbaycan'ın yanında çatışmalara girmiştir. Fakat Birinci Dünya Savaşı'nın koşulları altında bu durum uzun süre devam ettirilememiştir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz, Svante E Cornell, 'Turkey and the Conflict in Nagorno Karabakh: A Delicate Balance' (1998) 34(1) *Middle Eastern Studies* 51, 52.

⁸ Ibid 9.

⁹ Cavid Abdullazade, *Hukuki Yönleriyle Dağlık Karabağ Sorunu* (2. Bası, Adalet 2014) 55.

bünyesinde etkili bir çözümün bulunduğu görülmektedir. İlerleyen dönemde Türkiye-SSCB ilişkilerinin seyrine göre Ermenistan'ın Dağlık Karabağ üzerinde yeniden söylem üretmeye çalıştığı görülse de bu girişimlerden bir sonuç çıkmamıştır.¹⁰ Bu sebeple, 1920'lerden 1980'lere kadar geçen süreçte genel olarak Dağlık Karabağ ekserinde yaşanan bir siyasi hareketlilik olmamıştır.

SSCB'nin içerisinde bulunduğu siyasi atmosfer 1980'lerin ortalarından itibaren bölgede milliyetçi fikirlerin artmasına neden olmuştur. Bu durumun etkisiyle Ermenistan tarafı Dağlık Karabağ Özerk Bölgesi'nin kendi ülke sınırlarına dâhil edilmesine yönelik taleplerini yeniden gündeme getirmeye başlamıştır. Ermenistan'ın bu süreçte hem Dağlık Karabağ hem de Nahçıvan'a yönelik ilgisinin sadece söylem düzeyinde kalmadığı, aynı zamanda bazı Ermeni kuruluşların resmi olarak bu bölgelerin Ermenistan'a bağlanmasını talep ettiği görülmektedir. Şöyle ki 1987 yılında Ermeni Bilimler Akademisi bu yönde bir dilekçe ile başvurusunu gerçekleştirmiş ve meselenin yeniden resmi düzeyde tartışılmasının önünü açmıştır.¹¹ Aynı yıl Azerbaycan'ın kuzeyinde yer alan Çardaklı Köyü'nde ise Ermeni yerleşimciler çiftlik müdürü olarak atanan bir Azerbaycan Türkü'nü reddetmişler ve bunun sonucunda olaylar meydana gelmiştir. Ermeni yerleşimciler Moskova'ya heyet göndererek taleplerine karşılık bulmaya çalışırken Erivan'da da geniş çaplı gösteriler düzenlenmiştir.¹² Tüm bu gelişmeler Dağlık Karabağ'da gerginliğin giderek artmasına neden olmuştur.

1988 yılına gelindiğinde ise Dağlık Karabağ Bölgesel Yönetimi, Azerbaycan'ın Dağlık Karabağ'dan çekilmesi yönünde karar almıştır. Azerbaycan bu kararı kabul etmemiştir.¹³ Yaşanan bu gelişmeler Dağlık Karabağ'da genel durumu kötüleştirmiş ve birçok Azerbaycan Türkü'nün evlerini terk etmek zorunda kalmasına neden olmuştur.¹⁴ Aynı günlerde iki Azerbaycan Türkü'nün öldürülmesi ise bölgede şiddet olaylarını tırmandırmıştır.¹⁵ Dağlık Karabağ'da yaşanan gerilimin neticesinde on binlerce Azerbaycan Türkü Bakü'ye doğru göç etmeye başlamıştır. Bu ilk göç dalgasının devamı gelmiş ve bölgede büyük bir insan hareketliliği başlamıştır.¹⁶ Uzun yıllar boyunca “dondurulmuş ihtilaflar” arasında sayılan Dağlık Karabağ'da yaşanan bu gelişmeler aslında bu tür çatışma bölgelerinin aldatıcı bir güvenlik hissi yarattığını ve ilerleyen dönemlerde sıcak çatışmalara evrilebileceğini de göstermektedir.¹⁷

¹⁰ Ibid 64-69.

¹¹ Svante E Cornell, *Azerbaijan Since Independence* (Routledge 2011) 47-48.

¹² Thomas De Wall, *Black Garden: Armenia and Azerbaijan Through Peace and War* (10. Yıl Baskı, New York University Press 2013) 19; Cornell, *Azerbaijan Since Independence* (n 11) 48.

¹³ Avaikan (n 6) 16.

¹⁴ De Wall (n 12) 31.

¹⁵ Abdullahzade (n 9) 71-72.

¹⁶ Cornell, *Azerbaijan Since Independence* (n 11) 75.

¹⁷ Ibid 126.

Yaşanan gelişmelerin neticesinde Azerbaycan ciddi bir göç krizi ile karşı karşıya kalmıştır. 1988 ile 1991 yılları arasında yaklaşık 250 bin kişinin Azerbaycan'a göç ettiği belirtilmektedir.¹⁸ Dağlık Karabağ genelinde yaşanan gerilim iki toplum arasındaki şiddet olaylarını tırmandırmıştır. Bu durumu kontrol altına alabilmek için SSCB, 1989 yılının başında Dağlık Karabağ üzerinde özel bir yönetim tesis etmiştir. Bu özel yönetim 1921 yılından beri devam eden Azerbaycan hâkimiyetinin kesintiye uğraması demek olsa da geçici süre ile uygulanan bu model aynı yılın son aylarına doğru kaldırılmıştır.¹⁹ Bu özel yönetim kararının yalnızca Azerbaycan Türkleri açısından değil aynı zamanda Ermeniler açısından da rahatsızlık oluşturduğu bilinmektedir.²⁰

Öte yandan, ilerleyen dönemde her iki tarafta da geniş çaplı gösteriler düzenlenmeye başlanmıştır. Ermenistan bu süreçte Dağlık Karabağ için tekrar SSCB yönetimine başvurmuş olsa da statünün değiştirilmeyeceğine dair bir yanıt almıştır.²¹ Bu dönemde SSCB, Azerbaycan'daki gösterileri bastırmak amacıyla Bakü ve civarında olağanüstü hal ilan etmiş ve bölgeye askeri unsurlarını sevk etmiştir. Bu gelişmeler o güne kadar etkisini arttıran bağımsızlık fikirlerinin toplum nezdinde daha fazla kabul görmesine neden olmuştur. Gerçekten de 30 Ağustos 1991'de Azerbaycan Bağımsızlık Bildirisi'ni yayınlamıştır. Bu süreçte diğer Sovyet Cumhuriyetlerinin de bağımsızlık bildirisi yayınladıkları görülmektedir. Tüm bu gelişmeler SSCB'nin sonunu getirmiştir.²² Bu durum Dağlık Karabağ'da durumu daha da kötüleştirmiştir. Azerbaycan'ın ve Ermenistan'ın bağımsızlık ilanlarıyla beraber Dağlık Karabağ'da yaşanan çatışmalar, Sovyet Cumhuriyetleri arasında yaşanan çatışmalar olmaktan çıkarak iki bağımsız devlet arasında yaşanan çatışmalar haline gelmiştir.²³

Bu çalkantılı dönemde taraflar arasında çatışmalar artmaya başlayınca Rusya ve Kazakistan devlet başkanlarının girişimleri ile bir ateşkes süreci işletilmeye çalışılmıştır. İki devlet başkanı önce Bakü'ye akabinde Dağlık Karabağ'ın Hankendi şehrine ve son olarak da Erivan'a gitmişlerdir. Bu ziyaretlerle Azerbaycan ile Ermenistan arasında barışın tesis edilmesi amaçlanmıştır. Bu çabaların sonucunda 23 Eylül 1991 tarihinde Rusya'nın Jeleznovodsk şehrinde Azerbaycan ve Ermenistan ateşkesin sağlanması için andlaşmaya varmıştır.²⁴ Bu andlaşma çatışma süreci

¹⁸ Shamkal Abilov ve İsmayıl İsayev, 'The Consequences of the Nogorno-Karabakh War for Azerbaijan and the Undeniable Reality of Khojaly Massacre: A View from Azerbaijan' (2016) 45 Polish Political Science Yearbook 291, 293-294.

¹⁹ Tim Potier, *Conflict in Nagorno-Karabakh, Abkhazia and South Ossetia: A Legal Appraisal* (Kluwer Law International 2001) 7.

²⁰ Abdullahzade (n 9) 75.

²¹ De Wall (n 12) 24-25.

²² Abdullahzade (n 9) 77.

²³ Ali Askerov, 'The Nagorno Karabakh Conflict: The Beginning of the Soviet End' iç Ali Askerov, Stefan Brooks ve Lasha Tchautouridze (edr), *Post-Soviet Conflicts: The Thirty Years' Crisis* (Lexington Books 2020) 59.

²⁴ Nazim Caferov ve Araz Aslanlı, 'Karabağ Sorununda Ateşkes ve Rusya' (2016) (53) Ermeni Araştırmaları 239, 244; Jeleznovodsk şehrinde imzalanmış olan ateşkes andlaşması metni için bkz. <https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/Azerbaijan_ZheleznovodskDeclaration1991.pdf> Erişim Tarihi 19 Mayıs 2021.

içerisinde ilk ateşkes andlaşması olması nedeniyle önemli bir dönüm noktası olarak kabul edilmektedir. Azerbaycan ve Ermenistan bu ateşkes andlaşmasının akabinde karşılıklı görüşmeler gerçekleştirmiş fakat çatışmalar tamamen durdurulamamıştır. Çatışmaların devam ettiği bu süreçte Azerbaycan, Ermenistan'ın yükümlülüklerini yerine getirmediğini ve ateşkesi devamlı olarak ihlal ettiğini ortaya koymak için ateşkesin imzalanmasında güçlü katkıları olan Rusya ve Kazakistan'dan gözlemcileri bölgeye getirmek istemiştir. Üst düzey yetkilileri ve aynı zamanda Azerbaycan hükümetinden Devlet Sekreteri, Başbakan Yardımcısı, İçişleri Bakanı ve Başsavcığı taşıyan helikopterin 20 Kasım 1991 tarihinde Dağlık Karabağ'da düşürülmesi ateşkes sürecine ve barış görüşmelerine ciddi bir darbe vurmuştur. Bu durum Azerbaycan'ın sürece yönelik tavrını da etkilemiştir. Şöyle ki buna tepki olarak hem demiryolu ulaşımı kapatılmış hem de Dağlık Karabağ'ın mevcut statükosu kaldırılarak bölge doğrudan Azerbaycan'a dâhil edilmiştir.²⁵

SSCB'nin dağılmaya başlamasıyla birlikte Dağlık Karabağ'da bağımsızlık referandumu yapılması gündeme gelmiştir. Azerbaycan Türklerinin boykot ettiği 10 Aralık 1991 tarihli referandum neticesinde tanınmayan sözde Dağlık Karabağ Cumhuriyeti 6 Ocak 1992 tarihinde bağımsızlığını ilan etmiştir. Bu yapı ilerleyen süreçte Birleşmiş Milletler gibi uluslararası örgütlere de çeşitli müracaatlar gerçekleştirmiştir.²⁶

İlk ateşkes sürecinin akamete uğramasından sonra gelişen olaylar Dağlık Karabağ'da gerilimi tırmandırırken İran Dışişleri Bakanı'nın 1992 Şubat'ında bölgeyi ziyaret etmesiyle beraber yeniden bir anlaşma zemini aranmıştır fakat bu çabalar Ermenistan'ın 25-26 Şubat tarihlerinde Azerbaycan Türklerinin yaşadığı Hocalı kasabasını işgal ederek binlerce masumu katletmesi nedeniyle başarıya ulaşamamıştır.²⁷ Şöyle ki Ermeni güçleri 25-26 Şubat 1992 tarihinde uzun süredir abluka altında tuttukları Azerbaycan'ın Hocalı kentine girmiş ve içlerinde 83'ü çocuk, 103'ü kadın, 70'i ise yaşlı olmak üzere 613 Azerbaycan Türk'ünü katletmiştir. Bunun yanı sıra onlarca insanın yakılarak öldürüldüğü, birçok ailenin tamamen yok edildiği, geriye kalanların çoğunun ağır fiziksel yaralanmalara maruz kaldığı, 155 kişinin kaybedildiği ve 1275 kişinin esir olarak alındığı tespit edilmiştir. Bu katliam Ermeni güçlerinin eylemleri değerlendirildiğinde soykırım olarak adlandırılabilir. Burada Azerbaycan Türklerine karşı yok etme kastıyla hareket edildiği ve bunun kısmen gerçekleştirildiği görülmektedir ve ayrıca hem bu katliamdan önceki eylemler hem de devamında yaşanan diğer katliamlar bu niyeti açıkça ortaya koymaktadır.²⁸ Ermeni güçlerinin yok etme kastıyla hareket ederek Soykırım Suçunun Önlenmesine

²⁵ Caferov ve Aslanlı (n 24) 244-245.

²⁶ Potier, *Conflict in Nagorno-Karabakh, Abkhazia and South Ossetia: A Legal Appraisal* (n 19) 8; Krüger (n 2) 21-22.

²⁷ Araz Aslanlı, 'Karabağ Sorununda Ateşkesin Kısa Tarihi' (2020) (300) SETA Perspektif 1, 2. <<https://setav.org/assets/uploads/2020/11/P300.pdf>> Erişim Tarihi 10 Mayıs 2021.

²⁸ Amir Aliyev, *Azerbaycan Uluslararası Suçların Hedefinde: Hukuki İnceleme*, (Nurlar NPM 2018) 74-83.

ve Cezalandırmasına Dair Sözleşme’de yer alan fiillerden grup üyelerinin öldürülmesi, ciddi bedensel ve zihinsel zarar verilmesi ve grubun fiziki varlığını ortadan kaldırmak için kasıtlı olarak yaşam şartlarını değiştirilmesi suçlarını işledikleri görülmektedir.²⁹ Ermeni güçlerinin Hocalı’da gerçekleştirdiği bu eylemler bugüne kadar uluslararası mahkemelerin önüne getirilmemiştir. Burada hem kişilerin cezalandırılması için uluslararası ceza mahkemelerinde yargılama yapılabilecek hem de soykırım suçunu önleyemediği gerekçesiyle Uluslararası Adalet Divanı (UAD) nezdinde Ermenistan’a karşı hukuki yollar tercih edilebilecektir. Bununla birlikte bu eylemlerin Ermenistan’ın sorumluluğunda gerçekleştiği ve eylemi gerçekleştiren askerler üzerinde Ermenistan’ın “etkin kontrol” sağladığı görülmektedir. Bu nedenle ortaya çıkan insan hakları ihlalleri açısından da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) çerçevesinde Ermenistan’ın sorumluluğuna gidilebilecektir. Özellikle öldürülen ve kaybedilen insanlar göz önüne alındığında yaşam hakkı ihlalleri gündeme gelmektedir. Ermenistan’ın bugüne kadar sorumlu kişiler hakkında etkin soruşturma gerçekleştirmediği göz önüne alındığında katledilen insanların yasal mirasçılarının önce Ermenistan iç hukukunda ve burada etkin soruşturma sağlanamazsa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) nezdinde öncelikle AİHS’in 2. maddesi ile korunan yaşam hakkı ihlallerinin soruşturma yükümünün ihlaline yönelik başvurular gerçekleştirilmesi mümkündür.³⁰

İran ilerleyen süreçte arabuluculuk girişimlerine devam etmiş ve birkaç ay sonra 7 Mayıs 1992 tarihinde Tahran’da devlet başkanları nezdinde bir toplantının gerçekleştirilmesini sağlamıştır. Bu toplantı ile birlikte taraflar arasında ateşkesin sağlanması amacıyla sekiz maddelik bir andlaşmaya varılmıştır fakat bir gün sonra Şuşa, iki hafta içerisinde de Lâçin’in Ermenistan ordusu tarafından işgal edilmesi sürecin başarısızlıkla sonuçlanmasına neden olmuştur. Lâçin’in işgaliyle beraber Dağlık Karabağ ile Ermenistan arasında bağlantının kurulduğu görülmektedir ve bu durum Azerbaycan’ın Dağlık Karabağ’da gücünü zayıflatmıştır.³¹ Öte yandan, aynı yıl her iki devletin de Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı’na (AGİT) üye olması meselenin bu teşkilat nezdinde de görüşülmesini beraberinde getirmiştir. İlerleyen süreçte AGİT’in ateşkes müzakerelerinde önemli bir role sahip olacağı görülecektir.³²

²⁹ Bahadır Bumin Özarlan, ‘Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi Açısından Hocalı Katliamı’ (2014) 4(1) Hacettepe HFD, 187, 206-209; Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırmasına Dair Sözleşme’nin 2. maddesi itibarıyla ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grubu tamamen veya kısmen yok etmek amacıyla grup üyelerinin öldürülmesi, ciddi bedensel veya zihinsel zarar verilmesi, grubun fiziki varlığını kısmen veya tamamen değiştirmek için kasıtlı olarak yaşam şartlarının değiştirilmesi, doğumları engelleyici tedbirler alınması veya çocukları başka gruplara vermenin soykırım suçuna neden olacağı ifade edilmiştir. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 260 A (III) sayılı kararı ile kabul edilen ve ilgili prosedürlerin yerine getirilmesinden sonra 12 Ocak 1951 tarihinden yürürlüğe giren Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırmasına Dair Sözleşme için bkz. UNTS 277; Soykırımın bir grubu kısmen veya tamamen ortadan kaldırma gibi eylemlerle gerçekleşiyor olması aynı zamanda onu suçların suçu gibi bir adlandırmaya taşıdığı görülmektedir, William A Schabas, *Genocide in International Law* (2. Baskı, Cambridge University Press 2009) 10-11.

³⁰ Akif Emre Öktem, Hüseyin Ural Aküzüm ve Mehmet Cengiz Uzun, ‘Hocalı Soykırımı Hakkında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne Başvuru İmkânı Üzerine’ (2020) 15(193-194) Bahçeşehir Üniversitesi HFD 1081, 1109-1117.

³¹ Caferov ve Aslanlı (n 24) 245.

³² Patricia Carley, ‘Nagorno-Karabakh: Searching For a Solution’ (1998) A United States Institute of Peace Roundtable Report 2. <<https://www.usip.org/sites/default/files/PW25-Nagorno-Karabakh.PDF>> Erişim Tarihi 19 Mayıs 2021.

Şöyle ki 24 Mart 1992 tarihinde Helsinki Konferansı'nda AGİT çerçevesinde Dağlık Karabağ'daki sorunun çözümü için bir çalışma başlatılması ve dolayısıyla bu amaca yönelik olarak bir konferans teşekkül ettirilmesi planlanmıştır. Bu durum AGİT'in dahil olmasıyla beraber mesele üzerinde oluşan iyi havanın da bir yansımasıdır çünkü AGİT ile beraber barışçıl bir çözüme dair olan inanç güçlenmiştir.³³ Bununla birlikte, Dağlık Karabağ yönetiminin resmi bir şekilde Ermenistan tarafından sürece dâhil edilmeye çalışılması ilk teşebbüslerin başarısızlıkla sonuçlanmasına neden olmuştur. Haziran ve Temmuz aylarında Roma'da gerçekleşen bu görüşmeler AGİT'in Dağlık Karabağ sorununda aktif bir şekilde rol oynaması bakımından önemli kabul edilebilecektir.³⁴

Ağustos 1992'de Kazakistan'ın çabaları ve AGİT'in teşvikiyle beraber yeni bir ateşkes sürecinin başlatılmaya çalışıldığı görülmektedir. Dışişleri bakanları nezdinde yapılan toplantıda 27 Ağustos'ta Alma Ata Bildirisi oluşturulmuş ve akabinde taraflar uygulamayı sağlamak amacıyla 3 Eylül tarihinde ortak protokolde anlaşmışlardır fakat ilerleyen günlerde Ermenistan bu andlaşmadan çekilmiştir. Ermenistan ikna edilemeyince bu süreçten de sonuç alınamamıştır.³⁵ Taraflar ilerleyen günlerde Rusya'nın girişimleri neticesinde savunma bakanları düzeyinde görüşmeler gerçekleştirmişler ve ateşkesin sağlanması amacıyla andlaşma imzalamışlardır fakat hem karşılıklı ihlal suçlamaları hem de Dağlık Karabağ yönetiminin görüşmelerdeki konumu nedeniyle ortaya çıkan anlaşmazlıklar bu sürecin devamının gelmesine engel olmuştur.³⁶

Yukarıda belirtilen ateşkes çabalarının başarısız olmasıyla beraber süreç bölge devletlerinin arabuluculuk girişimlerinden ziyade AGİT bünyesinde sürdürülmeye başlanmıştır. Bu sorunu ele almak için AGİT bünyesinde çalışma planları oluşturulmuştur. Nihai bir barış konferansı tertip edilerek sorunun çözülmesi amaçlanmış ve bu niyetle Minsk Grubu teşekkül ettirilmiştir.³⁷ İlk başlarda organizasyonun öne çıkan ülkeleri Rusya ile beraber İsveç ve Finlandiya olmuştur fakat bu iki devletin hem bölgeden coğrafi olarak uzak olmaları hem de buraya yönelik ilgilerinin az olması ateşkes ve barış sürecinin istenildiği gibi verimli geçmesine mâni olmuştur. Ayrıca Rusya'nın da mevcut rolünü hakkıyla yerine getiremediği görülmüştür.³⁸ 1993 yılının ilk aylarında Minsk Süreci'nin gözetiminde taraflar Roma'da öncelikle ateşkesin sağlanması ve akabinde ise daha evvel kararlaştırılmış Minsk Konferansı'nın toplanması için görüşmelere başlamıştır ancak Ermeni

³³ Shamkhal Abilov, 'OSCE Minsk Group: Proposals and Failure, the View from Azerbaijan' (2018) 20(1) Insight Turkey, 143, 145-146.

³⁴ Caferov ve Aslanlı (n 24) 245.

³⁵ Aslanlı, 'Karabağ Sorununda Ateşkesin Kısa Tarihi' (n 27) 2.

³⁶ Araz Aslanlı, *Karabağ Sorunu ve Türkiye Ermenistan İlişkileri* (Berikan 2015) 67.

³⁷ Heikki Vilen, 'Planning a Peace-Keeping Mission for the Nagorno Karabakh Conflict' (1996) 27(1) Security Dialogue 91, 91.

³⁸ Cornell, *Azerbaijan Since Independence* (n 11) 137-138.

birliklerinin Azerbaycan'a ait önemli şehirlerden biri olan Kelbecer'i işgal etmeye yönelik girişimleri nedeniyle çalışmalar başarılı bir şekilde sonuçlandırılmamıştır. Bu görüşmeler esnasında tarafların en azından gözlemcilerin bölgeye gelmesi hususunda anlaştıkları görülmektedir. Bununla birlikte, Ermenistan'ın Nisan ayının ilk günlerinde Kelbecer'i işgal etmesi ile birlikte süreç BM Güvenlik Konseyi'ne (BMGK) taşınmıştır.³⁹ 30 Nisan 1993 tarihli ve 822 sayılı BMGK Kararı'nda Kelbecer'in işgal edilmesine dikkat çekilerek bu ve diğer işgallerin derhal sonlandırılması gerektiği belirtilmiştir. Tarafların birbirlerinin toprak bütünlüğüne ve egemenliklerine saygı göstermesi hususu vurgulanmıştır. Bununla birlikte ateşkesin derhal sağlanması ve Minsk Grubu bünyesinde başlatılan barış sürecinin devam ettirilmesi gerektiği ve dolayısıyla tarafların buna yönelik müzakereleri sürdürmeleri talep edilmiştir.⁴⁰ Kararda BMGK her ne kadar işgalci güçler olarak Ermeni güçlerini gösteriyor olsa da doğrudan Ermenistan'a bir sorumluluk yüklememiştir. Bununla birlikte burada gerçekleştirilen işgalin Ermenistan tarafından gerçekleştirildiği hukuken sabittir. İlgili kararda durum tespiti yapılmış fakat ileriye yönelik atılması muhtemel adımlar kararlaştırılmamıştır. Bu belirsizlik Ermenistan'ın ateşkese yönelmesinden ziyade işgal girişimlerini daha da artırmasını beraberinde getirmiştir. İleride görüleceği üzere Ermenistan, Dağlık Karabağ haricindeki Azerbaycan topraklarında da işgalini genişletmeye başlamıştır.⁴¹

Bu olayların akabinde Rusya'nın öncülüğünde AGİT bünyesinde taraflar arasında görüşmelerin tekrar başlaması sağlanmış fakat ileri sürülen teklifleri Ermenistan tarafı kabul etmemiştir. Ermenistan bu teklifleri reddederken Dağlık Karabağ'daki Ermenilerin kararlaştırılmak istenen şartlara rıza göstermediğini ileri sürmüştür. Bununla birlikte, ilerleyen günlerde tarafları tekrar masaya çekecek girişimlere şahit olunmuştur. Bu girişimlerde ateşkesin sağlanması hedeflenirken aynı zamanda BMGK kararına uygun olarak da başta Kelbecer olmak üzere işgal edilen topraklardan Ermeni birliklerinin çekilmesi gündeme getirilmiştir. Ermenistan bu önerileri bazen kabul etmemiş, bazen de Kelbecer şehri ve benzer yerlerde kendi kontrolünün olmadığını ileri sürerek meseleyi sürüncemede bırakmak istemiştir. Minsk Grubu yetkililerin de bu süreçte ateşkes ortamını temin edebilmek amacıyla bölgeye ziyaret başta olmak üzere çeşitli girişimlerde buldukları görülmektedir.⁴²

Yeniden başlatılmış olan bu çabalar Ermenistan'ın Azerbaycan'a ait olan Ağdam şehrini işgal etmesiyle bir kez daha akamete uğramıştır. Bu işgalin üzerine 29 Temmuz 1993 tarihli ve 853 sayılı BMGK Kararı alınmış ve BMGK meseleye tekrar

³⁹ Caferov ve Aslanlı (n 24) 246-247.

⁴⁰ BM Güvenlik Konseyi Kararı 822 (1993); Dağlık Karabağ Bölgesinin sınırları içerisinde yer almayan Kelbecer'in işgal edilmesi uluslararası toplumun Ermenistan'a baskı yapmasını beraberinde getirmiştir, Cavid Abdullazade, 'Dağlık Karabağ Sorununda Ermenistan'ın Rolü ve Sorumluluğu' (2021) 69(4) AÜHFD 1541, 1549.

⁴¹ Mesut Hakkı Caşın ve Sina Kısacık, *Kafkasya'da Azerbaycan – Ermenistan Uyuşmazlığı: Çatışma – Barış Sarkacı* (Seçkin 2017) 70.

⁴² Caferov ve Aslanlı (n 24) 247-248.

müdahil olmuştur. BMGK bu kararında bir önceki kararında işaret etmiş olduğu hususlara tekrar dikkat çekmiş ve bunun yanı sıra Ağdam'ı işgal eden güçlerin de derhal çekilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁴³ Bu kararda da bir önceki kararda olduğu gibi Ermenistan'ın işgalci bir güç olarak doğrudan nitelendirilmediği görülmektedir, ayrıca yaptırım mekanizmalarına da işaret edilmemesi kararın bir sonuç doğurmaktan uzak olmasını beraberinde getirmiştir.

Aynı yıl içerisinde Ermenistan işgal ettiği toprakları genişletmeye devam ederken 1993 tarihli 874⁴⁴ ve 884⁴⁵ sayılı BMGK Kararları alınmıştır. Bu kararlar önceki iki kararla benzer olup ateşkesin sağlanması, işgal edilen topraklardan çekilme ve barış sürecinin müzakereler yoluyla ilerletilmesi hususlarını içermektedir. Bu kararlarda hem doğrudan muhatabın işaret edilmemesi hem de bunlara uyulmaması durumunda gerekli yaptırım mekanizmalarının ortaya konulmaması nedeniyle cephe hattında ateşkesin sağlanamadığı görülmektedir.

1994 yılının ilk ayları çatışma ortamı içerisinde geçerken Ermenistan saldırılarını artırmış ve Azerbaycan topraklarının %20'sini kontrol eder hale gelmiştir.⁴⁶ Mayıs ayı itibariyle ise ateşkes görüşmeleri netice vermeye başlamıştır. Bu minvalde 5 Mayıs 1994 tarihinde Bağımsız Devletler Topluluğu (BDT) Parlamentolararası Konseyi ile Kırgızistan ve Rusya'nın girişimleriyle Azerbaycan ve Ermenistan arasında Bişkek Protokolü üzerinde uzlaşmış ve 8-9 Mayıs gecesinden itibaren başlayacak bir ateşkes hususunda taraflar anlaşmıştır. Aynı zamanda bu protokol ile birlikte taraflar karşılıklı bir şekilde ateşkesi sağlayarak Minsk Grubu ve BMGK kararlarına uygun bir şekilde davranacakları üzerine de mutabık kalmışlardır.⁴⁷ Bu protokol imzalanırken Dağlık Karabağ Ermeni temsilcisinin taraf olarak eklenmesi gündeme gelmiş ve Azerbaycanlı yetkili buna tepki göstererek metni imzalamaktan imtina etmiştir fakat daha sonra Rusya'nın girişimleriyle protokolün Azerbaycan ile Ermenistan arasında olacağı ve Dağlık Karabağ'ın temsilcilerinin sadece ilgili taraf olarak bulunacağı kararlaştırılarak metin imzalanmıştır.⁴⁸ İki ülke arasındaki çatışmalar Dağlık Karabağ'ın statüsü meselesi ile ilgiliyken ateşkes metninde statü belirlenmemiştir. Bununla birlikte şunu da ifade etmeliyiz ki bu belirsizliğe rağmen o bölgede Ermenistan tarafından *de facto* bir şekilde özerk bir devlet yapılanması kurulmaya çalışılmıştır.⁴⁹

⁴³ BM Güvenlik Konseyi Kararı 853 (1993).

⁴⁴ BM Güvenlik Konseyi Kararı 874 (1993).

⁴⁵ BM Güvenlik Konseyi Kararı 884 (1993).

⁴⁶ Alec Rasizade, 'Azerbaijan's Prospects In Nagorno-Karabakh' (2011) 15(2) World Affairs: The Journal of International Issues 140, 151.

⁴⁷ Bişkek Protokolü (1994), <<https://www.peaceagreements.org/viewmasterdocument/310>> Erişim Tarihi 19 Mayıs 2021.

⁴⁸ Caferov ve Aslanlı (n 24) 250; Bununla birlikte bu sayede Dağlık Karabağ'ın ilk defa üçüncü bir taraf olarak tanınmış olduğunu iddia edenler de mevcuttur, Rasizade (n 46) 151.

⁴⁹ Dağlık Karabağ Cumhuriyeti'nin *de facto* bir şekilde bile olsa devlet kabul edilemeyeceği hakkında bkz, Abdullahzade (n 9) 237-238.

Bişkek Protokolü ile başlayan ateşkes rejimi İkinci Dağlık Karabağ Savaşı'na kadar resmi olarak yürürlükte kalmıştır. Bu açıdan bakıldığında kâğıt üzerinde başarılı bir ateşkes olarak görülebilecektir fakat bilindiği üzere çatışmalar durmamış ve taraflar birçok kez karşı karşıya gelmiştir. Ayrıca bu süreçte Ermenistan işgal altında tutmuş olduğu Azerbaycan topraklarındaki kültürel varlıkları sistemli bir şekilde yağmalamış ve yok etmeye çalışmıştır. Bu sayede Azerbaycan kimliğine ait olan tüm unsurlar temizlenmeye çalışılmıştır ve hatta dini eserlerin aslından uzak bir şekilde ve bazı yerlerde hayvan ağırları olarak da kullanıldığı görülmektedir.⁵⁰ Yine bu ateşkes rejimiyle beraber Ermenistan uzun yıllardan beri doğal çevreyi etkileyecek faaliyetler içerisinde olmaya devam etmiştir. İşgal altında tutmuş olduğu Terter Nehri üzerindeki barajı Azerbaycan'a karşı kullanmakta ve ülkenin tarımına zarar vermeye çalışmaktadır. Ayrıca yıllardır düzenli bir şekilde Fuzuli, Cebrail, Terter ve Hocavend arazilerinde yangınlar çıkararak buradaki doğal çevreyi ve canlı tabiatı yok etmeye çalışmıştır. Buna ilave olarak Metsamor Nükleer Santrali'nin atıklarını hem civardaki nehirlerle hem de işgal altında tutmuş olduğu topraklarda oluşturmuş olduğu alanlara dökerek sistematik bir şekilde yükümlülüklerini ihlal etmiştir.⁵¹

Rusya bu süreçte eskiden SSCB döneminde olduğu gibi Dağlık Karabağ'da askeri varlık göstererek sorunu kontrol altında tutmayı arzulamış ve buna uygun olarak çalışmalar yapmıştır.⁵² Ancak bu süreçte Azerbaycan, Dağlık Karabağ'da tek başına konuşlanacak bir Rus barış gücü teklifine çok sıcak bakmamıştır. Bunun yerine müzakerelerin devam ettiği AGİT bünyesinde kurulacak bir barış gücünün tercih edileceği ifade edilmiştir. Bu istek Rusya'nın bölgede güçlü bir şekilde askeri varlık göstermesini istemeyen Batılı devletlerin görüşlerini de yansıtmaktadır. Tüm bu gelişmeler aynı zamanda Rusya'nın Dağlık Karabağ sorunu üzerinde tek başına barış girişimleri tertip etmesine de mâni olmuştur.⁵³ Bu tek taraflı girişimlerden ziyade AGİT bünyesinde birçok devletin katılmış olduğu geniş kapsamlı müzakere süreçleri oluşturulmaya başlanmış ve devlet başkanları düzeyinde olanlar da dâhil olmak üzere taraflar arasından çok sayıda başarılı toplantı gerçekleştirilmiştir.⁵⁴

AGİT ile Rusya arasında bölgede barış müzakerelerini yürütmeye hususunda ortaya çıkan tartışmalar 5-6 Aralık 1994 tarihinde Budapeşte'de yapılması planlanan zirveden önce iyice belirgin bir hal almıştır. İki tarafın da diğerini arka plana itmeye çalıştığı bu süreçte taraflar sonunda orta bir formülde anlaşmışlardır. Buna göre Rusya'ya Minsk Grubu'nda bir eş başkanlık koltuğu ihdas edilmiş ve aynı zamanda barış gücü planı

⁵⁰ Fact-Finding Mission Interim Report of the Ombudsman concerning Religious Monuments in Ganja (2020) <https://ombudsman.az/upload/editor/files/Ombudsman_of_Azerbaijan_Interim_Report_on_Ganja_historical_religious_monuments.pdf> Erişim Tarihi 19 Nisan 2021.

⁵¹ Aliyev (n 28) 98-103.

⁵² Vilen (n 37) 91-92.

⁵³ Caferov ve Aslanlı (n 24) 252.

⁵⁴ Askerov (n 23) 62.

üzerinde uzlaşmaya varılmıştır.⁵⁵ Burada kararlaştırılan plana göre Dağlık Karabağ'a barış gücü askerlerinin yerleştirilmeleri bazı şartlara bağlanmıştır. Şöyle ki öncelikle taraflar arasında ateşkes ortamını tesis edecek siyasi bir anlaşmanın yapılması ve bunun yanı sıra tarafların barış gücünün varlığına rıza göstermeleri ön koşul olarak ortaya konulmuştur. Ortaya konulan şartların gerçekleştirilmesinden sonra planın detayları üzerinde çalışma yapılmak istendiği görülmektedir.⁵⁶ Bahsedilen şartların süreç içerisinde sağlanamamış olmasından dolayı Minsk Grubu bünyesinde barış gücü askerleri Dağlık Karabağ'a yerleştirilememiştir.

Taraflar arasındaki ateşkes rejimi ilerleyen süreçte korunmaya çalışılırken Minsk Grubu bünyesinde de çeşitli görüşmeler yapılmıştır. Bu görüşmeler özellikle bölgenin statüsünü ilgilendiren teklifler çerçevesinde gerçekleşmiştir. 1997 yılında ortaya konulan üç teklif de bunlar arasındadır.⁵⁷ Bu teklifler “paket çözüm”, “kademeli çözüm” ve “ortak devlet modeli” isimleriyle bilinmektedir.⁵⁸

İlk olarak paket çözüm önerisi 18 Temmuz 1997 tarihinde Azerbaycan ve Ermenistan'a sunulmuştur. Bu öneriyle birlikte hem çatışmaların durdurulması ve siyasi ilişkilerin yeniden kurulması amaçlanırken aynı zamanda Dağlık Karabağ'ın nihai statüsünün belirlenmesi hedeflenmiştir. Bu teklifin statü ile ilgili hükümlerine göre tarafların öncelikle birbirlerinin toprak bütünlüklerini tanımaları gerektiği belirtilmektedir. Bunun yanı sıra Dağlık Karabağ'ın idari sınırlarının önceki Dağlık Karabağ Özerk Bölgesi sınırları ile uyumlu olacak bir şekilde oluşturulacağı ifade edilmektedir. Bu şekilde ortaya çıkacak olan Dağlık Karabağ idaresinin Azerbaycan sınırları içerisinde bir devlet yapılanması olacağı anlaşılmaktadır. Bu yapı kendi bayrağına, armasına ve ulusal marşına sahip olacaktır. Bununla birlikte Dağlık Karabağ halkı tarafından gerçekleştirilecek olan referandum ile birlikte bu yapı ayrı bir anayasaya da sahip olacaktır. Belirtmemiz gerekir ki hem bu anayasa hem de bu yapının çıkaracağı diğer kanunların Dağlık Karabağ topraklarında esas olarak uygulama imkânı bulacağı fakat bunlara aykırı olmamak kaydı ile Azerbaycan kanunlarının da bu bölge içerisinde uygulanacağı çözüm önerisinde belirtilmiştir. Ayrıca Dağlık Karabağ yönetiminin kendi yasama, yürütme ve yargı mercilerine sahip olabileceği düzenlenmiş olmakla birlikte Dağlık Karabağ halkının Azerbaycan Parlamentosu'na temsilci yollayabileceği ve Azerbaycan Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde oy kullanabilecekleri de ifade edilmiştir. Bunların yanı sıra Dağlık Karabağ yönetiminin yabancı unsurlarla ekonomik, bilimsel, kültürel, sportif ve

⁵⁵ De Waal (n 12) 266.

⁵⁶ Vilen (n 37) 93.

⁵⁷ Abilov (n 33) 146.

⁵⁸ Çaşın ve Kısacık (n 41) 91-93; Bu teklifler sırasıyla 'Dağlık Karabağ Sorununun Çözümüne Kavuşturulmasına İlişkin Çokboyutlu Sözleşme', 'Dağlık Karabağ Silahlı Çatışmasının Durdurulmasına İlişkin Sözleşme' ve 'Dağlık Karabağ Silahlı Çatışmasının Çokyönlü Çözümünün İlkelerine İlişkin' Sözleşme olarak adlandırılmaktadır. Aslanlı, *Karabağ Sorunu ve Türkiye Ermenistan İlişkileri* (n 36) 100-101; Ayrıca 'Toptan Çözüm', 'Aşamalı Çözüm' ve 'Ortak Devlet Önerisi' de kullanılmaktadır. Mehmet Fatih Öztarsu, 'Dağlık Karabağ Sorunu: Çözüm Arayışlarında Minsk Grubu ve Bölgesel Aktörlerin Rolü' iç Nezir Akyeşilmen (ed.), *Barışı Konuşmak: Teori ve Pratikte Çatışma Yönetimi* (ODTÜ Yayıncılık 2012) 148.

insani yardım hususlarında doğrudan bir şekilde ilişki içerisine girebileceği ve hatta bölge içerisindeki siyasi yapıların başka ülkelerdeki siyasi yapılarla temas halinde olabilecekleri de öneri metninde yer almaktadır. Yine ayrıca Dağlık Karabağ'da yaşayan halkın Azerbaycan pasaportuna sahip olacağı ve bu pasaportlarda Dağlık Karabağ aidiyetinin de gösterileceği ifade edilirken bu insanların Ermenistan hukukuna göre yabancı kabul edilmeyeceği ve istedikleri zaman oraya göç edebilecekleri belirtilmiştir.⁵⁹

Bu öneri ile birlikte Ermenistan ordusunun Dağlık Karabağ topraklarından çıkması öngörülmektedir fakat bunun yerine Azerbaycan ordusu ikame edilmeyecek AGİT bünyesinde bir güvenlik gücü oluşturulacaktır.⁶⁰ Bu açıdan bakıldığında Dağlık Karabağ bölgesinde Azerbaycan'ın yalnızca isminin kalacağı ve bölge yönetiminin çok güçlü bir özerklik elde edeceği görülmektedir. Gerçekten de bölge unsurlarının diğer ülkelerle, özellikle de Ermenistan ile birçok konuda doğrudan münasebetlere girebilmesi ve Azerbaycan'ın bu ve benzer durumlarda kontrolünün az olması ortaya konulan önerinin kapsamını göstermesi bakımından dikkate değerdir. Bununla birlikte Ermenistan bu paket çözüm önerisini kabul etmemiştir. Bu kararın alınmasında Dağlık Karabağ idarecilerinin etkisi bulunmaktadır. Ermenistan tarafı her ne kadar paket çözüm önerisi yerine kademeli çözüm teklifine yönelse de daha sonra ondan da vazgeçecek ve tekrar paket çözüm teklifine olan ilgisini belli edecektir. Bu durum siyasetçiler tarafından önerinin zaman kazanma hususiyetine vurgu yapılarak değerlendirilmiştir.⁶¹

Paket çözüm önerisinin reddedilmesinin akabinde 19 Eylül 1997 tarihinde bu sefer de kademeli çözüm önerisi taraflara sunulmuştur. Bu öneri iki aşamadan oluşmaktaydı. İlk aşamaya göre, Ermeni güçlerinin Laçın haricindeki tüm topraklardan Dağlık Karabağ bölgesinin 1988 yılındaki sınırlarına çekilmesi öngörülmüş ve bunun yanı sıra taraflar arasında iletişim, ulaşım ve altyapı ağlarının açılması gündeme getirilmiştir. Dağlık Karabağ'ın statüsünün ele alındığı ikinci aşamada ise aynı zamanda Laçın ve Şuşa'nın Azerbaycan'a iadesi de müzakere edilecektir. Bu teklif ilk başta her iki tarafça da kabul görmüş ve üzerinde çalışılması gereken bir öneri olarak addedilmiştir fakat zamanla Ermenistan ile Dağlık Karabağ'daki ülke içi dengeler ve güç mücadeleleri bu teklif üzerindeki tutumu da etkilemiştir.⁶² Bu öneriye göre, ilk olarak askeri çekilme gerçekleşecek, çekilen Ermeni güçlerinin yerine barış gücü kuvvetleri yerleştirilecek ve daha sonrasında Dağlık Karabağ'ın statüsü üzerine görüşmeler gerçekleştirilecektir. Bu plan Azerbaycan'ın genel tavrına yakın olmasına rağmen Ermenistan ve Dağlık Karabağ'ın istekleriyle uyuşmamıştır. İlerleyen aylarda Ermenistan'da devlet başkanı değişikliği yaşanırken plan da reddedilmiştir.⁶³

⁵⁹ Paket Çözüm Önerisi <<https://www.ca-c.org/dataeng/books/book-1/12.appendix-17.shtml>> Erişim Tarihi 19 Nisan 2021.

⁶⁰ Caşın ve Kısacık (n 41) 91.

⁶¹ Abilov (n 33) 147-148.

⁶² Abilov (n 33) 148-149.

⁶³ Caşın ve Kısacık (n 41) 91.

İkinci öneri etrafında da uzlaşılabilmesi nedeniyle 7 Kasım 1998 tarihinde ortak devlet modeli üzerinde taraflar müzakerelere başlamıştır. Bu teklif ile Dağlık Karabağ'ın Azerbaycan sınırları dâhilinde bir cumhuriyet olarak idare edilmesi öngörülmektedir. İlk teklifte ortaya konan hususlara ilaveten bu teklifte gerekli şartların oluşması halinde Dağlık Karabağ'ın kendi ile alakalı görüşmelerde Azerbaycan dış politikasının icrasına katılmasını da kararlaştırılmaktadır. Bu teklifte daha ilginç olan şey ise bir Ortak Komite kurulmasıdır. Teklifin adlandırılmasına da etki eden bu husus iki yapının da devlet başkanları, başbakanları ve parlamento başkanlarından teşekkül edecek bir Komite'nin kurulmasını gerektiriyordu. Diğer iki teklifin aksine Ermenistan ve Dağlık Karabağ yönetimi bu teklifin barış müzakerelerine temel teşkil etmesini isterken Azerbaycan bunu reddetmiştir. Azerbaycan bu şartların kendi toprak bütünlüğü ile uyumlu olmadığını ve mevcutta var olan *de facto* durumu hukukileştirmeye hizmet edeceğini ifade etmiştir.⁶⁴ Dolayısıyla, taraflar bu teklifte de mutabık olamamışlardır.

Bu önerilerden sonra taraflar çeşitli platformlarda yine Dağlık Karabağ'ın statüsü ile ilgili toplantılar yapmaya devam etmişlerdir. Özellikle 1999 yılına gelindiğinde çözüme yönelik beklentiler artmıştır. Öyle ki AGİT'in İstanbul Zirvesi'nde nihai bir sonucun elde edileceği bile gündeme getirilmiştir. İki ülkenin devlet başkanları bu süreçte 11 Ekim tarihinde Sederek kentinde içeriği kamuoyu ile paylaşılmayan bir görüşme gerçekleştirmişler fakat bu görüşmenin neticeleri alınmadan hem Ermenistan Parlamentosu'nun basılarak içlerinde Başbakan'ın da olduğu önemli devlet adamlarının teröristlerce öldürülmesi hem de Azerbaycan'da Dışişleri Bakanı'nın da dahil olduğu üst düzey yetkililerin bu görüşmeden çıkacak muhtemel bir anlaşmaya tepki olarak istifa etmesi sürecin akamete uğramasına neden olmuştur.⁶⁵ Toprak değişimi olarak adlandırılan bu yöntemin detayları bilinmese de Laçın Koridoru'nun Ermenistan'a verilerek Dağlık Karabağ ile doğrudan temasın sağlanacağı ve buranın Azerbaycan egemenliğinden çıkarılacağı fakat buna karşılık olarak da Zengezur'da Megri üzerinden Azerbaycan'a devredilecek topraklarla beraber Azerbaycan ile Nahçıvan'ın bağlantısının kurulacağı iddia edilmektedir. Bu durumda anlaşılacağı üzere, Dağlık Karabağ'ın Azerbaycan'dan ayrılması düşünülmüştür.⁶⁶ Ancak taraflar bir AGİT zirvesi için İstanbul'a geldiklerinde bu planın uygulanmasına yönelik bir andlaşma imzalamamışlar fakat bununla beraber ilerleyen dönemde Amerika Birleşik Devletleri'nin (ABD) sürece daha fazla katkı vermesiyle beraber taraflar arasında çeşitli görüşmeler gerçekleştirilmiştir.⁶⁷ Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi de çeşitli defalar bu meseleyi ele almış ve 25 Ocak 2005'te Karabağ bölgesindeki ihtilaf üzerine aldığı kararda Azerbaycan topraklarının

⁶⁴ Abilov (n 33) 149-150; Bu teklifin Azerbaycan'ın toprak bütünlüğüne kast eden bir teklif olduğu hakkında bkz, Aslanlı, *Karabağ Sorunu ve Türkiye Ermenistan İlişkileri* (n 36) 102.

⁶⁵ Aslanlı, *Karabağ Sorunu ve Türkiye Ermenistan İlişkileri* (n 36) 105-107.

⁶⁶ Cornell, *Azerbaijan Since Independence* (n 11) 145.

⁶⁷ Abilov (n 33) 151-152.

önemli bir kısmının hala Ermeni kuvvetleri tarafından işgal altında tutulduğunu belirtmiştir.⁶⁸

Bu sürecin başarısız olması nedeniyle Minsk Grubu yeni bir yol haritası ortaya çıkarmaya çalışmıştır. Prag Süreci olarak adlandırılan bu devrede tarafların belli bir gündeme bağlı olmadan karşılıklı müzakere etmeleri amaçlamıştır. Dağlık Karabağ'ın statüsünün nihai olarak çözülmesinin amaçlandığı bu görüşmelerde Ermenistan'ın işgal altında tutmuş olduğu diğer beş bölgeyi bir pazarlık unsuru olarak kullanmaya çalışmasının da etkisiyle ilerleme kaydedilememiş ve bu süreç de başarısızlıkla sonuçlanmıştır.⁶⁹ Bu girişimlerin de başarısız olmasının akabinde Minsk Grubu bünyesinde Madrid Prensipleri olarak adlandırılan yeni bir süreç başlatılmıştır. 2007 yılında Madrid'de dışişleri bakanları seviyesinde gerçekleştirilen toplantıda ortaya konan ilkeler Prag Sürecinin iyileştirilmiş halini yansıtmaktadır. Bu belgenin bazı temel prensipleri ortaya koyduğu görülmektedir.⁷⁰ Bu belgede Ermeni güçlerinin Dağlık Karabağ'ın bitişiğindeki Azerbaycan topraklarından çekilmesi öngörülürken, bölgede barış gücünün de görev alması gündeme getirilmiş ve ayrıca Dağlık Karabağ'ın statüsünü kararlaştırabilmek için bölge halkının referandum yapması gerektiği belirtilmiştir. Birçok konuyu çerçeve içerisinde sunan Madrid Prensipleri taraflar nezdinde karşılık bulmuştur fakat Dağlık Karabağ'ın statüsü hususunda anlaşma sağlanamamıştır. Azerbaycan bu toprakların kendi ülkesinden ayrılmasına müsaade etmeyeceğini fakat bunun yerine geniş kapsamlı bir özerklik hakkı tanıyacağını ifade ederken, Ermenistan ise Dağlık Karabağ'ın self-determinasyon hakkı olduğu hususunda tavrını ortaya koymuştur.⁷¹ Bu nedenle görüşmeler sonuçlanamamış ve Minsk Grubu 2009 yılında Madrid Prensipleri'nin güncellenmiş bir halini taraflara iletme yoluna gitmiştir.⁷² 2009 yılında tarafların önüne getirilen güncellenmiş Madrid Prensipleri esasında bir önceki ile çok benzerdir fakat bazı açılardan farklılıklar içerdiği görülmektedir. Burada Dağlık Karabağ'ın statüsüne dair bir değişikliğe gidildiği anlaşılmaktadır. Şöyle ki ilk etapta Dağlık Karabağ'ın güvenliği ve kendi kendine idaresini de içeren geçici bir statü tanımlanmakta ve akabinde nihai statüsünün tarafları yasal olarak bağlayacak bir irade açıklaması ile gerçekleşeceği ifade edilmektedir. Bir önceki teklifin aksine bu yeni teklifte referandumdan açıkça bahsedilmemiştir. Bunun yanı sıra Ermeni güçlerin Dağlık Karabağ'ın etrafındaki işgal edilmiş topraklardan

⁶⁸ Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi ayrıca '... bir üye devletin - yani Ermenistan'ın - yabancı toprakları işgal etmesi, o devletin Avrupa Konseyi üyesi olarak yükümlülüklerinin ciddi bir ihlali teşkil ediyor...' demek suretiyle bu durumu ifade etmiştir, PACE, No. 1416 (2005)

⁶⁹ Abilov (n 33) 152-153.

⁷⁰ Çaşın ve Kısacık (n 41) 81.

⁷¹ Dağlık Karabağ'da self determinasyon hakkının kullanılma durumu için ayrıca bkz, Deniz Akçay, 'The Relativity of Self-Determination Conceptions Regarding the Nagorno-Karabakh Conflict' (2020) (41) *Review of Armenian Studies*, 77; Mehmet Merdan Hekimoğlu, 'Self-Determinasyon Bağlamında Dağlık Karabağ Sorunu' (2015) 11(41) *Uluslararası Hukuk ve Politika* 103; Arman Sarvarian, 'The Artsakh Question: An Analysis Of Territorial Dispute Resolution in International Law' (2008) 9 (1) *Melbourne Journal of International Law* 190; Tim Potier, 'Referendum to Determine Nagorno Karabakh's Final Status: A Critical Appraisal' (2012) 32(2) *Journal of Muslim Minority Affairs*, 269; Oleksandr Merezhko, *The Problem of Nagorno-Karabakh and International Law* (Dmitry Burago Publishing House 2014)

⁷² Abilov (n 33) 154.

çekilmesi gerektiği ifade edilirken aynı zamanda Ermenistan ve Dağlık Karabağ'ı birbirine bağlayan bir koridorun da var olacağı hususları belirtilmiştir.⁷³ İlerleyen dönemde bu prensipler defalarca uluslararası kamuoyunun gündemine getirilse de bir çözüme ulaşılamamıştır. Madrid Prensipleri işgal altındaki toprakların Azerbaycan'a iadesini açıkça ortaya koymuş olduğu gibi aynı zamanda Dağlık Karabağ'ın statüsüne dair de yukarıda ifade ettiğimiz çözüm önerilerini ihtiva etmektedir.

Rusya bu görüşmelerin yanı sıra ayrıca farklı girişimlerde de bulunmaya devam etmiş ve bunun neticesinde taraflar 2008 yılında Moskova Bildirisi'ni (Mein Dırf) imzalamıştır. Bu bildiri Rusya'nın Gürcistan'a müdahalesinin hemen akabinde ortaya çıkmıştır.⁷⁴ Bu açıdan bakıldığında Rusya'nın Dağlık Karabağ'da gerçekleştirilmesi planlanan barış görüşmelerinde yeniden tek başına söz sahibi olma niyetini ortaya koyduğu görülmektedir. Bu süreçte çeşitli ateşkes ihlalleri görülmüştür. İki devlet arasındaki gerilim Nisan 2016'nın ilk günlerinde yeniden şiddetlenmiş ve karşılıklı can kayıplarının yaşandığı dört günlük bir çatışma ortamına sebebiyet vermiştir. Bu çatışmalar neticesinde Azerbaycan'ın az miktarda da olsa topraklarının bir kısmını işgalden kurtardığı görülmektedir. Bununla birlikte, sürdürülebilir olmaktan uzak olan çatışmalar 5 Nisan günü askeri yetkililerin Moskova'da mutabık kaldığı ateşkes ile sona ermiştir.⁷⁵ 2016 yılında yaşanan bu çatışmalar 1994 yılından beri süre gelen ateşkes rejiminin varlığını ciddi anlamda tehdit etmiştir. Her an yeni bir savaşın çıkma ihtimali eskiye göre daha çok beklenebilir bir durum olmuştur.

II. İkinci Dağlık Karabağ Savaşı ve Ermenistan Tarafından Yapılan Uluslararası Hukuk İhlalleri

Azerbaycan ile Ermenistan arasında sık sık meydana gelen çatışmalar Ermenistan ordusunun 27 Eylül 2020 tarihi itibariyle Azerbaycan'a ait askeri ve sivil unsurlara saldırmasıyla şiddetli bir hal almıştır.⁷⁶ Bu saldırılar uygulanmakta olan ateşkes rejiminin hukukunu da etkilemiştir. Şöyle ki Azerbaycan'ın da karşılık vermesi ile görüleceği üzere daha önce de birçok kez ihlal edilen 1994 tarihli Bişkek Protokolü ile sürdürülen ateşkes hali fiilen ortadan kalkmıştır. Belirtmemiz gerekir ki Bişkek Protokolü ile getirilen ateşkes rejimi cephe hattında üçüncü bir devletin silahlı unsurlarına yer vermeyen ve bu şekliyle ihlalin varlığının tespitini genellikle taraflara bırakan bir düzen öngörmüştür. Aslında her ne kadar Bişkek Protokolü'nden sonra bölgeye barış gücü askerlerinin yerleştirilmesi gündeme gelmiş olsa da Azerbaycan'ın yalnızca Rusya askerlerinden oluşacak bir seçeneğe razı olmaması, AGİT'in ise asker

⁷³ Ibid 154-155.

⁷⁴ Caferov ve Aslanlı (n 24) 254.

⁷⁵ Laurence Broers, 'The Nagorny Karabakh Conflict: Defaulting to War' (2016) Chatham House 12. <file:///C:/Users/user/Downloads/NK%20paper%2024082016%20WEB.pdf> Erişim Tarihi 19 Nisan 2021

⁷⁶ Letter dated 29 September 2020 from the Permanent Representative of Azerbaijan to the United Nations addressed to the Secretary-General <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N20/252/16/PDF/N2025216.pdf?OpenElement > Erişim Tarihi 19 Nisan 2021.

yerleştirilmesinin öncesinde iki ülke arasında politik çözümün varlığını araması üçüncü taraf unsurlarının sahada konuşlanmasına engel olmuştur. Bu şartlar altında Azerbaycan ve Ermenistan geçmişteki ateşkes süreçlerini sınır hattındaki askeri varlıklarını artırmak için bir fırsat olarak değerlendirmiştir. Bununla birlikte, cephe hattında iletişimi korumak için bazı önlemlerin de alındığı göze çarpmaktadır.⁷⁷ Fakat bu durum daha fazla sürdürülememiş ve 27 Eylül 2020 tarihinde şiddetli çatışmalar başlamıştır. Bu çatışmalar nitelikleri itibariyle uluslararası silahlı çatışma olarak kabul edilmektedir ve bu süreçte Ermenistan'ın birçok kez uluslararası insancıl hukuku ve insan hakları hukukunu ihlal ettiği görülmektedir.⁷⁸

27 Eylül 2020 tarihinden itibaren başlayan çatışmalarda Azerbaycan hızlı bir şekilde işgal altındaki topraklarını geri almaya başlamıştır. İlerleyen günlerde bu çatışmalar İkinci Dağlık Karabağ Savaşı olarak adlandırılmaya başlanmış ve savaşın ilk günlerinden itibaren cephede ciddi kayıplar veren ve gerileyen Ermenistan ordusu cephe hattının çok uzağında yer alan sivil yerleşim yerlerini açıkça hedef almaya başlamıştır.⁷⁹ 2 Ekim 2020 tarihine kadar geçen sürede Ermenistan ordusunun topçu saldırıları nedeniyle içlerinde çocukların, kadınların ve yaşlıların da yer aldığı 19 sivilin hayatını kaybettiği ve 55 sivilin de yaralandığı bildirilmektedir.⁸⁰ Sivil yerleşim yerlerine yönelik başlatılan bu saldırılar ilerleyen günlerde artarak devam etmiştir. 4– 6 Ekim tarihleri arasında Azerbaycan'ın en büyük ikinci şehri ve cephe hattının en az 100 km ilerisinde olan Gence'ye karşı başlatılan saldırılarda içlerinde çocukların, kadınların ve yaşlıların da yer aldığı 32 kişi yaralanmış, bir kişi hayatını kaybetmiştir. Bu saldırılarda Ermenistan ordusunun hiçbir ayırım gözetmeden konutları, dükkânları ve kamu binalarını hedef aldığı görülmektedir.⁸¹ 7 Ekim 2020 tarihinde ise Ermenistan ordusu bu kez Azerbaycan'ın enerji altyapısına karşı saldırılarda bulunmuştur fakat bu saldırılar başarısız olmuştur.⁸² Aynı günlerde Ağdam, Berde, Goranbay ve Terter şehirleri de

⁷⁷ Oksana Antonenko, 'Self Regulating Ceasefire' (2005) (17) Accord 42, 42.

⁷⁸ Silahlı çatışmalar uluslararası silahlı çatışmalar ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar olarak ikiye ayrılmaktadır ve uluslararası insancıl hukuk kuralları her iki silahlı çatışma çeşidine uygulanmaktadır, Malcolm N. Shaw, *International Law* (8. Basi, Cambridge University Press 2017) 911-912; Devletler arasında ortaya çıkacak olan çatışmalarda taraflardan birisi savaş halini tanımıyor olsa da Cenevre Konvansiyonları akit devletler arasında uygulama alanı bulacaktır, Gary D. Solis, *The Law of Armed Conflict* (Cambridge University Press 2010) 150.

⁷⁹ 27 Eylül sabahında Ermenistan ordusu Terter, Ağdam, Fuzuli ve Cebrail'e ait köyleri ağır silahlarla, havan ve topçu atışlarıyla hedef almıştır. Yoğun sivil yerleşimlerinin olduğu bu alanlara gerçekleştirilen saldırılarda sivil hayatını kaybetmiş ve çok sayıda sivil unsur da zarar görmüştür, Report of the Fact-Finding Mission of the Ombudsman in Naftalan and Tartar cities (27 September–1 October 2020) 9-12. <https://ombudsman.az/upload/editor/files/Report_the_Ombudsman_Azerbaijan_September%2027-October%2004_2020.pdf> Erişim Tarihi 19 Nisan 2021.

⁸⁰ Report of the Fact-Finding Mission of the Ombudsman in Naftalan and Tartar cities (2020) (n 79) 10-18; Ermenistan'ın Azerbaycan'a Saldırması ile Başlayan Gerilim ve Çatışma Sürecinde Yaşanan Hak İhlalleri ve Türkiye'deki Ermeni Vatandaşlarımızın Durumuna İlişkin Rapor (TBMM Alt Komisyon Raporu), <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2021/azerbaycan_raporu.pdf> Erişim Tarihi 19 Nisan 2021.

⁸¹ Report of the Fact-Finding Mission of the Ombudsman in Ganja (4-6 October 2020) 2-8, <https://ombudsman.az/upload/editor/files/Fact-finding%20mission_Report_Ombudsman_4-6_October_2020.pdf> Erişim Tarihi 19 Nisan 2021; TBMM Alt Komisyon Raporu (n 80) 32-33.

⁸² Bu saldırıda Bakü – Tiflis – Ceyhan boru hattı hedef alınmıştır. Misket bombası kullanılarak gerçekleştirilen bombalamada boru hattı hasar görmemiş fakat çevresinde tahribat oluşmuştur, TBMM Alt Komisyon Raporu (n 80) 33.

Ermenistan ordusunun füze ve topçu saldırılarına maruz kalmıştır.⁸³ Ermenistan 10 Ekim 2020 tarihinde varılan insani ateşkesi ihlal ederek 11 Ekim 2020 tarihinde Gence'ye füzelerle saldırı düzenlemiş ve bu saldırılarda 9 sivil hayatını kaybetmiş, 34 sivil yaralanmış ve çok sayıda sivil yapı ağır hasar almıştır. Ermenistan'ın bu eylemleri askeri unsurlara yönelik değil, doğrudan sivil unsurlara yönelik gerçekleştirilmekte ve halk arasında korku ve panik yaratma amacı gütmektedir.⁸⁴ Bu durum özellikle Azerbaycan'ın en kalabalık ikinci şehri olan Gence'nin defalarca füzelerle hedef alınması göz önüne alındığında daha iyi anlaşılacaktır. Şöyle ki bu saldırılar durmamış ve 17 Ekim 2020 tarihinde de çok büyük bir füze saldırısı gerçekleştirilmiştir.⁸⁵ Bu saldırılarda aynı zamanda tarihi ve dini mekanların hasar gördüğü belirtilmektedir.⁸⁶ Ermenistan yine 26 Ekim 2020 tarihinde kararlaştırılan insani ateşkesi ihlal ederek 27 Ekim 2020 tarihinden itibaren Azerbaycan'ın bir başka yoğun nüfuslu kenti olan Berde'yi hedef almıştır. Bu saldırılarda 27 sivil hayatını kaybetmiş, 105 sivil ise yaralanmıştır.⁸⁷

9 Kasım 2020 tarihinde imzalanan Ateşkes Andlaşması'na kadar geçen sürede sivil yerleşim yerleri sık sık Ermenistan ordusunun hedefi haline gelmiştir. Şöyle ki cephe hattının çok uzağında kalan Azerbaycan şehirlerine gerçekleştirilen bu saldırılarda içlerinde çocukların, kadınların ve yaşlıların da bulunduğu en az yüz sivil hayatını kaybetmiş, birçok aile de tamamıyla yok olmuştur. Bu şehirlerin kalabalık nüfuslara sahip olduğu ve ağır topçu atışları ve uzun menzilli füzeler kullanılırken hedef gözetilmediği düşünüldüğünde saldırıların kasıtlı olarak gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır.⁸⁸ Bu saldırılar neticesinde ayrıca 50 okulun ve çok sayıda eğitim, kültür ve sanat ile ilgili yapının ve eserin ağır hasar aldığı belirtilmektedir.⁸⁹

⁸³ 8 Ekim tarihindeki saldırılarda Ağdam ve Berde şehrinde 9 sivil yaralanmıştır. 9 Ekim'de Guzanlı, Goranbay ve Terter yerleşim birimlerine gerçekleştirilen saldırılarda ise 6 sivil yaralanmıştır, TBMM Alt Komisyon Raporu (n 80) 33-34.

⁸⁴ Report of the Fact-Finding Mission of the Ombudsman in Ganja (11-12 October 2020) 2-4, <https://ombudsman.az/upload/editor/files/Fact%20Finding%20Mission%20Report%20of%20the%20Ombudsman_Ganja_11-12%20October_2020.pdf> Erişim Tarihi 19 Nisan 2021.

⁸⁵ Gence şehrine karşı gerçekleştirilen bu saldırıda içlerinde 5 çocuk ve 5 kadının yer aldığı 14 sivil hayatını kaybetmiş, 57 sivil ise yaralanmıştır. Bu saldırıda 4 kireşin, bir ilkokulun ve bir de çocuk kliniğinin hedef alındığı görülmektedir, Report of the Fact-Finding Mission of the Ombudsman in Ganja (17-18 October 2020) 2-4, <https://ombudsman.az/upload/editor/files/Report_Fact-Finding%20Mission_Ganja_17-18_October_2020.pdf> Erişim Tarihi 19 Nisan 2021.

⁸⁶ Bu füze saldırıları neticesinde İmanzadeh Dini Kompleksi ve Alexander Nevsky Rus Ortodoks Kilisesi ciddi hasar almış ve belli bir süre kullanılamaz hale gelmiştir, Fact-Finding Mission Interim Report of the Ombudsman concerning Religious Monuments in Ganja (n 50).

⁸⁷ Berde'ye Smerç füzeleri ve msket bombaları ile gerçekleştirilen saldırılar diğer saldırılara benzer olarak askeri hedeflerden ziyade sivil unsurlara yönelik olmuştur, TBMM Alt Komisyon Raporu, s. 32-33; Report of the Fact-Finding Mission of the Ombudsman in Barda (2020) 16-17. <https://ombudsman.az/upload/editor/files/Report%20of%20the%20Ombudsman%20on%20Barda%20_27-28%20October_2020.pdf> Erişim Tarihi 19 Nisan 2021.

⁸⁸ Note verbale dated 29 December 2020 from the Permanent Mission of Azerbaijan to the United Nations Office at Geneva addressed to the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/043/01/pdf/G2104301.pdf?OpenElement>> Erişim Tarihi 19 Nisan 2021.

⁸⁹ Azerbaycan Milli Eğitim Bakanlığı bu hususta yaptığı açıklamada bu okulların eğitim verilemez hale geldiğini belirtmiştir. Azerbaycan Kültür Bakanlığı ise geçmişten günümüze kadar geçen süreç açısından yaptığı değerlendirmede bugüne kadar Ermenistan tarafından en az 927 kütüphaneyi, 22 müzeyi ve daha birçok önemli merkezi yok edildiğini ifade etmiştir. Bunun yanı sıra yüzlerce tarihi eserin yağmaladığını, çok önemli tarihi ve kültürel yansıması olan köprü, türbe ve mağaraya zarar verildiğini belirtmiştir, TBMM Alt Komisyon Raporu (n 80) 40.

Ermenistan ordusunun İkinci Dağlık Karabağ Savaşı boyunca cephe hattının ilerisindeki sivil yerleşim yerlerine karşı gerçekleştirdiği tüm bu saldırılar uluslararası insancıl hukukun temel sözleşmelerine aykırılıklar ihtiva etmektedir.⁹⁰ Bilindiği üzere bu sözleşmeler çatışmalara yönelik düzenlemeler getirmektedir ve bu kurallar ortaya konulurken savaşın devam ettiği durumlarda askerlerin ve sivillerin belli şartlar dâhilinde korunması amacıyla “silahlı çatışmaların silah ve yöntemlerinin sınırlandırılması” ve “silahlı çatışmalarda sivillerin ve savaş dışı kişilerin (*hors de combat*) korunması” ilkeleri sağlanmaya çalışılmaktadır.⁹¹ İlki Lahey Sözleşmeleri ile ikinci ilke ise Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokoller ile gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır.⁹² Bu açıdan bakıldığında bu kurallara uygun davranılması önem arz etmektedir.

Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokoller ile getirilen ve sivilleri koruyan ilgili düzenlemeler hem uluslararası çatışmalarda hem de uluslararası olmayan çatışmalarda, savaş ilanı olmasa veya taraflardan biri savaş ilanını tanımasa da uygulama alanı bulacaktır.⁹³ Bu kurallar çatışmayı hangi tarafın başlattığı hususu önemli olmaksızın uygulanacaktır. Birinci Ek Protokol madde 51/2 uyarınca sivil unsurların doğrudan hedef alınması yasaklanmıştır.⁹⁴ İlgili düzenlemelere göre uluslararası silahlı çatışmalarda taraflar sivil hedeflerle askeri hedefleri birbirinden ayırt etmeli ve yapılan operasyonlar yalnızca askeri hedeflere karşı gerçekleştirilmelidir.⁹⁵ Dolayısıyla, sivil halk çatışmalar esnasında genel bir korumadan yararlanacaktır. Bu koruma sayesinde çatışmalara doğrudan katılmayan sivillerin hedef alınması engellenirken toplum içerisinde kaos ve paniğe neden olabilecek şiddet ve tehdit eylemleri de yasaklanmaktadır. Bu yüzden çatışan taraflar gerçekleştirecekleri saldırılarda ayırım gözetmek zorundadırlar, aksi durum yasaklanmıştır.⁹⁶ Ayrıca sivillere karşı misilleme

⁹⁰ Uluslararası insancıl hukuk metinleri 1864 tarihli Kara Savaşlarında Yaralı ve Hastaların Durumlarının İyileştirilmesine İlişkin Cenevre Sözleşmesi'ne kadar götürülebileceğimiz çok sayıda uluslararası anlaşma ile düzenlenmektedir. Aslında daha öncesinde de savaşı düzenleyen kurallar bulunuyor olsa da onlar daha çok teamül kurallarına dayanıyordu. Zaman içerisinde savaş araç ve yöntemlerinin değişime uğraması ve mevcut yasal düzenlemelerin yetersiz kalması gibi durumlar nedeniyle uluslararası insancıl hukuk kurallarının anlaşmalar yoluyla düzenlendiği görülmektedir. 1964 tarihli Cenevre Sözleşmesi uluslararası insancıl hukukun birçok temel kuralını yansıtmaya devam etmekteyken zamanla ortaya çıkan ihtiyaçlara göre yenilenmiştir. Halihazırda 1949 tarihli dört adet Cenevre Sözleşmesine ve bunlara ilaveten 1977 tarihli iki adet ek protokole çok sayıda ülke tarafıdır, Jean – Marie Henckaerts, ‘History and Sources’ iç Ben Saul ve Dapo Akande (edr), *The Oxford Guide to International Humanitarian Law* (Oxford University Press 2020) 2.

⁹¹ TBMM Alt Komisyon Raporu (n 80) 35.

⁹² Henckaerts (n 90) 3.

⁹³ Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokoller <<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/>> Erişim Tarihi 19 Nisan 2021.

⁹⁴ Saldırı eylemleri sivil unsurlara karşı yapılamayacağı gibi burada uygulanacak hükümler de sadece o an ülkelerin fiilen ellerinde bulunan topraklarda değil aynı zamanda düşman işgali altında bulunan topraklarda da uygulama alanı bulacaktır, 1. Ek Protokol (n 93) m 52/2.

⁹⁵ 1. Ek Protokol (n 93) m 48; Ek Protokol kapsamında sivil kişiler Üçüncü Cenevre Sözleşmesi'nin m 4 A (1), (2), (3) ve (6) ile 1. Protokol'ün 43. maddesinde belirtilen kişiler haricindeki olmakta ve bunun yanı sıra bir kişinin sivil olup olmadığı hususunda şüphe varsa o kişi de sivil kabul edilmektedir. Sivil halk, sivillerin tamamından oluşmakta ve sivil halkın içerisinde sivil tanımına uymayan kişiler varsa da bu o halkın niteliğini değiştirmemektedir, 1. Ek Protokol (n 93) m 50; Sivil mallar ise 1. Protokol (n 93) m 52/2'de belirtilen askeri hedeflerin haricindeki tüm mallardan oluşmaktadır, 1. Ek Protokol (n 93) m 52/1.

⁹⁶ Bir saldırı belirli askeri hedeflere karşı gerçekleştirilmemiş, yalnızca bunlara yönlendirilemeyen yöntemler ve araçlar kullanılmış ve 1. Ek Protokol'ün çerçevesini çizdiği biçimde sınırlandırılmayacak bir şekilde gerçekleştirilirse ayırım gözetmemiş olduğu ifade edilebilir. Bununla birlikte sivil unsurların yoğun olduğu bir yerde bulunan toplu halde olmayan ve dolayısıyla birbiri ile mesafeli ve bağımsız bir miktar askeri unsuru tek bir hedef olarak kabul ederek kullanılan yöntem ve araç fark etmeksizin yapılan bombardımanlar ile saldırılacak askeri hedeften daha çok sivil unsurları etkileyebilecek saldırılar her durumda ayırım gözetmeyen saldırılar olarak kabul edilmektedir, 1. Ek Protokol (n 93) m 51.

saldırıları da yapılamayacaktır.⁹⁷ Çatışan devletler sivillerin, devletin veya kamunun mülklerini ayırım gözetmeksizin hedef alamayacaktır.⁹⁸ Uluslararası insancıl hukukun ilgili düzenlemelerine rağmen Ermenistan, İkinci Karabağ Savaşı'nda başta Gence, Berde ve Terter şehirleri olmak üzere çatışma bölgesinin dışında kalan sivil yerleşim yerlerine sürekli bir şekilde ağır topçu atışları ve füzeler ile saldırılar gerçekleştirmiş ve Cenevre Sözleşmeleri ve Birinci Ek Protokolün getirmiş olduğu sivilleri koruma prensiplerini ihlal etmiştir. Bunun yanı sıra saldırılarda bazı grupların çok ciddi bir şekilde zarar gördüğü de anlaşılmaktadır. Şöyle ki Ermenistan ordusunun savaş boyunca gerçekleştirmiş olduğu saldırılarda çok sayıda çocuk ve kadın hayatını kaybetmiştir.⁹⁹ Ayrıca Ermenistan'ın çatışmalar boyunca birçok çocuğu silah altına aldığı ve bu çocukları bazı askeri unsurların çevresine konuşlandırdığı görülmüştür. Bu sayede ilgili askeri unsurların karşı saldırılara karşı çocukları kalkan olarak kullandığı anlaşılmaktadır. Bu durum uluslararası insancıl hukuk kurallarının ihlalini teşkil etmektedir ve aynı zamanda 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye de aykırılık oluşturmaktadır.¹⁰⁰

Ermenistan'ın sivil yerleşim yerlerine karşı gerçekleştirdiği saldırılarda kullanılması yasak olan askeri mühimmatı da kullandığı görülmüştür.¹⁰¹ Şöyle ki özellikle Berde şehrine yönelik gerçekleştirilen saldırılarda Smerch msket bombası ve Smerch paraşüt geciktirmeli yüksek patlayıcı parçalanma roketinin kullanıldığı tespit edilmiştir. Bu roketlerin Ermenistan ordusunun envanterinde olduğu bilinmektedir, dolayısıyla saldırıyı ya doğrudan ya da Dağlık Karabağ'daki ayrılıkçı güçlere yardım sağlayarak gerçekleştirdikleri anlaşılmaktadır.¹⁰² Bilindiği üzere çatışmalarda taraflar savaş yöntemleri ve araçlarını seçme hususunda sınırsız bir hakka sahip değildir.¹⁰³ Taraflar gereğinden fazla acıya neden olabilecek nitelikte silahları kullanmaktan imtina edecektir.¹⁰⁴ Buna uygun olarak geliştirilen Uluslararası Örfi İnsancıl Hukuk düzenlemelerinde de “doğaları gereği ayırım gözetmeyen

⁹⁷ 1. Ek Protokol (n 93) m 51/6.

⁹⁸ IV. Cenevre Sözleşmesi (n 93) m 53.

⁹⁹ Interim Report of the Ombudsman on Child Casualties occurred as a result of attacks on civilian settlements of Azerbaijan (2020) <https://ombudsman.az/upload/editor/files/Ombudsman_Report_child_casualties_November_2020.pdf> Erişim Tarihi 19 Nisan 2021.

¹⁰⁰ Ermenistan ordusunun topçu atışlarının yapıldığı mahalde çocuk askerleri de kullandığı görülmektedir, Interim Report of the Ombudsman on Child Casualties occurred as a result of attacks on civilian settlements of Azerbaijan (n 99) 11; Bu görüntüler servis edilerek buradaki topçu unsurlarına karşı özellikle insansız hava araçlarının gerçekleştireceği muhtemel saldırıları engellemek amacıyla olduğu da düşünülebilir. Fakat sivillerin bu şekilde kalkan olarak kullanılması yasaktır, 1. Ek Protokol (n 93) m 51/7; Ayrıca bu durum devletlerin on beş yaşına gelmemiş çocukların çatışmalara katılmaması için önlem alma ve onları askere almama düzenlemesine de aykırıdır, BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m 38/2-3.

¹⁰¹ Human Rights Watch Report, <<https://www.hrw.org/news/2020/10/30/armenia-cluster-munitions-kill-civilians-azerbaijan>> Erişim Tarihi 19 Nisan 2021.

¹⁰² Human Rights Watch Report (n 101).

¹⁰³ 1. Ek Protokol (n 93) m 35/1; Lahey Sözleşmesi (1907) m 22.

¹⁰⁴ 1. Ek Protokol (n 93) m 35/2; Lahey Sözleşmesi (1907) (n 103) m 23(e).

silahların kullanımının” yasak olduğu belirtilmiştir.¹⁰⁵ Misket bombaları bu açıdan bakıldığında yasaklı mühimmatlar kategorisine girmektedir zira kullanımı sırasında ayırım gözetilememektedir. Bu silahlar hem kullanıldığında sivillere ciddi zararlar vermektedir hem de geriye kalan kalıntıları daha sonrasında insanlara zarar vermeye devam etmektedir. Bu bombalar daha çok sivilin hayatını kaybetmesine neden olmaktadır, bu açıdan bakıldığında ise uluslararası insancıl hukukun sivil ziyatı engelleme veya en az seviyede tutma amaçlarıyla örtüşmemektedir.¹⁰⁶

Silahlı çatışmalarda kültürel mallara ve dini mekanlara karşı saldırı veya misilleme gerçekleştirilmesi ve bu tür mekanların askeri amaçlarla kullanılması yasaktır.¹⁰⁷ Çatışan taraflar bu mallara zarar vermektan kaçınacaklar ve tahribe veya bozulmaya neden olabilecek bir şekilde de kullanamayacaklardır.¹⁰⁸ Bu düzenlemelere rağmen Ermenistan ordusu, İmamzadeh Dini Kompleksi ve Alexander Nevsky Rus Ortodoks Kilisesi’ne karşı saldırılar gerçekleştirmiş ve uluslararası insancıl hukuk düzenlemelerini ihlal etmiştir.¹⁰⁹

Kültürel ve dini varlıkların yanı sıra doğal çevre de korunması gereken unsurlardan birini teşkil etmektedir. Şöyle ki doğal çevreye karşı geniş alanda etkili, kalıcı ve ciddi hasar verebilecek savaş yöntemleri ve araçlarının kullanılması yasaklanmıştır.¹¹⁰ Çatışmalar esnasında doğal çevrenin kalıcı, yaygın ve ciddi zararları karşı korunması gerekirken buna engel olabilecek araç ve yöntemlerden uzak durulması gerekmektedir. Buna ilave olarak doğal çevreye misilleme yoluyla saldırılarda bulunmak da yasaklanmıştır.¹¹¹ İkinci Dağlık Karabağ Savaşı sırasında Ermenilerin çekilmek zorunda kaldıkları topraklarda ağaçları kestikleri ve ormanları yaktıkları görülmüştür.¹¹²

¹⁰⁵ Jean-Marie Henckaerts ve Louise Doswald-Beck, Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku, Emre Öktem vd. (çev) (GSÜ Hukuk Yayınları 2005) 271-278; Azerbaycan – Ermenistan Savaşında Ermenistan Silahlı Kuvvetleri Tarafından Gerçekleştirilen İnsan Hakları İhlallerine İlişkin Rapor (Kamu Denetçiliği Kurumu Raporu) 38 Azerbaycan – Ermenistan Savaşında Ermenistan Silahlı Kuvvetleri Tarafından Gerçekleştirilen İnsan Hakları İhlallerine İlişkin Rapor (Kamu Denetçiliği Kurumu Raporu) (2020) <<https://www.ombudsman.gov.tr/document/raporlar/kdk-pdf/AzerbaycanRaporu/mobile/index.html>> Erişim Tarihi 19 Nisan 2021; Bu silahlar bir çatışma esnasında sadece askeri unsurları hedef almaktan uzak olan ve bu nedenle uluslararası insancıl hukuk kurallarının ihlalini beraberinde getiren silahlardır. Bunlara zehirli, kimyasal biyolojik silahlar örnek olarak gösterilebilir, Kamu Denetçiliği Kurumu Raporu 39.

¹⁰⁶ Misket bombalarının yasaklanması amacıyla 2008 yılında Demet Nitelikli Mühimmat Sözleşmesi imzalanmıştır. Ermenistan ve Azerbaycan henüz bu sözleşmeye taraf değildir. Sözleşme misket bombalarının doğrudan ve dolaylı olarak kullanılmasını, geliştirilmesini, üretilmesini, stoklanmasını, başka bir şekilde elde edilmesini ve transfer edilmesini yasaklamaktadır, Demet Nitelikli Mühimmat Sözleşmesi (2008) Birleşmiş Milletler Andlaşma Serileri vol 2688 m 1.

¹⁰⁷ 1. Ek Protokol (n 93) m 53.

¹⁰⁸ Silahlı Bir Çatışma Halinde Kültür Mallarının Korunmasına Dair Sözleşme (1954) Birleşmiş Milletler Andlaşma Serileri vol 249 m 4/1.

¹⁰⁹ Fact-Finding Mission Interim Report of the Ombudsman concerning Religious Monuments in Ganja (2020) (n 50); Ermenistan ordusunun Ağdam’dan çekilmeden önce bir camiyi yaktığı belirtilmektedir, Letter dated 4 May 2021 from the Permanent Representative of Azerbaijan to the United Nations addressed to the Secretary-General <file:///C:/Users/user/Downloads/A_75_872--S_2021_429-EN.pdf> Erişim Tarihi 1 Haziran 2021.

¹¹⁰ 1. Ek Protokol (n 93) m 35/3.

¹¹¹ 1. Ek Protokol (n 93) m 55.

¹¹² Letter dated 18 December 2020 from the Permanent Representative of Azerbaijan to the United Nations addressed to the Secretary-General <<https://undocs.org/en/A/75/660>> Erişim Tarihi 19 Nisan 2021.

Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri ile çatışmalar esnasında siviller, sivil yerleşim yerleri ve doğal çevre korunmaktadır. Bu koruma düzenlemelerinin ciddi bir şekilde ihlal edilmesi Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü bakımından savaş suçları olarak kabul edilmektedir. Bunlar arasında çatışmalarda yer almayan sivillere ve sivil halka karşı doğrudan saldırıda bulunulması, askeri amaçlarla kullanılmayan sivil nesnelere saldırılması, savunmasız olan ve askeri hedef teşkil etmeyen şehirlere saldırılması, askere amaçla kullanılmayan dini, eğitim, sanat ve bilim amacıyla kullanılan yerlere saldırılması, on beş yaşından küçük çocukların askere alınması ve çatışmalarda kullanılması ve beklenen askeri faydaya oranla ciddi bir şekilde sivillerin yaralanmasına ve ölmesine veya sivil nesnelere zarar görmesine neden olabilecek ve ciddi bir şekilde doğaya zarar verebilecek saldırılarda bulunulması yer almaktadır.¹¹³ Ermenistan ordusu İkinci Dağlık Karabağ Savaşı boyunca bu eylemlerin birçoğunu gerçekleştirmiştir.¹¹⁴ Dolayısıyla bu kararları alan ve icra eden görevli, komutan ve askerlerin cezai sorumluluğu ortaya çıkmaktadır. Bu kişiler hakkında Uluslararası Ceza Mahkemesi nezdinde yargılama yapılabilmesi için başvurulabilecek ve uluslararası insancıl hukuk kurallarını ihlal etmelerinden ötürü bu kişiler cezalandırılabilir.¹¹⁵

Ermenistan, İkinci Dağlık Karabağ Savaşı sürecinde insan hakları hukukunun da birçok kuralını ihlal etmiştir. Şöyle ki saldırılar neticesinde çatışmalarda yer almayan yüzden fazla sivil hayatını kaybetmiştir. Aslında bu saldırılar ve sivil ölümleri 1990'ların başından beri devam etmektedir.¹¹⁶ Bu durum AİHS'teki yaşam hakkına ilişkin düzenleme ile çatışmaktadır. AİHS herkesin yaşam hakkının yasayla korunacağını hüküm altına almıştır. Bu hak uyarınca bir kişinin yaşamına, ölüm cezasını gerektiren bir suç nedeniyle mahkemece verilen cezanın infazı dışında kasten son verilememektedir.¹¹⁷ Yukarıda ifade edildiği üzere, Ermenistan'ın neden

¹¹³ Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü (1998) Birleşmiş Milletler Andlaşma Serileri vol 2187 m 8.

¹¹⁴ Ermenistan'ın savaş boyunca gerçekleştirdiği uluslararası hukuku ihlal eden eylemleri için bkz, Note verbale dated 6 January 2021 from the Permanent Mission of Azerbaijan to the United Nations Office at Geneva addressed to the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights <file:///C:/Users/user/Downloads/A_HRC_46_G_3-EN.pdf> Erişim Tarihi 19 Nisan 2021; Bunun yanı sıra 90'lı yıllardan itibaren başlayan çatışmalarda Ermenistan'ın saldırıları nedeniyle bir milyondan fazla Azerbaycan Türk'ü topraklarını terk etmek zorunda kalmıştır. Bu kişilerin yerlerine Ermenistan'dan gelen kişiler yerleştirilerek bölgede etnik temizlik yapıldığı görülmektedir. Bu süreçte Azerbaycan kültürünü ve dinini yansıtan eserler saldırıya ve yağmaya uğramıştır, Abdullahzade, 'Dağlık Karabağ Sorununda Ermenistan'ın Rolü ve Sorumluluğu' (n 40) 1555-1560.

¹¹⁵ Muhtemel bir yargılama sürecinde yalnızca İkinci Karabağ Savaşında yaşanan olaylar nedeniyle değil aynı zamanda daha önce yaşanmış olan uluslararası insancıl hukuk ihlalleri nedeniyle de insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları eylemlerini gerçekleştiren kişilerin cezai sorumlulukları gündeme getirilmeye çalışılmalıdır. Bu kişiler Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde veya suç daha önce gerçekleştirilmişe kurulacak uluslararası ceza mahkemelerinde yargılanabilir. Bunun yanı sıra Ermenistan devletinin ise bu haksız eylemlerden ötürü şartlar oluştuğu ölçüde hukuki sorumluluğuna gidilebilecektir. Soykırım Sözleşmesi'nin ihlali başta olmak üzere Ermenistan devletine karşı Uluslararası Adalet Divanı'na başvuruda bulunulabilir.

¹¹⁶ Bu yıllarda yalnızca yaşam hakkının değil aynı zamanda işkence yasağının da ihlal edildiği görülmektedir. Şöyle ki çatışma sürecinde çoğu yerde siviller en ağır eziyetlere maruz bırakılmışlar, ağır işkencelere uğratılmışlardır. Buradan sağ çıkan insanların hayatlarının geri kalanında bedeni ve zihni problemlerle uğraşmaları bunu açıkça göstermektedir. Ermenistan'ın bu eylemler 3. maddede düzenlenen işkence yasağının ihlalini teşkil etmektedir. AİHS m 3 uyarınca: *Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.*

¹¹⁷ AİHS m 2 uyarınca: *(1) Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez. (2) Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz: a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması; b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme; c) Bir ayıklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması.*

olduğu sivil ölümleri kasten gerçekleştirilmiştir. Bu ölümlerin gerçekleşmesinde ihlali ortadan kaldıracak bir neden de bulunmamaktadır. Dolayısıyla burada genel bir değerlendirme yapılırsa Ermenistan'ın gerçekleştirmiş olduğu bu faaliyetlerden doğan yaşam hakkı ihlallerinden sorumlu olacağı ifade edilebilecektir.¹¹⁸ Sorumluluk açısından inceleme yapıldığında söz konusu eylemleri sözde Dağlık Karabağ yönetiminin gerçekleştirdiği ve bu nedenle bu eylemler bakımından Ermenistan'ın sorumluluğa gidilemeyeceği yönünde düşünceler vardır fakat yukarıda belirtildiği gibi msket bombası saldırısında da görüldüğü üzere saldırılarda Ermenistan ordusunun sahip olduğu mühimmatlar kullanılmıştır. Bununla birlikte, AİHM daha önce yaptığı incelemede Ermenistan'ın buradaki kontrolü üzerinde durulmuştur. Şöyle ki yapılan değerlendirmede SSCB'nin dağılma sürecinde Ermenistan ve sözde Dağlık Karabağ yönetiminin birleşme çabaları ele alınmış ve bu hususta Ermenistan'ın desteği ifade edilmiştir, ilerleyen dönemde bu desteğin askeri olarak da verilmiş olduğu anlaşılmaktadır zira 150 bin nüfuslu Dağlık Karabağ yönetiminin yedi milyon nüfuslu Azerbaycan'a karşı topraklarını savunması ve dahası yönetim sınırları içerisinde olmayan yeni yerleri işgal etmesi Ermenistan desteği olmadan mümkün görülmemiştir.¹¹⁹ Ermenistan'ın bu şekilde çatışma bölgesine asker, askeri malzeme ve uzmanlık yoluyla dahil olduğu ve bu desteğin işgal altındaki bölgelerin denetim altında tutulmasında etkili olduğu belirtilmiştir.¹²⁰ Bu durum Ermenistan aleyhine ihlal kararı çıkmasında önemli olmuştur. İkinci Dağlık Karabağ savaşı süresince yaşanan insan hakları ihlalleri açısından da Ermenistan'ın bu kontrolü değerlendirilebilecek ve yaşam hakkı, mülkiyet hakkı, özel ve aile hayatına saygı hakkı ve diğer ihlallerde aleyhine başvurularda bulunabilecektir.¹²¹

Ermenistan, Dağlık Karabağ sorununda düşmanca hareket eden devlet olmasına rağmen İkinci Dağlık Karabağ Savaşı'nın ilk günlerinde Azerbaycan ve Türkiye

¹¹⁸ Ermenistan aynı zamanda AHİS'e taraf olduğu tarihten itibaren gerçekleştirmiş olduğu diğer sivil ölümlerinden de sorumlu tutulabilecektir. Öncesinde yaşanan ölümler açısından da Ermenistan'ın sorumluluğu gündeme gelecektir, bu sorumluluk daha ziyade yaşam hakkı ihlallerini soruşturma yükümünü yerine getirmemesi nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Ermenistan'ın bu tür bir çabaya girmediği ve hatta ismi savaş suçlarına karşın askeri yetkililerin önemli vazifelere geldiği hatırlanırsa ihlalin varlığı da ortaya konacaktır. Bu sorumluluğun ortaya konulması için ilk olarak Ermenistan iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekmektedir. Ermenistan'ın gerekliliklerini yerine getirmemesi durumunda AİHM'e başvuru yapılabilecektir, Öktem, Aküzüm ve Uzun (n 30) 1111-1117.

¹¹⁹ Chiragov and Others v Armenia App No 13216/05 (ECHR, 16 June 2015) para 172-174; 1994 yılında Ermenistan ile Dağlık Karabağ arasında askeri işbirliği hususunda imzalanan anlaşmayla bu yardımın resmileştiği ifade edilmektedir. Chiragov and Others v Armenia App No 13216/05 (ECHR 16 June 2015) para 175.

¹²⁰ Chiragov and Others v Armenia App No 13216/05 (ECHR, 16 June 2015) para 180; Dolayısıyla AİHM, Chiragov ve diğerleri davasına ilişkin 16 Haziran 2015 tarihli kararında, Ermenistan'ın Karabağ ve çevresindeki topraklar üzerinde Yerel Ermeni yönetimine verdiği askeri, siyasi, mali ve diğer destekler nedeniyle etkili denetim ve dolayısıyla yargı yetkisi uyguladığına hükmetmiştir. AİHM daha sonra AHİS'nin 8 ve 13. maddelerinin ve 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin Ermenistan tarafından ihlal edildiğine hükmetmiştir, Chiragov and Others v Armenia App No 13216/05 (ECHR, 16 June 2015).

¹²¹ Mahkeme yapmış olduğu değerlendirmede iki ülke arasındaki düşmanca ilişkiler ve devam eden çatışmaları ele almış ve Ermenistan'ın Dağlık Karabağ topraklarındaki etkinliğini ısrarla reddetmesini de hesaba katarak iç hukuk yollarının tüketilmesini beklemenin makul olmadığını belirtmiştir, Chiragov and Others v Armenia App No 13216/05 (ECHR, 16 June 2015) para 119; Bu yüzden yeni başvurularda da iç hukuk yolunu tüketmeye çalışmadan direkt AİHM nezdinde hak ihlali başvuruları yapılması makul görülmektedir; AİHM, Chiragov ve diğerleri Ermenistan'a karşı davası ile aynı tarihte verdiği diğer bir kararında Sargsyan Azerbaycan'a karşı davasında bu sefer de Azerbaycan'ın AHİS'nin 8, 13 ve 14. maddelerinin ve 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin Ermenistan tarafından ihlal edildiğine hükmetmiştir. İki dava arasında bu açıdan benzerlikler bulunmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Sargsyan v Azerbaijan App No 40167/06 (ECHR, 16 June 2015).

aleyhinde geçici tedbir talebiyle AİHM'e başvurmuştur. AİHM, Ermenistan ve Azerbaycan arasındaki çatışmada tarafları yaşam hakkına ve işkence yasağına saygı duymaya davet etmiş,¹²² ayrıca Türkiye aleyhine yapılan başvuruyu da kabul ederek benzer çağırısı Türkiye'ye de yapmıştır.¹²³ Türkiye'nin doğrudan veya dolaylı olarak çatışmaya taraf olup sivillerin haklarını ihlal ettiğini iddia eden Ermenistan'ın bu talebi AİHM tarafından kabul edilmiştir. Ermenistan'ın sunduğu materyaller, Türk Silahlı Kuvvetleri'nin Ermenistan topraklarında askeri operasyonlar düzenlediğini veya çatışma bölgesine askeri veya paramiliter gruplar gönderdiğini kanıtlayan herhangi bir somut delil içermemektedir. Dolayısıyla, bu karar hukuki dayanaktan yoksun bir karar olarak değerlendirilebilir. 9 Kasım tarihinde Ateşkes Andlaşması'nın imzalanması ile birlikte yapılan başvurular neticesinde söz konusu ihtiyati tedbir kararları kaldırılmıştır.¹²⁴

10 Kasım'a kadar uzanan savaş sürecinde Azerbaycan ordusunun Ermenistan ordusuna karşı cephe hattında üstünlük sağladığı görülmüştür. Nihayetinde çok önemli bir mevki olan Şuşa'nın da işgalden kurtarılmasıyla beraber Ermenistan'ın artık savaşı devam ettirecek direnci kalmamıştır. Bu çatışmalar esnasında Ermenistan'ın çok büyük zayıflar verdiği bilinmektedir. Ermenistan yaşadığı ağır kayıplar neticesinde ateşkesi imzalamaya mecbur kalmıştır. Rusya Devlet Başkanı Vladimir Putin'in girişimleriyle 9 Kasım 2020 tarihinde gece gerçekleştirilen video konferans yoluyla 9 Kasım tarihli Ateşkes Andlaşması imzalanmıştır.

III. 9 Kasım 2020 Tarihli Ateşkes Andlaşması'nın Hukuki Değerlendirilmesi

Azerbaycan, Ermenistan ve Rusya arasında imzalanmış olan Ateşkes metni "*Biz, Azerbaycan Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı Aliyev, Ermenistan Cumhuriyeti Başbakanı Paşinyan ve Rusya Federasyonu Başkanı Putin olarak aşağıdakileri beyan ediyoruz.*" cümlesi ile başlamaktadır.¹²⁵ Bu cümle yazımı itibarıyla Ateşkes metninin hukuki niteliği üzerinde bazı tartışmaları beraberinde getirmektedir. Şöyle ki bunun bir uluslararası andlaşma mı yoksa sadece bir bildiri veya beyan mı olduğu soruları gündeme gelmektedir. Bu durum aynı zamanda Ateşkes metninin imzacı tarafları bağlayıcılığı üzerinde de birtakım etkileri olacağı için önem arz etmektedir.

Ateşkes metninin andlaşma teşkil edip etmeyeceği meselesi devletler arasında akdedilen andlaşmalara uygulanan¹²⁶ 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku

¹²² The Court grants an interim measure in the case of Armenia v. Azerbaijan (ECHR 265, 2020).

¹²³ The Court's decision on the request for an interim measure lodged by Armenia against Turkey (ECHR 276, 2020).

¹²⁴ The Court decides to lift the interim measure previously indicated in the case of Armenia v. Turkey (ECHR 349, 2020).

¹²⁵ Biz bu çalışmamızda Azerbaycan Dışişleri Bakanlığı'nın adresinden yayımlanan Azerbaycan dilindeki Ateşkes metnini göz önüne alacağız. İlgili metin için bkz, Azerbaycan Respublikasının Prezidenti, Ermenistan Respublikasının Baş naziri vö Rusya Federasyonunun Prezidentinin Bəyanatı No:406/20 (9 Kasım 2020 Tarihli Ateşkes Andlaşması) < <https://www.mfa.gov.az/az/news/7026/view> > Erişim Tarihi 19 Nisan 2021.

¹²⁶ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (1969) Birleşmiş Milletler Andlaşma Serileri vol 1155 m 1.

Sözleşmesi'nin (VAHS) ilgili hükümleri dikkate alınarak tespit edilebilecektir. VAHS hazırlanırken mevcut örf ve âdet kuralları dikkate alınmış ve dolayısıyla sözleşmenin birçok hükmü örf ve âdet hukukunu yansıtacak şekilde kaleme alınmıştır.¹²⁷ VAHS aynı zamanda andlaşmaların nitelikleri ve özellikleri hususunda ortaya çıkacak durumlarda değerlendirme yapabilmek için temel bir çerçeve sunmaktadır.¹²⁸

Bu duruma uygun olarak Uluslararası Adalet Divanı bir metnin uluslararası andlaşma olarak kabul edilmesini engelleyecek bir uluslararası hukuk kuralının mevcut olup olmadığını değerlendirirken VAHS'nin 2, 3 ve 11. maddeleri çerçevesinde inceleme yapmış ve buna engel bir kuralın olmadığını tespit etmiştir.¹²⁹ Bunun yanı sıra bir metnin andlaşma olarak değerlendirilmesinde onun sahip olduğu biçimin tek başına kıstas olamayacağı ve esas olarak taşıdığı eylem veya işlemin niteliğine bakılması gerektiği belirtilmiş ve bu niteliğin metin hazırlanırken var olan şartların ve özel koşulların dikkate alınarak tespitin yapılacağı ifade edilmiştir.¹³⁰

Yukarıda belirtildiği üzere, VAHS, andlaşmaların nitelikleri hususunda yol gösterici düzenlemeleri ihtiva etmektedir. VAHS'in 2. maddesi itibariyle andlaşmalar, bir veya daha fazla ilgili belgede yer alabilmekte, devletler arasında yazılı bir şekilde akdedilmekte ve sahip olduğu isme bakılmaksızın varlık alanı bulmaktadır.¹³¹ Bu açıdan incelendiğinde 9 Kasım'da imzalanan Ateşkes metni 2. maddede belirtilen tanıma uymaktadır. Şöyle ki metin tek belgede yazılı bir şekilde Azerbaycan, Ermenistan ve Rusya tarafından akdedilmiş olup uluslararası hukuka tabii bir meselede düzenlenmiştir. Dolayısıyla, Ateşkes metni VAHS'in 2. maddesinde tanımlanan andlaşma terimine uymaktadır. Aynı maddede andlaşmalara bağlanma rızasını gösteren devlet akit devlet olarak¹³² ve bu rızanın yanı sıra bu andlaşmaları yürürlüğe koyan devletler de taraf olarak tanımlanmaktadır.¹³³ Azerbaycan, Ermenistan ve Rusya, Ateşkes Andlaşması'nı imzaladıkları ve yürürlüğe koydukları için hem akit devlet hem de taraf devlet olarak kabul edilebilecektir. Fakat bu hususta 9 Kasım 2020 tarihli Ateşkes Andlaşması'nda bir düzenleme getirildiği ve Ateşkes metni bağlamında taraf devletler olarak Azerbaycan ve Ermenistan'ın gösterildiği ifade edilmektedir.¹³⁴

Devletler andlaşmalara bağlanma rızalarını imza, belge teatisi, onay, kabul, tasvip veya katılma gibi yollarla ortaya koyabilecekleri gibi kendi aralarında seçecekleri

¹²⁷ Anders Henriksen, *International Law* (Oxford University Press 2017) 40-41.

¹²⁸ Shaw (n 78) 685.

¹²⁹ *Ege Denizi Kıta Sahaneliği Davası (Yunanistan v Türkiye)* (1978) ICJ para 94-108; Ayrıca bkz, İbrahim Kaya, Cüneyt Yüksel, Galip Engin Şimşek, *Uluslararası Hukuk Pratik Çalışma Kitabı* (Seçkin 2020) 102.

¹³⁰ *Ege Denizi Kıta Sahaneliği Davası (Yunanistan v Türkiye)* (1978) ICJ para 96.

¹³¹ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (1969) Birleşmiş Milletler Andlaşma Serileri vol 1155 m 2/1-a.

¹³² Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (1969) Birleşmiş Milletler Andlaşma Serileri vol 1155 m 2/1-f.

¹³³ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (1969) Birleşmiş Milletler Andlaşma Serileri vol 1155 m 2/1-g.

¹³⁴ 9 Kasım 2020 Tarihli Ateşkes Andlaşması m 1.

başka yollarla da bu rızanın varlığını sağlayabilir.¹³⁵ 9 Kasım 2020 tarihli Ateşkes metni Azerbaycan, Ermenistan ve Rusya'nın yazılı rıza uyuşmasını yansıtmaktadır. Bu Ateşkes Andlaşması'nda devletlerin Andlaşma'ya bağlanmaya yönelik rızalarını imza yolu ile gerçekleştirdikleri görülmektedir. Uluslararası hukukta andlaşmaların yapılması hususunda devletlere geniş takdir alanı tanınmıştır. Andlaşmaların yapılma usulü ve tarafları konusunda ilgili andlaşmayı imzalayacak olan devletlerin önünde uymaları zorunlu olan biçim şartı bulunmamaktadır. Ayrıca devletler imzalayacakları andlaşmaya verdikleri önem nispetinde devlet başkanı veya hükümet başkanı nezdinde temsil edilebilecekleri gibi dışişleri bakanları veya elçiler nezdinde de temsil edilebilirler. Şöyle ki daha önceleri Rusya Dışişleri Bakanı'nın çabalarıyla taraflar arasında 10 Ekim 2020 tarihinde yürürlüğe girmesi kararlaştırılan ateşkes sürecinde bu devletleri temsilen dışişleri bakanlarının yer aldığı görülmüştür.¹³⁶ Son süreçte ise savaşın bitirilebilmesi için dışişleri bakanlarından ziyade devlet ve hükümet başkanlarının temsiliyle bir Ateşkes Andlaşması'na gidildiği görülmektedir. Ayrıca bu Ateşkes Andlaşması görüşmelerinin devamı mahiyetinde sayılabilecek olan ve taraflar arasında karşılıklı adımların atılmasını amaçlayan 11 Ocak 2021 tarihli Moskova Görüşmesi'nde de yine aynı şekilde devlet ve hükümet başkanları nezdinde temsilin sağlandığı görülmüştür. Bu Görüşme'de bölgedeki ekonomik bağlantıların inşa edilmesi ve altyapı ile ilgili projelerin geliştirilmesine yönelik bir bildiri imzalanmıştır.¹³⁷

Devletler uluslararası andlaşmalara bağlanma rızalarını imza ile açıklarken söz konusu andlaşmanın niteliğine göre imza törenlerinin veya buna özel olarak hazırlanmış olan kapanış törenlerinin gerçekleştirildiği görülmektedir.¹³⁸ Bu duruma benzer olarak 9 Kasım 2020 tarihli Ateşkes Andlaşması video konferans yoluyla gerçekleştirilen çevrimiçi bir uluslararası toplantıda imzalanmıştır. Rusya'nın girişimleriyle farklı yerlerden toplantıya katılan Azerbaycan Cumhurbaşkanı ve Rusya Devlet Başkanı daha önce üç ayrı nüshada hazırlanmış olan Ateşkes metinlerini bu çevrimiçi görüşmede imzalamıştır. Bilindiği üzere bu Ateşkes metni esas olarak Azerbaycan ile Ermenistan arasındaki çatışmaları durdurmak için imzalanmıştır fakat Ermenistan bu çevrimiçi görüşmede yer almamıştır.¹³⁹ Ermenistan Başbakanı

¹³⁵ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (1969) Birleşmiş Milletler Andlaşma Serileri vol 1155 m 11.

¹³⁶ Moskova'da Rusya, Azerbaycan ve Ermenistan Dışişleri Bakanları arasında saatler süren görüşmelerde taraflar dört maddelik insani ateşkes hususunda mutabık kalmışlardır. Görüşmenin sonunda Rusya Dışişleri Bakanı Lavrov üzerinde uzlaşılan maddeleri açıklamıştır. Detaylı bilgi için bkz, Foreign Minister Sergey Lavrov's remarks following talks with Foreign Minister of the Republic of Azerbaijan Ceyhun Bayramov and Foreign Minister of the Republic of Armenia Zohrab Mnatsakanyan, Moscow, October 10, 2020, <https://www.mid.ru/en/press_service/minister_speeches/-/asset_publisher/7OvQR5KJWVmR/content/id/4377041> Erişim Tarihi 19 Nisan 2021.

¹³⁷ Moskova'da Azerbaycan Cumhurbaşkanı Aliyev, Ermenistan Başbakanı Paşinyan ve Rusya Devlet Başkanı Putin arasında 11 Ocak'ta gerçekleştirilen görüşmelerde tarafların bir bildiri yayınladıkları görülmektedir. Bu bildiri de 9 Kasım tarihli ateşkes andlaşmasının 9. maddesi kapsamında kararların alındığı görülmektedir. Detaylı bilgi için bkz, Statement by President of the Republic of Azerbaijan, Prime Minister of the Republic of Armenia and President of the Russian Federation <<https://en.president.az/articles/50070/print>> Erişim Tarihi 19 Nisan 2021.

¹³⁸ Shaw (n 78) 690.

¹³⁹ Azerbaycan Devlet Başkanı Aliyev ve Rusya Devlet Başkanı Putin'in metni imzalama anı için bkz, <https://www.youtube.com/watch?v=I8wzKpm5j_Y&t=332s> Erişim Tarihi 10 Nisan 2021.

bunun yerine Facebook üzerinden yapmış olduğu açıklama ve canlı yayımla birlikte Ateşkes metnini kendisinin de imzalamış olduğunu ifade etmiştir.¹⁴⁰ Bu durum Ateşkes metnini hangi şartlar altında yapılmaya çalışıldığını da göstermektedir.¹⁴¹

Uluslararası andlaşmaların yapılması usulünde devlet ve hükümet başkanları sahip oldukları görevleri itibariyle herhangi bir yetki belgesine ihtiyaç duymadan her türlü işlemi yapabilme hakkına sahiptir.¹⁴² 9 Kasım 2020 tarihli Ateşkes Andlaşması da bu nedenle herhangi bir yetki belgesine ihtiyaç duyulmadan akdedilmiştir. Dolayısıyla ileride ateşkes andlaşmasını imzalayan tarafların yetkisiz temsil iddiaları gündeme gelmeyecektir. Bu durum özellikle içerisinde bulunduğu koşullar göz önüne alındığında Ermenistan açısından önem arz etmektedir. Ermenistan Başbakanı Paşinyan, Ateşkes Andlaşması'nı imzalamaya yetkilidir. Dolayısıyla daha sonra Ermenistan'da herhangi bir şekilde iktidar değişikliği yaşansa bile Paşinyan'ın 9 Kasım 2020 tarihli Ateşkes Andlaşması'na atmış olduğu imza geçerli olmaya devam edecektir.¹⁴³

9 Kasım 2020 tarihli Ateşkes Andlaşması imzacı devletlere bazı hak ve yükümlülükler getirmektedir. Bu hak ve yükümlülükler bazı maddelerde açık bir şekilde hüküm altına alınmıştır. Şöyle ki Azerbaycan Ateşkes Andlaşması'na göre 1. madde uyarınca ateşi kesmek ve mevcut pozisyonunu ilerletmeye çalışmamak ve 6. madde uyarınca Laçın Koridoru boyunca her iki yönde de vatandaşların, araçların ve malların trafik güvenliğini garanti etmek yükümlülüğü altındadır. Haklar yönünden ise Azerbaycan 2. madde uyarınca Ağdam ve 6. madde uyarınca Kelbecer ve Laçın'ı geri alacak, ayrıca 9. madde uyarınca da Batı bölgeleri ile Nahçıvan arasında ulaşım

¹⁴⁰ Ermenistan Başbakanı Paşinyan söz konusu Ateşkes Andlaşması'nı imzalamış olmasını çok zor bir karar olarak açıklamıştır. Ayrıca bkz., <<https://www.aa.com.tr/en/azerbaijan-front-line/armenian-pm-says-it-was-hard-decision-to-sign-deal/2037994>> Erişim Tarihi 10 Nisan 2021.

¹⁴¹ Ateşkes andlaşmaları çatışan taraflar arasında yapıldığı için birçok kez farklı usulleri de beraberinde getirmektedir. Bu durum genellikle taraflar arasındaki gerilim başta olmak üzere çeşitli uyumsuzlukların neticesinde meydana gelmektedir. Buna benzer olarak Bosna Savaşı sırasında da Bosna Hersek Cumhurbaşkanı Aliya İzzetbegović'in 4 Ocak 1995 tarihinde ABD'nin arabuluculuğunda imzalanması için ötüne getirilen ateşkes andlaşmasını metnin üzerinde Bosnalı Sırp liderlerin de imzaları bulunduğu için imzalamaktan imtina ettiği ancak o imzaların üzerlerin kapatılarak çekilen fotokopi nüshası andlaşmayı imzaladığı bilinmektedir. Bu konuda bkz., Richard Holbrooke, *To End a War* (Modern Library 1999) 197-198; Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (2th, Cambridge University Press 2007) 97.

¹⁴² Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (1969) Birleşmiş Milletler Andlaşma Serileri vol 1155 m 7/2-a.

¹⁴³ Ateşkes Andlaşması'nın akabinde gelişen süreç Andlaşma'nın ileriye dönük olarak bağlayıcılığı üzerinde bazı kuşku ları beraberinde getirmiştir. Şöyle ki ateşkes mutabık kalınarak Ateşkes Andlaşması'nın imzalandığının duyurulmasının hemen akabinde Ermenistan'da halk sokaklara dökülmüş ve bu geniş çaplı gösterilerde Ermenistan Başbakanı Paşinyan'ın vatan haini olduğuna dair ifadelerinin de yer aldığı sloganların atıldığı görülmüştür. Ülke çapında bu ateşkes den duyulan memnuniyetsizlik açıkça ifade edilmiştir. Bu süreçte Ermenistan'da herhangi bir iktidar değişikliği olmasa da buna dair ihtimallerin olması ateşkes sürecinin geleceğini hakkında endişeleri beraberinde getirmiştir. Muhalefetin devam eden protestolarının yanı sıra 25 Şubat 2021 tarihinde Genel Kurmay Başbakanının da içerisinde olduğu üst düzey askerlerin bir bildiri yayımlayarak Ermenistan Başbakanı Paşinyan'ı istifaya davet etmesi Ermenistan'daki siyasi krizi daha da tehlikeli bir hale getirmiştir. Bir nevi darbe girişimi olarak adlandırılan bu bildiriye karşı Paşinyan Genel Kurmay Başkanı'nı görevden alarak pozisyonunu korumaya çalışmıştır. Bu krizin etkisiyle Ermenistan 20 Haziran 2021 tarihinde erken parlamento seçimlerine gitme kararı almıştır. Ermenistan Başbakanı Paşinyan ise nisan ayı içerisinde istifa ettiğini fakat parlamento seçimlerine kadar geçici olarak da olsa Başbakanlık görevine devam ettiğini ilan etmiştir. Tüm bu yaşananların Dağlık Karabağ hezimetinin hesabını üstlenme ile alakalı olduğu açıktır. Bu mesele aynı zamanda içerideki güç mücadelesinde üstün olmak isteyen tarafların ateşkes andlaşmasının geleceği ile ilgili riskli kararlar alma ihtimalini de beraberinde getirmektedir. Bu durum elbette ateşkes rejimi için ciddi manada risk taşımaktadır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz., <<https://www.reuters.com/article/us-armenia-azerbaijan-protests-idUSKBN27R15D;https://www.aa.com.tr/en/world/armenian-president-calls-on-government-to-resign/2060024;https://www.bbc.com/news/world-europe-56194421>> Erişim Tarihi 10 Mayıs 2021.

yollarının inşası yapılacaktır. Bununla birlikte 8. madde uyarınca savaş esirleri, rehiner ve diğer tutukluların yanı sıra cenazelerin değişimini gerçekleştirmek ile 7. madde uyarınca yerinden edilmişler ve sığınmacıların dönmesi hususunda ise hem yükümlülükler hem de haklara sahip olacağı ifade edilebilecektir.

Ermenistan ise 1. madde uyarınca ateşi kesmek ve mevcut pozisyonunu iletlemeye çalışmamak ve 9. madde uyarınca Nahçıvan ile Azerbaycan arasında açılacak olan ulaşım yolları boyunca her iki yönde de vatandaşların, araçların ve malların trafik güvenliğini garanti etmek yükümlükleri altındadır. 6. madde uyarınca Dağlık Karabağ ile arasında kurulacak olan Laçın Koridoru'nun Ermenistan'a haklar doğurduğu ifade edilmektedir. Bununla birlikte aynı Azerbaycan gibi Ermenistan'ın da 7 ve 8. maddeler açısından hem yükümlülükler hem de haklara sahip olacağı ifade edilebilir. Ateşkes Andlaşması'nın imzacı devletlerinden bir diğeri olan Rusya ise 3 ve 4. maddeler gereği barış gücü konuşlandırma hak ve yükümlülüğü, 5. madde gereği çatışan tarafların mutabakata uyup uymadığını kontrol etme hak ve yükümlülüğü, 6. madde gereği Laçın Koridoru'nda ve 9. madde gereği ise Nahçıvan ile Azerbaycan arasında açılacak olan ulaşım yollarında kontrolü sağlama hak ve yükümlülüğü altındadır.

Ateşkes Andlaşması'nda yukarıda açıklanan açık hükümlerin yanı sıra bazı maddelerinin ise uygulamaya dair detayları içermedikleri görülmektedir. Şöyle ki 5. maddede bir ateşkes gözlem noktası oluşturulması kararlaştırılmış fakat buna dair detaylar belirlenmemiştir. Bununla birlikte, Ateşkes Andlaşması'nın Dağlık Karabağ bölgesinin statüsü başta olmak üzere ateşkes sürecinin devamı ile ilgili birçok önemli meseleye ise hiç değinmediği görülmektedir. Bu nedenle Ateşkes Andlaşması'nın incelemesi yapılırken aynı zamanda antlaşmaların yorum kurallarına başvurulması gerekmektedir. Antlaşmaların yorumu ile ilgili düzenlemeler VAHS 31. ile 33. maddeler arasında yer almaktadır. VAHS 31. maddede genel yorum kuralı ele alınmıştır. Bu maddeye göre antlaşmalar, antlaşmanın bütünlüğü içinde ve konu ve amacının ışığında, hükümlerine verilecek alışılmış manaya uygun şekilde, iyi niyetle yorumlanacaktır¹⁴⁴. Bu düzenlemenin birçok uluslararası yargı kararında da belirtildiği üzere örf ve adet hukukunu gösterir bir niteliği bulunmaktadır.¹⁴⁵ Ateşkes Andlaşması'nın maddeleri yorumlanırken bu madde kapsamında yapılan yorumun açık veya belirli bir anlamın çıkarılmasında yetersiz kalması durumunda VAHS 32. madde kapsamında yer alan tamamlayıcı yorum araçlarının kullanılması gerekmektedir.¹⁴⁶ Ateşkes Andlaşması'nda özellikle bazı hükümleri belirleyebilmek için tamamlayıcı araçlara başvurulması önem arz etmektedir. Dolayısıyla Ateşkes Andlaşması'nın hazırlık çalışmalarına (*travaux preparatoires*) ve yapıma şartlarına başvurularak tamamlayıcı yorum yapılması gerekmektedir.

¹⁴⁴ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (1969) Birleşmiş Milletler Andlaşma Serileri vol 1155 m 31/1.

¹⁴⁵ Shaw (n 78) 690.

¹⁴⁶ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (1969) Birleşmiş Milletler Andlaşma Serileri vol 1155 m 32.

Ateşkes Andlaşması'nın yorumlanması yalnızca akit devletlerin sahip olacağı hak ve yükümlülükleri değil aynı zamanda Ateşkes metnini imzalamayan üçüncü devletlerin de Ateşkes Andlaşması'ndan doğacak hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesinde kullanılacaktır. 9 Kasım 2020 tarihli Ateşkes Andlaşması kapsamında özellikle Türkiye'nin durumu gündeme gelecektir çünkü yukarıda da izah etmiş olduğumuz, hükmü açık olmayan maddeler yorumlandığında, Türkiye'nin bazı hususlar bakımından örtülü olarak Ateşkes Andlaşması kapsamında kabul edildiği görülmektedir. Şöyle ki Ateşkes Andlaşması'nın hazırlık çalışmalarını (*travaux preparatoires*) incelediğimizde Azerbaycan'ın Türkiye'yi Ateşkes Andlaşması'nın 5. maddesine uygun bir şekilde ateşkes hattında görmek istediği anlaşılmaktadır. Bu durum hem Azerbaycan Cumhurbaşkanı Aliyev'in Ateşkes Andlaşması'nı imzaladıktan hemen sonra yaptığı açıklamalar¹⁴⁷ yoluyla hem de Ateşkes Andlaşması'nın akit devletlerinden biri olup ateşkes sürecini takip eden Rusya ile ateşkes gözlem noktaları hususunda varılan mutabakat¹⁴⁸ yoluyla açıkça görülmektedir. Ayrıca Ateşkes Andlaşması'ndan sonra 30 Ocak tarihinde Azerbaycan Savunma Bakanı'nın da katılımıyla Ağdam'da bir Türk-Rus Ortak Gözlem Merkezi faaliyete geçmiştir.¹⁴⁹ Dolayısıyla, Türkiye'nin Ateşkes Andlaşması kapsamında bazı hak ve yükümlülükler sahip olduğu görülmektedir. Türkiye'nin sahip olduğu bu hak ve yükümlülük ateşkes gözlem noktasına iştirak ederek 5. maddenin icrasını tatbik etmek olarak ifade edilebilir.

A. Ateşkes Andlaşması'nın Yürürlük Tarihi ve Ateşkes Andlaşması'na Uyulmaması Halinde Doğacak Yükümlülükler

Azerbaycan ile Ermenistan arasındaki silahlı çatışmayı durdurmak için akdedilen 9 Kasım 2020 tarihli Ateşkes Andlaşması'nın 1. maddesinde 10 Kasım 2020 tarihinde Moskova saatiyle 00.00'da ateşkesin sağlanarak çatışmacı taraflar arasındaki tüm askeri faaliyetlerin derhal durdurulacağı hüküm altına alınmaktadır. İlgili maddede aynı zamanda Andlaşma metni boyunca taraflar olarak Azerbaycan ile Ermenistan'ın kastedildiği belirtilmektedir. Bu durum Ateşkes metnini yorumlarken ve hak ve yükümlülükleri tespit ederken yol gösterici olacaktır.¹⁵⁰ VAHS'in andlaşmaların yürürlüğü ile hükümlerinde andlaşmaların, andlaşma metninde bulunan tarihte veya görüşmecî devletlerin kararlaştırdıkları tarihte yürürlüğe gireceği düzenlenmektedir.¹⁵¹

¹⁴⁷ Azerbaycan Devlet Başkanı İlham Aliyev ateşkes metnini imzaladıktan sonra Türk askerinin de sürece dâhil olacağını belirten açıklamalarda bulunmuştur, „Burada yeni denetim mekanizması uygulanacak. Andlaşma'nın 5. maddesinde, tarafların ateşkes uyması denetiminin verimliliğinin artırılması amacıyla barış gücü merkezi oluşturulacağı yazılıyor. Bu merkezde Rus ve Türk askerleri faaliyet gösterecek. Türkiye resmen bu çatışmanın gelecek çözümünde ve ateşkes uyuşma işinde rol alacaktır.” İlham Aliyev addressed the nation (2020) <<https://en.president.az/articles/45924>> Erişim Tarihi 19 Nisan 2021.

¹⁴⁸ Ateşkes andlaşmasının imzalanmasının hemen akabinde taraflar arasında başlayan görüşmeler iki ülkenin Savunma Bakanlarının 1 Aralık tarihinde video konferans aracılığıyla ortak mutabakat zaptlarını imzalarını beraberinde getirmiştir. Bu zapt ile beraber taraflar ateşkes uygulamasını gözetmek de denetlemek amacıyla bir ortak gözlem noktasının kurulması hususunda anlaşmışlardır. Detaylı bilgi için bkz, <<https://www.msb.gov.tr/SlaytHaber/1122020-35285>> Erişim Tarihi 16 Nisan 2021.

¹⁴⁹ Ortak Gözlem Merkezi ateşkesi gözlemlere misyonu ile görev yapmaktadır. Faaliyete geçmesi ile ilgili bkz, <<https://www.msb.gov.tr/SlaytHaber/3012021-61746>> Erişim Tarihi 16 Nisan 2021.

¹⁵⁰ 9 Kasım 2020 Tarihli Ateşkes Andlaşması (n 125) m 1.

¹⁵¹ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (1969) Birleşmiş Milletler Andlaşma Serileri vol 1155 m 24/1.

Bu çerçevede incelendiğinde Ateşkes Andlaşması 10 Kasım 2020 tarihinde Moskova saatiyle 00.00'da yürürlüğe girmiştir. Ateşkes Andlaşması'nın 1. maddesi ayrıca Dağlık Karabağ çatışma bölgesinde ateşkesin sağlanacağını hüküm altına almaktadır.¹⁵² Andlaşmalar, andlaşma metninde belirli bir yer ile sınırlandırılmadığı veya bu yönde bir niyet anlaşılmadığı müddetçe tüm ülke sathında uygulama alanı bulmaktadır.¹⁵³ Bu yönü itibariyle Dağlık Karabağ çatışma alanında çatışmasızlık hükümleri uygulanacaktır fakat bununla beraber Tovuz gibi son zamanlarda çatışmaların yaşandığı alanların Dağlık Karabağ'da yaşanan çatışmalar ile yakından ilgili olduğu değerlendirildiğinde Ateşkes Andlaşması'nın Dağlık Karabağ coğrafi sınırlarından öte yerlerde de ateşkes sürecini beraberinde getireceği anlaşılmaktadır.

Ateşkes Andlaşması'nın 1. maddesi çatışmaların durmasını düzenlemesi açısından önemlidir. Yukarıda izah edildiği gibi tarihi süreç içerisinde birçok ülke Azerbaycan ile Ermenistan arasındaki çatışmaların durmasını sağlamak için girişimlerde bulunmuş fakat bu girişimler başarılı olamamış ve taraflar çatışmaya devam etmiştir. Bu yönü itibariyle incelendiğinde 1. maddenin ihlal edilmesi durumunda çatışmaların tekrar başlaması riski bulunmaktadır ve bu durum Ateşkes Andlaşması'nın tamamının yürürlüğü açısından tehlike barındırmaktadır. Bu maddede ateşin kesilmesi hükmüne bir taraf riayet etmediği takdirde diğer tarafın da andlaşmanın esaslı ihlali nedeniyle kendisini Ateşkes Andlaşması'yla bağlı hissetmeme durumu ortaya çıkacaktır. Şöyle ki bir andlaşmanın esaslı bir şekilde ihlal edilmesi sonucu sona erdirilmesi veya yürürlüğünün askıya alınması uluslararası hukukta düzenlenmiştir.¹⁵⁴ Bu düzenlemeler ışığında bakıldığında ve bu Andlaşmanın bir ateşkes andlaşması olduğu da göz önüne alındığında taraflardan birinin çatışmaları tekrar başlatmasının diğer taraf açısından Ateşkes Andlaşması'ndan çekilmeye neden olacak esaslı bir ihlal olarak kabul edilebilecektir. Ateşkesin henüz ilk haftalarında bazı Ermeni güçlerinin eylemleri nedeniyle her ne kadar ateşkes süreci tehlikeye girse de Azerbaycan bu hususta Ateşkes Andlaşması'nın sona erdirilmesi yoluna gitmemiş ama bunun yerine bölgede geniş çaplı terörle mücadele operasyonlarına başlamıştır. Bu operasyonların neticesinde ilgili unsurların neden olduğu sorun giderilmiştir.¹⁵⁵ İlerleyen süreçte Azerbaycan Ermenistan'ın ateşkes ihlali gerçekleştirdiğini açıklamış olsa da bu durum mevcut ateşkes rejiminin sona ermesini

¹⁵² 9 Kasım 2020 Tarihli Ateşkes Andlaşması (n 125) m 1.

¹⁵³ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (1969) Birleşmiş Milletler Andlaşma Serileri vol 1155 m 29.

¹⁵⁴ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (1969) Birleşmiş Milletler Andlaşma Serileri vol 1155 m 60.

¹⁵⁵ Ateşkes Andlaşması'nın imzalanmasının hemen sonrasında bölgeden çekilmesi gereken bazı Ermeni güçlerinin bölgeden çekilmediği ve Hovand'e bağlı Hadrut yerleşim biriminin ormanlık arazisinde konuşlanmaya devam ettiği görülmüştür. Bu durum taraflar arasında gerilimi tırmandırma aşamasına gelmiştir. Ermenistan ilgili askerlerin ormanlık arazide kaybolduklarını ileri sürerek Rusya Barış Gücü marifetiyle askerlerin bölgeden alınmasını istemiş fakat ilerleyen günlerde bu askerler çekilmek yerine savaş pozisyonu almayı tercih etmişlerdir. Bu gelişmeler esnasında dört Azerbaycan personeli öldürülmüş ve içerlerinde sivil personelin de yer aldığı kişiler yaralanmıştır. Bunun üzerine Azerbaycan bölgeye direkt askeri operasyon gerçekleştirmiştir. Yaşanan bu gerilim Ateşkes Andlaşması'nın bozulmasına neden olmadan çözülmüştür. Detaylı bilgi için bkz, Information of the Ministry of Defense and the State Security Service of Azerbaijan <<https://mod.gov.az/en/news/information-of-the-ministry-of-defense-and-the-state-security-service-of-azerbaijan-34076.html>> Erişim Tarihi 16 Nisan 2021.

beraberinde getirmemiş ve taraflar yükümlülüklerine uymaya devam etmişlerdir.¹⁵⁶ Benzer bir şekilde Ermenistan ordusuna ait iki keşif ve sabotaj grubunun Kelbecer üzerinden sınır hattını aşarak bölgede mayın ve sabotaj çalışmaları yapmaya çalıştığı fark edilmiş ve altı Ermeni asker Azerbaycan ordusu tarafından tutuklanmıştır.¹⁵⁷ Aynı günlerde bu kez de Nahçıvan'da ateş açılmış ve bir Azerbaycan askeri yaralanmıştır.¹⁵⁸ Yaşanan bu gelişmelere rağmen ateşkes rejimi korunmaya çalışılmaktadır.

B. Ağdam, Kelbecer ve Şuşa Şehirlerinin Durumu

Ateşkes Andlaşması taraflar arasındaki çatışmaları durdurmasının yanı sıra Ağdam, Kelbecer ve Laçın şehirlerinin Ermenistan tarafından herhangi bir silahlı direniş olmadan Azerbaycan'a iadesini de beraberinde getirmektedir. Bu şehirlerinin durumu ayrı ayrı maddelerde düzenlenmiştir. Şöyle ki Ateşkes Andlaşması'nın 2. maddesinde işgal altındaki Ağdam şehrinin 20 Kasım 2020 tarihinde Azerbaycan'a devredileceği ifade edilmektedir.¹⁵⁹ Belirtilen tarihte Ateşkes Andlaşması'na uygun bir şekilde Azerbaycan güçleri Ağdam'a girmiş ve Ağdam'ı Ermenistan'dan geri almıştır.¹⁶⁰ Ateşkes Andlaşması'nın 6. maddesine göre ise Kelbecer şehrinin 15 Kasım 2020 tarihinde Azerbaycan'a devredilmesi kararlaştırılmıştır.¹⁶¹ Bölgede hava koşullarının kötüleşmesi ve ulaşım yolunun yetersizliği gibi bazı nedenlerden ötürü Ermenistan'ın şehri boşaltarak Azerbaycan'a terk etmesi noktasında zorlanacağı görülmüş ve bunun üzerine Ermenistan'ın talebi üzerine on günlük bir ek süre tanınmıştır. Bu sürenin sonunda, 25 Kasım 2020 tarihinde Azerbaycan güçleri Kelbecer'i Ermenistan'dan geri almıştır.¹⁶² Bir diğer durum ise yine 6. madde kapsamında Laçın şehri için

¹⁵⁶ 2 Şubat 2021 tarihinde Azerbaycan Devlet Sınır Hizmeti Birimi saat 05.00 civarında işgal altındaki Gazah kentinde konuşlanmış olan Ermenistan ordusu birliklerinin yirmi kez ateş açarak sınırın Azerbaycan tarafındaki Azerbaycan askerlerini hedef aldığını açıklamıştır. Bkz, Dövlət Sərhəd Xidmətinin Mətbuat Mərkəzinin Məlumatı (02.02.2021) <<http://www.dsx.gov.az/xeber/1041>> Erişim Tarihi 16 Nisan 2021.

¹⁵⁷ Uzun yıllardır kara mayınları yüzünden çok sayıda askeri ve sivil zayıt veren Azerbaycan bu duruma sert tepki göstermiştir. Bkz, Information of the Press Service Department of the Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Azerbaijan on the next provocation of the armed forces of Armenia along the border in the direction of the Kalbajar region No:191/21 <<https://mfa.gov.az/en/news/7370/view>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2021; Bu süreçte farklı zamanlarda Kelbecer'de sınır hattını aşarak Azerbaycan topraklarına girmeye çalışan Ermenistan askerleri geri püskürtülmüştür, Information of the Ministry of Defense and the State Border Service <<https://mod.gov.az/en/news/information-of-the-ministry-of-defense-and-the-state-border-service-36166.html>> Erişim Tarihi 22 Haziran 2021.

¹⁵⁸ Dağlık Karabağ Bölgesi'nin uzağında kalan Nahçıvan'da yaşanacak muhtemel bir çatışma süreci 9 Kasım 2020 tarihli Ateşkes Andlaşması'nın geleceğini etkileyebilecek bir öneme sahiptir. Bkz, Information of the Press Service Department of the Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Azerbaijan No:194/21 <<https://mfa.gov.az/en/news/7373/view>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2021; Ermenistan ordusu ilerleyen süreçte Kelbecer'de de sınır hattında ateş açmaya devam etmiştir, Armenian armed forces subjected to fire the positions of the Azerbaijan Army in the Kalbajar direction <<https://mod.gov.az/en/news/armenian-armed-forces-subjected-to-fire-the-positions-of-the-azerbaijan-army-in-the-kalbajar-direction-36298.html>> Erişim Tarihi 22 Haziran 2021.

¹⁵⁹ 9 Kasım 2020 Tarihli Ateşkes Andlaşması (n 125) m 2.

¹⁶⁰ Azerbaycan ordusunun belirtilen tarihte Ağdam şehrine girmesiyle ilgili Azerbaycan Savunma Bakanlığının açıklaması için bkz, <<https://mod.gov.az/en/news/azerbaijan-army-hoisted-the-azerbaijani-flag-in-aghdam-video-33863.html>> Erişim Tarihi 16 Nisan 2021; Ermenistan uzun yıllar boyunca işgal ettiği topraklarda yalnızca kendi vatandaşlarını iskan etmemiş, bazı yerleşim yerlerinin altyapılarını, kültürel ve dini eserlerini kullanılamaz bir duruma getirerek ciddi hasarlar vermiştir. Ağdam da buna maruz kalan şehirler arasındadır. Bu konuda bkz, Letter dated 18 December 2020 from the Permanent Representative of Azerbaijan to the United Nations addressed to the Secretary-General <<https://undocs.org/en/A/75/660>> Erişim Tarihi 19 Nisan 2021.

¹⁶¹ 9 Kasım 2020 Tarihli Ateşkes Andlaşması (n 125) m 6.

¹⁶² Azerbaycan ordusunun Kelbecer şehrine girmesiyle ilgili Azerbaycan Savunma Bakanlığının açıklaması için bkz, <<https://mod.gov.az/en/news/the-first-footage-of-the-liberated-from-occupation-kalbajar-region-video-33882.html>> Erişim Tarihi 16 Nisan 2021.

öngörülmüştür.¹⁶³ Ermenistan burada da üzerindeki yükümlülüğü yerine getirmiş ve 1 Aralık 2020 tarihinde Laçın şehrini Azerbaycan'a iade etmiştir.¹⁶⁴ Dağlık Karabağ bölgesindeki bir başka şehir olan Şuşa ise Ateşkes Andlaşması'nda açıkça belirtilmemiş olsa da Andlaşma'nın 1. maddesinde düzenlenen ve tarafların ateşkes sürecinin başlaması ile birlikte mevcut pozisyonlarında kalacakları hükmü uyarınca Azerbaycan'a ait olarak kabul edilmiştir.

C. Rusya Barış Gücünün Askeri Niteliği, Kapasitesi, Görev Süresi ve Yetkileri

Ateşkes Andlaşması'yla beraber taraflar 3, 4 ve 6. maddeler itibariyle Dağlık Karabağ temas hattı ve Laçın Koridoru boyunca Rusya Barış Gücü askerlerinin konuşlandırılmasını kararlaştırmışlardır.¹⁶⁵ Ateşkes Andlaşması'nın 3. maddesi uyarınca bu bölgelerde konuşlanacak olan Rusya Barış Gücü'nün bünyesinde hafif silahlı 1960 asker, 90 zırhlı personel taşıyıcı ile 380 otomobil ve özel araçtan müteşekkil olacağı kabul edilmiştir.¹⁶⁶ Azerbaycan ile Ermenistan arasında daha önce oluşturulmaya çalışılan ateşkes rejimlerinin kısa süre içerisinde ihlallere konu olması nedeniyle Rusya Barış Gücü'nün bir tampon unsur olma amacıyla hızlı bir şekilde hareket ettiği anlaşılmakta ve mevcut ateşkes süreci başlar başlamaz belirli sayıda askeri hızlı bir şekilde bölgeye intikal ettirdiği görülmektedir.¹⁶⁷ Gerçekten de bugüne kadar ateşkes rejiminin sürmeye devam ediyor olmasında bu tampon gücün varlığı önemli bir unsur olarak kabul edilmektedir.

Ateşkes Andlaşması'nın 4. maddesine göre ise Rusya Barış Gücü, Ermenistan Silahlı Kuvvetlerinin daha önce işgal etmiş oldukları bölgelerden çekilmesi ile birlikte bu yerlere konuşlanacaktır.¹⁶⁸ Bu madde ayrıca çatışma bölgesindeki Ermenistan Silahlı Kuvvetleri'nin mevcut pozisyonlarında daha fazla kalamayacaklarını da düzenlemektedir. Bununla birlikte sahadaki fiili durum bu hükmün ne kadar uygulanmakta olduğu hususunda şüphe doğurmaktadır. Şöyle ki Ateşkes Andlaşması'nın imzalanmasından bugüne kadar olan süreçte Dağlık Karabağ

¹⁶³ 9 Kasım 2020 Tarihli Ateşkes Andlaşması (n 125) m 6.

¹⁶⁴ Azerbaycan ordusunun Laçın şehrine girmesiyle ilgili Azerbaycan Savunma Bakanlığının açıklaması için bkz, <<https://mod.gov.az/en/news/units-of-the-azerbaijan-army-entered-the-lachin-region-video-33924.html>> Erişim Tarihi 16 Nisan 2021.

¹⁶⁵ BM ile birlikte geniş uygulama alanı bulan barış gücü misyonları taraflar arasında çatışmadan ziyade siyasi çözüm mekanizmalarının işletilebilmesi için geliştirilen bir yoldur. Bu misyonlar 20. yüzyılın sonlarına doğru birçok açıdan değişim yaşamış ve sadece cephede ateşkes sürecini kontrol eden askeri unsurlar olarak kabul edilmeyerek aynı zamanda buldukları bölgelerde insani yardım faaliyetleri başta olmak üzere birçok meselede görev icra etmeye başlamışlardır. Detaylı bilgi için bkz, Handbook on United Nations Multidimensional Peacekeeping Operations <https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/peacekeeping-handbook_un_dec2003_0.pdf> Erişim Tarihi 10 Nisan 2021; Jacob Bercovitch ve Richard Jackson, "Chapter Six: Peacekeeping" iç *Conflict Resolution in the Twenty-First Century: Principles, Methods, and Approaches* (University of Michigan Press 2009); Noelle Quenivet, "Human Rights Law and Peacekeeping Operations" iç Marco Odello ve Ryszard Piotrowicz (edr), *International Military Missions and International Law*, (Martinus NP, 2011).

¹⁶⁶ 9 Kasım 2020 Tarihli Ateşkes Andlaşması (n 125) m 3.

¹⁶⁷ Rusya Barış Gücü askerleri Ateşkes Andlaşması'nın imzalanmasından saatler sonra Dağlık Karabağ'a konuşlanmaya başlamıştır, Information Bulletin of the Ministry of Defence of the Russian Federation on the deployment of the Russian peacekeeping forces in the Nagorno-Karabakh conflict zone (November 12, 2020) <http://eng.mil.ru/en/russian_peacekeeping_forces/bulletins/more.htm?id=12324311@egNews> Erişim Tarihi 16 Nisan 2021.

¹⁶⁸ 9 Kasım 2020 Tarihli Ateşkes Andlaşması (n 125) m 4.

topraklarında Ermeni askeri birliklerinin varlığını sürdürüyor olması hem bu maddenin ihlalini gündeme getirmekte hem de ateşkes rejiminin geleceği ile ilgili endişelere neden olmaktadır.¹⁶⁹ Ateşkes Andlaşması'nın 4. maddesinde Rusya Barış Gücü'nün görev süresi de düzenlenmiştir. Buna göre görev süresi beş yıl olarak belirlenmiş ve ayrıca süre bitiminden altı ay önce taraflardan birinin mevcut barış gücü misyonunun devamını engelleyici bir beyanda bulunmaması durumunda bu sürenin periyodik olarak beşer yıllık dönemler halinde devam edeceği hüküm altına alınmıştır.¹⁷⁰ Bu dönemler dahilinde sürelerin kendiliğinden uzayacağı kararlaştırılmış olduğu için bu hususla ilgili tarafların yeni bir andlaşma yapmak suretiyle karar almalarına gerek bulunmamaktadır. Bununla birlikte Rusya Barış Gücü'nün bölgeden çekilmesi meselesi Ateşkes Andlaşması'nda kararlaştırılmamıştır. Bu durum ateşkes sürecinin devamının sağlanması amacıyla beraber değerlendirildiğinde isabetli bir tercih olarak kabul edilmektedir fakat yine de bazı durumlarda neler yaşanacağını belirlemekte fayda bulunmaktadır. Öncelikle belirtmeliyiz ki Rusya 3 ve 4. maddeler gereği Ateşkes Andlaşması ile beraber Barış Gücü konuşlandırma hak ve yükümlülüğü altına girmiştir. Rusya herhangi bir zaman içerisinde bu askerlerini bölgeden çeker ve yerlerine yeni askerler konuşlandırmazsa bu yükümlülüğünü ihmal etmiş sayılacak ve Ateşkes Andlaşması çerçevesinde sorumluluğu doğacaktır. Bunun yanı sıra ateşkes sürecinin ileride akamete uğraması durumunda Rusya Barış Gücü'nün görevinin devamı sorunu önemli bir problem teşkil etmektedir zira Ateşkes Andlaşması buna uygun bir düzenleme ihtiva etmemektedir. Ateşkes andlaşmalarının tarafların arasındaki çatışmaları durdurduğu ve Barış Güçlerinin ise bu çatışmazlık ortamını denetleme, koruma ve ileride siyasi müzakerelere yardımcı olma görevi olduğunu düşündüğümüzde Azerbaycan ile Ermenistan arasında yeniden sıcak çatışmaların başlaması durumunda Rusya Barış Gücü unsurlarının bu çatışmalarda herhangi bir tarafı desteklemeyerek mevcut pozisyonlarında kalması veya bölgeden çekilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. İlerleyen yıllarda Dağlık Karabağ sorununun çözülmesi durumunda ise Rusya Barış Gücü misyonunun bölgeyi terk etmesi beklenebilecektir.¹⁷¹

¹⁶⁹ Ateşkes Andlaşması'nın imzalanmasından sonra da Ermenistan askerlerinin Dağlık Karabağ Bölgesine geçmeye devam ettikleri görülmüştür. Information of the Press Service Department of the Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Azerbaijan on the cases of sending Armenian armed forces to the territories of Azerbaijan No:072/21 < <https://mfa.gov.az/en/news/7226/view>> Erişim Tarihi 16 Nisan 2021.

¹⁷⁰ 9 Kasım 2020 Tarihli Ateşkes Andlaşması (n 125) m 4.

¹⁷¹ Üç devlet arasındaki güç dengesini göz önüne aldığımızda barış gücü misyonunun devamı hususunda Rusya'nın kararının önemli olacağı görülmektedir. Özellikle Ermenistan askerlerinin Dağlık Karabağ Bölgesinden çekilmesi ile birlikte Azerbaycan'ın ilerleyen yıllarda Rusya Barış Gücü'nün de çekilmesi yönündeki yaklaşımlarının Rusya tarafından olumlu karşılanmayacağı öngörülebilmektedir. Ateşkes Andlaşması'nın yürürlüğe girmesinin hemen akabinde Rusya'nın bölgeye hızlı bir şekilde askeri sevkiyat yaptığı düşünüldüğünde burada kalıcı olma niyetinin varlığı da hissedilmektedir. Ayrıca Rusya Barış Gücü bugün geldiğimiz noktada Dağlık Karabağ'da yalnızca askeri alanda değil tüm hayat sahalarında önemli misyonları gerçekleştirmeye devam etmektedir. Şöyle ki bugün hem mayın ve bomba temizleme faaliyetlerini gerçekleştirmede hem de insanların bölgeye dönüşünü organize etmektedir. Bununla birlikte bölgenin tarihi ve kültürel hafızasında önemli yer kaplayan anma programlarını organize etmekte ve Ermeni hacıların Dadıvank Manastırını gibi Azerbaycan idaresine geçen bölgelerdeki dini mekanları ziyaretlerini sürdürmelerini sağlamaya çalışmaktadır. Bu açıdan bakıldığında Rusya Barış Gücü'nün yalnızca ateşkesi kontrol etmeye çalışan geçici bir güç değil, hatta belki de bölgede her anlamda varlık göstermeye çalışan daimi bir unsur olarak yer almaya çalıştığı göze çarpmaktadır. Rusya Barış Gücü'nün Dağlık Karabağ'da gerçekleştirdiği faaliyetler için bkz, Bulletin of Ministry of Defence of the Russian Federation on the activities of the Russian contingent of peacekeeping forces in the Nagorno-Karabakh conflict zone (February 17, 2021) <http://eng.mil.ru/en/russian_peacekeeping_forces/bulletins/more.htm?id=12344625@egNews> Erişim Tarihi 16 Nisan 2021.

D. Laçın Koridoru ve Rusya Barış Gücü

9 Kasım 2020 tarihli Ateşkes Andlaşması'nın 6. maddesi Şuşa şehrini etkilemeden Dağlık Karabağ ile Ermenistan arasındaki bağlantıyı sağlayacak beş kilometre genişliğinde bir Laçın Koridorunun Rusya Barış Gücü kontrolünde kalacağını hüküm altına almaktadır. Bununla birlikte tarafların ileride mutabakatı ile bu yönde yeni bir Laçın Koridoru güzergahı belirlenerek üç yıl içerisinde inşaat planlarının oluşturulacağı ifade edilmiştir. İnşa edilecek olan bu güzergâh Rusya Barış Gücü kontrolü altında olacaktır. Azerbaycan Laçın koridoru boyunca insanların, araçların ve kargoların çift taraflı seyahat güvenliklerini de garanti edecektir.¹⁷² Laçın Koridoru Ermenistan ve Dağlık Karabağ arasında askeri ve sivil ikmal yönünden çok stratejik bir öneme sahiptir. Ateşkes Andlaşması'nın savaşı tamamen bitirmediği, yalnızca söz konusu çatışmaları durdurduğu bilinmektedir. Dolayısıyla, böyle kırılğan bir atmosferde bu Koridor'un özellikle askeri sevkiyat amacıyla kullanılması ihtimali ateşkes sürecinin geleceği için risk oluşturabilecektir.¹⁷³ Ateşkes Andlaşması Laçın Koridoru üzerinden geçecek insanların, araçların ve kargoların niteliğini detaylı bir şekilde belirlememektedir fakat bu maddeler yorumlandığında burada Ermenistan askerlerinin, askeri araçlarının ve askeri kargolarının geçiş kapsamı içerisinde olmadığı anlaşılmaktadır. Bu yüzden Laçın Koridoru'nu kontrol altında tutan Rusya Barış Gücü askerleri bu tür geçişlere müsaade etmemeli ve Ateşkes Andlaşması'ndan doğan yükümlülüğü gereği mevcut çatışmasızlık ortamını sürdürmeye devam etmelidir.¹⁷⁴

Ateşkes Andlaşması, Laçın Koridoru üzerinde görev yapacak Rusya Barış Gücü ile ilgili detaylı bilgiler ihtiva etmemektedir. Bununla birlikte alternatif Koridorun belirlenen sürelerde veya hiçbir zaman inşa edilememesi durumunda Rusya Barış Gücü'nün mevcut Laçın Koridoru'nda ne kadar süre kalacağı hususu da Ateşkes Andlaşması'nda belirlenmemiştir. Bu durum Ateşkes Andlaşması'nın sonrasında gerçekleştirilecek mutabakatlarda hüküm altına alınmalıdır, aksi takdirde Rusya Barış Gücü'nün çok uzun süre bu güzergahta konuşlanmaya devam edeceği görülmektedir.

E. Azerbaycan ile Nahçıvan Arasında İnşa Edilecek Ulaşım Bağlantıları, Niteliği ve Rus Askerinin Durumu

9 Kasım 2020 tarihli Ateşkes Andlaşması 6. maddesinde Ermenistan ile Dağlık Karabağ arasında Laçın Koridoru vasıtasıyla bir bağlantı kurulmasının yanı sıra 9.

¹⁷² 9 Kasım 2020 Tarihli Ateşkes Andlaşması (n 125) m 6.

¹⁷³ Laçın Koridoru Ermenistan ordusunun yanı sıra sözde tanınmayan Dağlık Karabağ Yönetiminin de askeri güçlerini ikmal edebileceği bir güzergah olması açısından önem taşımaktadır. Rusya Barış Gücü komutanının bölgeye geldikten sonra bu sözde yapının sözde Devlet Başkanı ile görüşmesi ateşkes sürecinin geleceği açısından tehlike teşkil edebilecektir. İlgili görüşme ile alakalı bilgilendirme için bkz, <https://twitter.com/Pres_Artsakh/status/1327648043454386179> Erişim Tarihi 16 Nisan 2021.

¹⁷⁴ Ateşkes andlaşmasını ihlale ne den olabilecek bir şekilde Ermenistan askerlerinin Laçın Koridoru üzerinden gizlice Dağlık Karabağ'a sevk edildiği tespit edilmektedir, bkz, Information of the Press Service Department of the Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Azerbaijan on the cases of sending Armenian armed forces to the territories of Azerbaijan No:072/21 <<https://mfa.gov.az/en/news/7226/view>> Erişim Tarihi 16 Nisan 2021.

maddesi itibarıyla de Nahçıvan Özerk Cumhuriyeti ile Azerbaycan'ın batı bölgeleri arasında bir bağlantı kurulması düzenlenmektedir. Dolayısıyla, bu güzergahta yeni ulaşım yollarının inşa edilmesi kararlaştırılmıştır. Bölgedeki tüm ekonomi ve ulaşım yolları üzerindeki engellemeler kaldırılırken Ermenistan insanların, araçların ve kargoların çift taraflı seyahat güvenliklerini de garanti edecektir.¹⁷⁵ Bilindiği üzere İkinci Dağlık Karabağ Savaşı, Dağlık Karabağ cephe hattında gerçekleşmiştir. Dolayısıyla, çatışmaların yaşanmadığı ve Ermenistan'a ait olan Zengezur bölgesinden geçmesi planlanan bu tür ulaşım yolları Azerbaycan'ın Ateşkes Andlaşması'yla elde ettiği ciddi bir kazanım olarak görülmektedir. Bu sayede Azerbaycan kendisine ait olan Nahçıvan Özerk Cumhuriyeti'ne doğrudan ulaşım imkânı elde etmiştir.¹⁷⁶ Ateşkes Andlaşması'nın 9. maddesi ayrıca inşa edilecek olan bu ulaşım yollarının güvenliğinin Rusya Federal Güvenlik Servisinin Sınır Birimi tarafından sağlanacağını belirtmektedir.¹⁷⁷

F. 5. Madde Kapsamında Ortaya Konulan Ateşkes Kontrol Merkezinin Niteliği

Ateşkes Andlaşması'nın 5. maddesine göre çatışan tarafların mutabakatlara uyumunu izlemek maksadıyla ateşkes kontrol merkezi kurulması kararlaştırılmıştır.¹⁷⁸ Kontrol merkezinin nerede ve nasıl oluşturulacağı ile ilgili bilgiler bulunmamakta ve daha sonra yapılacak olan mutabakatlar yoluyla kararlaştırılacağı anlaşılmaktadır. Ateşkes süreci başladıktan hemen sonra Rusya ve Türkiye Savunma Bakanları arasında mutabakata varılmış ve 1 Aralık 2020 tarihinde Türk-Rus Ortak Merkezi'nin kuruluş ve görev esaslarına ilişkin teknik detayları içeren mutabakat zaptı imzalanmıştır, bu durum Türkiye'nin de Rusya ile beraber ateşkes gözlem noktasında görev almasını beraberinde getirmiştir.¹⁷⁹ Bu ortak gözlem merkezi 30 Ocak'ta Ağdam'da resmi olarak faaliyetlerine başlamıştır. 60'ar Türk ve Rus askerinin görev aldığı gözlem merkezi 7/24 İHA'lar aracılığıyla sahada gözlemler gerçekleştirmekte ve ateşkes sürecinin devamı ile ilgili incelemeler yapmaktadır.¹⁸⁰ Mevcut durumda yalnızca bir adet ortak gözlem noktası vardır fakat ilerleyen aylarda Azerbaycan ile Ermenistan arasındaki gerilimin seyrine göre bu gözlem merkezlerinin sayısının artırılması kararlaştırılabilecektir.

¹⁷⁵ 9 Kasım 2020 Tarihli Ateşkes Andlaşması (n 125) m 9.

¹⁷⁶ Bu ulaşım yolu bir koridor olarak düşünüldüğünde Türkiye, Nahçıvan ve Azerbaycan arasında kesintisiz bir bağlantı sağlayacağı açıktır. Azerbaycan Devlet Başkanı Aliyev de 31 Aralık 2020 tarihinde Türkiye Savunma Bakanı Hulusi Akar ile yapmış olduğu görüşmede bunu ifade etmiş ve özellikle demiryolu vasıtasıyla bu koridorun tesis edileceğini belirtmiştir. Bu görüşme için bkz, İlham Aliyev received delegation led by Turkish Minister of National Defense (31.12.2020) <<https://en.president.az/articles/49799>> Erişim Tarihi 16 Nisan 2021.

¹⁷⁷ 9 Kasım 2020 Tarihli Ateşkes Andlaşması (n 125) m 9.

¹⁷⁸ 9 Kasım 2020 Tarihli Ateşkes Andlaşması (n 125) m 5.

¹⁷⁹ Bilgi için bkz, <<https://www.msb.gov.tr/SlaytHaber/1122020-35285>> Erişim Tarihi 16 Nisan 2021.

¹⁸⁰ Türkiye-Rusya Ortak Merkezi faaliyetlerine başlamıştır, detaylı bilgi için bkz, <<https://www.msb.gov.tr/SlaytHaber/3012021-61746>> Erişim Tarihi 16 Nisan 2021.

G. 7. Madde Hükmüyle Beraber Yerinden Edilmiş Kişilerin Durumu ve Geri Dönüşleri

Ateşkes Andlaşması'nın 7. maddesi yerinden edilmiş kişiler ve mültecilerin Dağlık Karabağ topraklarına ve çevredeki yerleşim yerlerine Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin kontrolü altında geri dönebileceğini düzenlemektedir.¹⁸¹ Bu madde ile birlikte son çatışmalarda Ermenistan'a kaçan Dağlık Karabağlıların geri dönüşlerinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Buna uygun olarak Rusya Barış Gücü görevine başladığı tarihten itibaren 52 binin üzerinde insanı güvenli bir şekilde Dağlık Karabağ'a geri getirmiştir.¹⁸²

H. 8. Madde Uyarınca İki Ülke Arasında Esir, Rehine ve Diğer Tutuklu Kişilerin Değişimi

Ateşkes Andlaşması'nın 8. maddesi ile savaş esirlerinin, rehinelere ve diğer tutuklu kişilerin ve ayrıca cesetlerin karşılıklı değişiminin yapılacağı kararlaştırılmıştır.¹⁸³ Buna uygun olarak Andlaşma'nın hemen akabinde Rusya Barış Gücü'nün gözetiminde esir değişimleri yapılmaya başlanmıştır.¹⁸⁴ Azerbaycan'ın İkinci Dağlık Karabağ Savaşı boyunca Ermenistan'a karşı cephede askeri üstünlük sağlamış olması 8. madde kapsamında ortaya konulan değişimlere de etki etmiştir. Şöyle ki Azerbaycan'da gözaltında tutulan 15 Ermenistan vatandaşı Ermenistan'ın işgal yıllarında Ağdam şehrine döşediği 97 bin anti tank ve anti personel mayın haritalarına karşılık olarak Ermenistan'a iade edilmiştir.¹⁸⁵ Bunun yanı sıra İkinci Dağlık Karabağ Savaşı devam ederken bazı Ermenistan vatandaşlarının Dağlık Karabağ topraklarında Azerbaycan ordusu tarafından yakalandığı görülmüştür. Bu kişilerden ikisi hakkında Azerbaycan yargı mercileri Birinci Dağlık Karabağ Savaşı sürecinde işlemiş oldukları iddia edilen suçlardan ötürü soruşturma başlatmıştır. Azerbaycan bu ve benzeri durumlarda yargılamalara devam edeceğini belirtmektedir.¹⁸⁶

¹⁸¹ 9 Kasım 2020 Tarihli Ateşkes Andlaşması (n 125) m 7.

¹⁸² Detaylı bilgi için bkz, Bulletin of Ministry of Defence of the Russian Federation on the activities of the Russian contingent of peacekeeping forces in the Nagorno-Karabakh conflict zone (February 17, 2021) <http://eng.mil.ru/en/russian_peacekeeping_forces/bulletins/more.htm?id=12344625@egNews> Erişim Tarihi 16 Nisan 2021.

¹⁸³ 9 Kasım 2020 Tarihli Ateşkes Andlaşması (n 125) m 8.

¹⁸⁴ Bu sürecin başında az sayıda esir değişikliği yapıldığı görülmektedir, Bulletin of Ministry of Defence of the Russian Federation on the deployment of the Russian peacekeeping forces in the Nagorno-Karabakh conflict zone (December 28, 2020) <https://eng.mil.ru/en/news_page/country/more.htm?id=12332342@egNews> Erişim Tarihi 22 Haziran 2021; Rusya Hava Kuvvetlerine ait uçaklar Bakü ile Erivan arasında uçurular yaparak esirleri teslim etmiştir, Statement by the Commander of the Russian peacekeeping contingent, Lieutenant General Rustam Muradov <https://eng.mil.ru/en/news_page/country/more.htm?id=12343228@egNews> Erişim Tarihi 22 Haziran 2021.

¹⁸⁵ Information of the Press Service Department of the Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Azerbaijan No:217/21 <<https://mfa.gov.az/en/news/7396/view>> Erişim Tarihi 22 Haziran 2021; Şu ana kadar her iki tarafın da 8. madde çerçevesinde sayılan kişilere karşı kötü muamale gerçekleştirdiği kayıt altına alınmamıştır. Savaş esirlerine insanca davranılması gerekmektedir ve bunlar üzerinde herhangi bir misillemede bulunulması uluslararası insancıl hukuk hükümleri uyarınca yasaklanmıştır, III. Cenevre Sözleşmesi m 13.

¹⁸⁶ Ludvik Mkrtyan ve Alyoşa Hosrovyan isimli Ermenistan vatandaşları bu duruma örnek teşkil etmektedir, Head of the Press Service Department of the MFA of the Republic of Azerbaijan answers the question of the media about the ECHR decision on rejecting Armenia's request to immediately release eleven Armenian nationals currently detained in Azerbaijan No:215/21 <<https://mfa.gov.az/en/news/7394/view>> Erişim Tarihi 22 Haziran 2021.

I. Dağlık Karabağ'ın Statüsü

Azerbaycan ve Ermenistan Dağlık Karabağ'da egemenliklerini tesis etmek için mücadele etmekte ve her yeni çatışma evresinde kontrol altında tuttıkları alanları genişletme çabasına girmektedir. Bu minvalde verilen mücadele uluslararası hukuka göre Azerbaycan'a ait olan topraklarda gerçekleşmektedir. Dolayısıyla, süregelen sorunun odağını Azerbaycan'a ait olarak tanınan Dağlık Karabağ toprakları oluşturmasına rağmen imzalanan ateşkes metninde Dağlık Karabağ'ın statüsüne dair hiçbir hüküm bulunmamaktadır. Bölgede sözde bir devlet yapılanmasının bulunması gibi etkenler statü meselesinin bir an önce halledilmesi gereken bir sorun olmasını da beraberinde getirmektedir.

Bununla birlikte, 27 Eylül'de başlayan İkinci Dağlık Karabağ Savaşı'nın akabinde 9 Kasım 2020 tarihinde imzalanan Ateşkes Andlaşması ile beraber Azerbaycan işgal altındaki topraklarını kurtarmıştır. Henüz askeri açıdan tamamına konuşlanamadığı Dağlık Karabağ'ın bazı kentlerini işgalden geri kurtarmış diğer kentlerinde ise en azından Ermenistan Silahlı Kuvvetleri'nin çıkmasını sağlamıştır. Dolayısıyla bugün geldiğimiz süreçte Dağlık Karabağ'ın statüsü hususunda pazarlık unsuru olarak kullanılan bölgeler Azerbaycan ordusunun zaferi ile geri kazanılmıştır. Dolayısıyla artık görüşmelerde bu topraklarının pazarlıklarda kullanılmasıyla gündeme gelen geçmiş ilkelerin veya tekliflerin bir anlamı kalmamıştır. Azerbaycan Cumhurbaşkanı Aliyev'in Ateşkes Andlaşması imzalandıktan sonra halka hitap ederken kullandığı cümleler de bize bu hususta yardımcı olmaktadır.¹⁸⁷ Görünüşe göre Azerbaycan Ateşkes Andlaşması sürecinde Dağlık Karabağ'ın statüsünü tartışmaya açmamıştır. Burada Azerbaycan'ın sahada ezici bir zaferle elde ettiği yeni statükonun izlerini görmek mümkündür. Fakat sorunun tamamen ortadan kaldırılabilmesi için taraflar arasında ileride yapılacak olan görüşmelerde Dağlık Karabağ'ın nihai statüsü de kararlaştırılmalıdır.

Sonuç

Dağlık Karabağ sorunu, SSCB'nin yıkılmasıyla ortaya çıkan en kalıcı ve çetrefilli uluslararası sorunlardan biridir. Geçmişte birçok silahlı çatışmaya, katliamlara ve yıkımlara sebep olan bu sorunun son raundu 2020 yılında yaşanan İkinci Dağlık Karabağ Savaşı ile yaşanmıştır. Dağlık Karabağ'da on yıllardır süre gelen siyasi ve hukuki statüko, 2020 yılının son çeyreğine girilirken başlayan ve 44 gün süren İkinci Dağlık Karabağ Savaşı'nın sonunda tamamen değişmiştir. Maruz kaldığı saldırılara karşı meşru müdafaa hakkını kullanan Azerbaycan, bu savaşta Ermenistan'a karşı askeri olarak üstünlük sağlamış ve geçmişte kendi haklarını tanyan birçok BMGK

¹⁸⁷ Azerbaycan Cumhurbaşkanı Aliyev'in "Statüyle ilgili bir kelime de yoktur, Paşinyan. Ne oldu Paşinyan! Yol çekiyordun Cebrail'e. Ne oldu hani statü? Cehenneme gitti statü, ateşe gitti statü, gorbagor oldu statü, yoktur statü, yoktur statü ve olmayacaktır," açıklaması için bkz, İlham Aliyev addressed the nation (2020) <<https://en.president.az/articles/45924>> Erişim Tarihi 19 Nisan 2021.

kararına rağmen Ermenistan'ın fiili işgali altında kalmaya devam eden topraklarını yeniden kontrolü altına almıştır. Bu sebeple, 9 Kasım 2020'de imzalanan Ateşkes Andlaşması, Azerbaycan'ın ateşkes masasına daha önce hiç olmadığı kadar güçlü bir şekilde oturduğu koşullarda gerçekleşmiş ve önemli yenilikler getiren hükümler ortaya koymuştur.

Son Ateşkes Andlaşması ile birlikte Azerbaycan'ın Ermenistan işgali altındaki topraklarının önemli bir kısmını geri alması kabullenilmiştir. Azerbaycan'ın on yıllardır kara bağlantısını sağlayamadığı Nahçıvan ile arasında bir koridor kurulmasının zemini hazırlanmıştır. Ayrıca, Dağlık Karabağ'a Rusya'nın öncülüğünde uluslararası bir barış gücünün konuşlandırılması hükmü de Türkiye'nin Dağlık Karabağ'daki yeni statükoda yer alması hususu başta olmak üzere birçok açıdan kayda değerdir. Zira İkinci Dağlık Karabağ Savaşı'nda Türkiye'nin oynadığı önemli role rağmen, şu an barış gücünün kompozisyonu yalnızca Rus askerlerinden oluşmaktadır ve bu durumun ileride değişikliğe uğrayıp uğramayacağı belirsizliğini korumaktadır. Ateşkes Andlaşması uyarınca, sadece Ağdam'da kurulan Türk-Rus Ortak Gözlem Merkezi ile Türkiye sahada varlık göstermeye başlayacaktır. Şüphesiz ki Türkiye'nin sahada daha fazla varlık göstermesi ve mümkünse barış gücü içerisinde yer alması Güney Kafkasya'da kalıcı bir barışın oluşmasına hizmet edecektir. Bu durum ileride Azerbaycan ve Ermenistan arasında başlayacak çıkması muhtemel bir yeni çatışma ikliminde daha büyük önem arz edecektir. Buna uygun olarak 15 Haziran 2021 tarihinde Şuşa şehrinde Türkiye ile Azerbaycan Cumhurbaşkanı tarafından imzalanmış olan Türkiye Cumhuriyeti ile Azerbaycan Cumhuriyeti Arasında Müttefiklik İlişkileri Hakkında Şuşa Beyannamesi dikkate değerdir. İki ülke arasında askeri işbirliği de dahil olmak üzere her türlü işbirliğini üst seviyelere taşıyan bu belge Azerbaycan'ın mevcut statükoyu lehine olacak bir şekilde koruması açısından ciddi bir destek sunmaktadır.

Öte yandan, söz konusu Ateşkes Andlaşması'nın içeriğinde Dağlık Karabağ'ın statüsü sorunu başta olmak üzere, olası bir kalıcı barışın sağlanması yolunda kritik önemi haiz bazı sorunlara yönelik hiçbir hüküm yoktur. Bu durum bir yandan genel olarak Dağlık Karabağ sorununun taraflar arasında daha kapsamlı bir barış andlaşması ile çözülmesi planının masada olduğunu düşündürürken, diğer yandan çözümsüz kalan sorunlar sebebiyle çatışmaların tekrar başlaması endişesini beraberinde getirmektedir.

Üçüncü bir savaş ile doğacak bir yıkım elbette arzu edilen bir sonuç olmayacaktır. Bu sebeple, tarafların ve soruna müdahil olan Türkiye gibi diğer devletlerin uluslararası hukukun sağlayabileceği çözüm zemininden azami ölçüde yararlanması büyük önem arz etmektedir. Bu çözümler bağlamında, Dağlık Karabağ'da ortaya konulan yeni statükonun bir yansıması olarak burada yaşayan Ermeni kökenli kişilerin

Azerbaycan'a olan aidiyetlerinin tesisi için adımlar atılması suretiyle bu kişilerin vatandaşlık bağının kurulması yönünde hukuki mevzuatlar oluşturulması, Dağlık Karabağ işgale uğradığında buradan göç etmek zorunda kalan Azerbaycan Türklerinin geri dönüşlerinin sağlanması, Ermenistan ve Azerbaycan arasındaki sınır hatlarının görüşmeler yoluyla nihai bir şekilde belirlenmesi, iki ülke arasında diplomasi ve ekonomi alanında geniş işbirliği modellerinin oluşturulması ve bölgeden geçen enerji koridorlarının iki devlet arasındaki karşılıklı bağımlılık seviyesi yükseltileceği şekilde tasarlanması önemli adımlar olacaktır. Atılacak adımlarla, olası bir savaşın her iki taraf açısından da çok yüksek maliyetlere neden olacağı bir statükonun yaratılması durumunda barış ortamının yaratılması da kaçınılmaz bir zaruret hâle gelecektir. Türkiye'nin İran ve Gürcistan'ı da sürece dahil ederek Türkiye, Azerbaycan, Ermenistan, Rusya, İran ve Gürcistan arasında "Altılı Platform" oluşturulması teklifi bölge ülkeleri arasında işbirliği zeminini güçlendirecektir. Bu girişimler Güney Kafkasya'da bir normalleşme ortamının oluşmasına katkı sağlayabileceği gibi aynı zamanda yeniden bir "dondurulmuş ihtilafın" oluşmasına mani olacak ve kalıcı bir barış sürecinin doğmasına yardım edecektir. Bu sırada, elbette, Ermenistan'ın gerçekleştirdiği uluslararası insancıl hukuk ve insan hakları ihlallerine ilişkin Ermenistan ve sorumlu yetkilileri aleyhinde hukuki yollardan feragat edilmemelidir. Sadece bu yollar Ermenistan'ı daha da içine kapatacak şekilde baskı unsuru olarak kullanılmamalı ve yalnızca sorumluların cezalandırılması ve adaletin yerini bulması için tercih edilmelidir.

Sonuç olarak, Dağlık-Karabağ'da İkinci Dağlık Karabağ Savaşı ve onu takip eden Ateşkes Andlaşması ile ortaya çıkan yeni statüko çerçevesinde çok önemli bazı değişiklikler mevcutken, bazı kritik sorunlar çözümsüz bırakılmıştır. Ancak sorunun taraflarının yanı sıra yeni statükoda önemli roller oynayan diğer devletler, mevcut ateşkesin nihayetinde kalıcı bir barışa dönüşebilmesi için er veya geç bu sorunlara yönelik çözümler geliştirmelidir. Dağlık Karabağ sorununun kalıcı bir barış zeminine kavuşturulması için bu soruna müdahil olan bölgesel ve küresel güçler de yapıcı politikalar ortaya koyarak çözüme katkıda bulunmalı ve aksi tutumlardan özenle kaçınmalıdır. Bu çözüm çabaları ortaya konurken ise Dağlık Karabağ sorunu çerçevesinde bu zamana kadar tekerrür eden hatalardan kaçınılmalı, sorunun tarihsel arka planı iyi analiz edilmeli ve uluslararası hukukun sağladığı imkanlardan azami ölçüde yararlanmak tüm tarafların temel ilkesi olmalıdır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Yazar Katkısı: Çalışma Konsepti/Tasarımı: C.Y., H.C.; Veri Toplama: C.Y., H.C.; Veri Analizi /Yorumlama: C.Y., H.C.; Yazı Taslağı: C.Y., H.C.; İçeriğin Eleştirel İncelemesi: C.Y., H.C.; Son Onay ve Sorumluluk: C.Y., H.C.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The authors have no conflict of interest to declare.

Grant Support: The authors declared that this study has received no financial support.

Author Contributions: Conception/Design of study: C.Y., H.C.; Data Acquisition: C.Y., H.C.; Data Analysis/Interpretation: C.Y., H.C.; Drafting Manuscript: C.Y., H.C.; Critical Revision of Manuscript: C.Y., H.C.; Final Approval and Accountability: C.Y., H.C.

Bibliyografya/Bibliography

- Abilov S ve Isayev I, 'The Consequences of the Nogorno-Karabakh War for Azerbaijan and the Undeniable Reality of Khojaly Massacre: A View from Azerbaijan' (2016) 45 Polish Political Science Yearbook 291-303.
- Abilov S, 'OSCE Minsk Group: Proposals and Failure, the View from Azerbaijan' (2018) 20(1) Insight Turkey, 143-164.
- Abdullahzade C, 'Dağlık Karabağ Sorununda Ermenistan'ın Rolü ve Sorumluluğu' (2021) 69(4) AÜHFD 1541-1568.
- Abdullahzade C, *Hukuki Yönleriyle Dağlık Karabağ Sorunu*, (2. Bası, Adalet 2014).
- Akçay D, 'The Relativity of Self-Determination Conceptions Regarding the Nagorno-Karabakh Conflict' (2020) (41) Review of Armenian Studies, 77-106.
- Aliyev A, *Azerbaycan Uluslararası Suçların Hedefinde: Hukuki İnceleme*, (Nurlar NPM 2018).
- Antonenko O, 'Self Regulating Ceasefire' (2005) (17) Accord 42.
- Askerov A, 'The Nagorno Karabakh Conflict: The Beginning of the Soviet End' iç Ali Askerov, Stefan Brooks ve Lasha Tchantouridze (edr), *Post-Soviet Conflicts: The Thirty Years' Crisis* (Lexington Books 2020).
- Aslanlı A, 'Karabağ Sorununda Ateşkesin Kısa Tarihi' (2020) (300) SETA Perspektif 1-5 <<https://setav.org/assets/uploads/2020/11/P300.pdf>> Erişim Tarihi 10 Mayıs 2021.
- Aslanlı A, *Karabağ Sorunu ve Türkiye Ermenistan İlişkileri* (Berikan 2015).
- Aust A, *Modern Treaty Law and Practice* (2. Bası, Cambridge University Press 2007).
- Avaikan S, *Nagorno Karabagh: Legal Aspect* (5. Bası, MIA 2015).
- Azerbaycan – Ermenistan Savaşında Ermenistan Silahlı Kuvvetleri Tarafından Gerçekleştirilen İnsan Hakları İhlallerine İlişkin Rapor (Kamu Denetçiliği Kurumu Raporu) (2020) <<https://www.ombudsman.gov.tr/document/raporlar/kdk-pdf/AzerbaycanRaporu/mobile/index.html>> Erişim Tarihi 19 Nisan 2021.
- Azerbaycan İnsan Hakları Komiserliği (Ombudsman) <<https://ombudsman.az/en/>>Erişim Tarihi 19 Nisan 2021.
- Azerbaycan Savunma Bakanlığı, <<https://mfa.gov.az/en/>>Erişim Tarihi 19 Nisan 2021.
- Broers L, 'From "Frozen Conflict" to Enduring Rivalry: Reassessing the Nagorny Karabakh Conflict' (2015) 43(4) Nationalities Papers 556-576.
- Broers L, 'The Nagorny Karabakh Conflict: Defaulting to War' (2016) Chatham House <<file:///C:/Users/user/Downloads/NK%20paper%2024082016%20WEB.pdf>> Erişim Tarihi 19 Nisan 2021.

- Caferov N ve Aslanlı A, 'Karabağ Sorununda Ateşkes ve Rusya' (2016) (53) Ermeni Araştırmaları 239-260.
- Carley P, 'Nagorno-Karabakh: Searching For a Solution' (1998) A United States Institute of Peace Roundtable Report <<https://www.usip.org/sites/default/files/PW25-Nagorno-Karabakh.PDF>> Erişim Tarihi 19 Mayıs 2021.
- Çaşın MH ve Kısacık S, *Kafkasya'da Azerbaycan – Ermenistan Uyuşmazlığı: Çatışma – Barış Sarkacı* (Seçkin 2017).
- Chorbaijan L, 'Introduction' iç Levon Chorbaijan (ed), *The Making of Nagorno-Karabagh: From Secession to Republic* (Palgrave 2001)
- Cornell SE, 'The Armenian-Azerbaijani Conflict and European Security' iç Svante Cornell (ed), *The International Politics of the Armenian-Azerbaijani Conflict: The Original "Frozen Conflict" and European Security* (Palgrave Macmillan 2017).
- Cornell SE, 'Turkey and the Conflict in Nagorno Karabakh: A Delicate Balance' (1998) 34(1) Middle Eastern Studies 51-72.
- Cornell SE, *Azerbaijan Since Independence* (Routledge 2011).
- De Wall T, *Black Garden: Armenia and Azerbaijan Through Peace and War* (10. Yıl Bası, New York University Press 2013)
- Ermenistan'ın Azerbaycan'a Saldırması ile Başlayan Gerilim ve Çatışma Sürecinde Yaşanan Hak İhlalleri ve Türkiye'deki Ermeni Vatandaşlarımızın Durumuna İlişkin Rapor, TBMM, <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2021/azerbaycan_rapor.pdf> Erişim Tarihi 2 Haziran 2021.
- Grant TD, 'Frozen Conflicts and International Law' (2017) 50(3) Cornell International Law Journal 361-413.
- Handbook on United Nations Multidimensional Peacekeeping Operations <https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/peacekeeping-handbook_un_dec2003_0.pdf> Erişim Tarihi 10 Nisan 2021.
- Hekimoğlu MM, 'Self-Determinasyon Bağlamında Dağlık Karabağ Sorunu' (2015) 11(41) Uluslararası Hukuk ve Politika 103-121.
- Henckaerts JM, 'History and Sources' iç Ben Saul ve Dapo Akande (edr), *The Oxford Guide to International Humanitarian Law* (Oxford University Press 2020).
- Henckaerts JM ve Doswald-Beck L, *Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku*, Emre Öktem vd. (çev) (GSÜ Hukuk Yayınları 2005).
- Henriksen A, *International Law* (Oxford University Press 2017).
- Holbrooke R, *To End a War* (Modern Library 1999).
- Human Rights Watch Report, <<https://www.hrw.org/news/2020/10/30/armenia-cluster-munitions-kill-civilians-azerbaijan>> Erişim Tarihi 19 Nisan 2021.
- Jacob B ve Jackson R, , 'Chapter Six: Peacekeeping' iç *Conflict Resolution in the Twenty-First Century: Principles, Methods, and Approaches* (University of Michigan Press 2009).
- Kaya İ, Yüksel C, Şimşek GE, *Uluslararası Hukuk Pratik Çalışma Kitabı* (Seçkin 2020).
- Krüger H, *The Nagorno-Karabakh Conflict: A Legal Analysis* (Springer 2010).
- Merezhko O, *The Problem of Nagorno-Karabakh and International Law* (Dmitry Burago Publishing House 2014).
- Öktem AE, Aküzüm HU ve Uzun MC, 'Hocalı Soykırımı Hakkında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Başvuru İmkânı Üzerine' (2020) 15(193-194) Bahçeşehir Üniversitesi HFD 1081-1125.

- Özarslan BB, 'Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi Açısından Hocalı Katliamı' (2014) 4(1) Hacettepe HFD, 187-214.
- Öztarsu MF, 'Dağlık Karabağ Sorunu: Çözüm Arayışlarında Minsk Grubu ve Bölgesel Aktörlerin Rolü' iç Nezir Akyeşilmen (ed), *Barışı Konuşmak: Teori ve Pratikte Çatışma Yönetimi* (Odtü Yayıncılık 2012).
- Potier T, *Conflict in Nagorno-Karabakh, Abkhazia and South Ossetia: A Legal Appraisal* (Kluwer Law International 2001).
- Potier T, 'Referendum to Determine Nagorno Karabakh's Final Status: A Critical Appraisal' (2012) 32(2) Journal of Muslim Minority Affairs, 269-276.
- Quenivet N, 'Human Rights Law and Peacekeeping Operations' iç Marco Odello ve Ryszard Piotrowicz (edr), *International Military Missions and International Law*, (Martinus NP, 2011).
- Rasizade A, 'Azerbaijan's Prospects In Nagorno-Karabakh' (2011) 15(2) World Affairs: The Journal of International Issues 140-164.
- Rusya Savunma Bakanlığı Dağlık Karabağ Barış Gücü Misyonu, <https://eng.mil.ru/en/russian_peacekeeping_forces.htm> Erişim Tarihi 19 Nisan 2021.
- Sarvarian A, 'The Artsakh Question: An Analysis Of Territorial Dispute Resolution in International Law' (2008) 9 (1) Melbourne Journal of International Law 190-216.
- Schabas WA, *Genocide in International Law* (2. Bası, Cambridge University Press 2009).
- Shaw MN, *International Law* (8. Bası, Cambridge University Press 2017).
- Solis GD, *The Law of Armed Conflict* (Cambridge University Press 2010).
- TC Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı, 'Azerbaycan Belgelerinde Ermeni Sorunu' (2001) <file:///C:/Users/user/Downloads/azerbaycan_belgelerinde_ermen_i_sorunu_1918_1920.pdf> Erişim Tarihi 2 Haziran 2021.
- Vilen H, 'Planning a Peace-Keeping Mission for the Nagorno Karabakh Conflict' (1996) 27(1) Security Dialogue 91-94.

YAYIN KURALLARI / PUBLICATION PRINCIPLES

1. İstanbul Hukuk Mecmuası, ESCI ve ULAKBİM tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda dört sayı (Mart, Haziran, Eylül, Aralık) olarak yayımlanır.
Istanbul Law Review is a peer reviewed Journal that is published four times a year (in March, June, September and December) and indexed by ESCI and ULAKBİM.
2. Mecmua’ya gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Bu hususta yazarlardan ayrıca taahhütname talep edilecektir.
The articles sent to be published in our journal should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously even with the purpose of evaluation. In this purpose, the authors shall also be required to sign a letter of undertaking.
3. Editörler Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve işbu yayının ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, buradaki kurallar doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, incelenen konu bakımından gerekli olan yerli ve yabancı kaynakların tüketilmemiş olması, bilimsel ölçütlere ve akademik etik prensiplere uyulmaması, makale konusunun teori ve/veya uygulama açısından güncel bir değerinin/öneminin bulunmaması, yazının Editörler Kurulu tarafından reddi için yeterlidir.
Articles that are considered as unsuitable with the publication principles by the Editorial Board are sent back to the author without review. It is sufficient for the article to be rejected by the Editorial Board if the spelling errors are extraordinary, the domestic and foreign resources required for the subject being examined are not utilized, the scientific criteria academic ethical principles are not complied with, the article subject does not have an up-to-date significance in terms of theory and-or practice.
4. Yazı, hakemlere gönderilmeden önce özel bilgisayar programları yardımı ile intihal incelemesine tabi tutulur. İlgili yazılım raporunun editöryel incelemesi kapsamında, dijital benzerlik oranının % 20’nin üzerinde çıkması, yazının reddi için yeterlidir.
Before the article is sent to the referees, it is subjected to plagiarism examination with the help of special computer programs. If the digital similarity rate is above 20%, it is sufficient for the rejection of the article within the scope of the editorial review of the related software report.
5. Mecmua’da yayımlanacak makalenin, en üstün akademik standartlara uygun şekilde kaleme alınmış olması esastır. Bu çerçevede yazarlardan/yazılardan doktora/doçentlik tezi seviyesinde bir entelektüel çaba ve katkı beklenir.
The article to be published in the journal must be written following the highest academic standards. In this context, intellectual background and effort at the level of doctoral or associate professorship thesis are expected from the authors.

6. İlk değerlendirmede uygun bulunan yazılar, yazar adları metinden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Hakem aşamasının asgari ve/veya azami bir süresi yoktur. Bu konunun takibi, münhasıran Editörler Kurulu'na ait bir görev ve yetki olup, yazı sahiplerinin doğrudan veya dolaylı şekilde bu aşamaya müdahale etmeleri etik ihlal sayılır.

Papers that are approved by the Editorial Board are submitted to reviewers in line with blind peer review principle. Authors are not informed about the identity of the referees. According to the assessments of the referees, the paper may be approved for publication, required to resubmission with amendments or rejected on the basis of inadequate quality. The referee phase does not have a minimum or maximum duration. The follow-up of this issue is a duty and authority exclusively belonging to the Editorial Board.

7. Hakem raporlarının sonucunda yazının/eserin nihai olarak yayımlanıp yayımlanmayacağı ve yayımlanacaksa yazının Mecmua'nın hangi sayısında yer alacağı hususunda nihai takdir yetkisi ve sorumluluğu, Editörler Kurulu'na aittir. Tek bir olumsuz hakem raporunun varlığı, makalenin yayımlanmaması için yeterlidir.

As a result of the referee reports, the final discretion and responsibility regarding whether the article will be finally published and if it will be published, in which issue of the Journal, the editorial board is responsible. The existence of a single rejection-negative referee report is sufficient to prevent the article from being published.

8. Hakem aşamasının tamamlanmış olması, yazarlara makalenin yayımlanacağını gösterir özel/resmi bir belge talep etme yetkisi vermez. Yazarlar, bu konunun bilincinde ve sorumluluğunda olarak makalelerinin Mecmua'da yayımlanması ve hakem incelemesine tâbi tutulması başvurusunda bulunmaktadır.

The completion of the referee stage does not give authors the authority to request a private or official document indicating that the article will be published. The authors, with the awareness and responsibility of this issue, apply for their articles to be published in Istanbul Law Review and to be subjected to peer review.

9. Yazarlar; unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, iletişim adresleri ile telefonlarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler.

Authors, must provide their titles, institutions, correspondence address, phone number and e-mail address.

10. Mecmua'nın yazı dili Türkçe ve İngilizcedir. Makalelerde 250 kelimedenden oluşan Türkçe öz ve İngilizce abstract bölümlerine yer verilmeli ve en az 5 en çok 15 anahtar kelimenin de Türkçe ve İngilizce olarak yazıya eklenmesi gerekmektedir. Özetleri takiben Türkçe ve İngilizce dilindeki tüm makaleler için ayrıca 600-800 kelimelik İngilizce genişletilmiş özet yer almalıdır. Yayın başvurusuna konu edilen makalenin -dipnotlar dâhil olmak üzere- en fazla 20.000 kelimedenden oluşması gerekir. Asgari bir kelime sınırı yoktur.

The Review accepts and publishes articles written in Turkish and English. The articles must include Turkish and English abstracts consisting of at least 250 and at most 300 words and at least five and at most fifteen keywords must be added to the paper in Turkish and English languages. Following the abstracts, there must also be an extended summary of 600-800 words for all the articles both in English and Turkish. The article subject to the publication application must contain a maximum of 20,000 words, including footnotes. There is no minimum word limit.

11. Makale metni, Times New Roman yazı tipinde, 1,5 satır aralığı ve 12 punto, dipnotları ise, tek satır aralığı ve 10 punto olarak hazırlanmalıdır. Dipnotları sayfa altında gösterilir. Atıflar OSCOLA atıf sistemi esas alınarak yapılmalıdır. Aksi takdirde makale hakem ataması yapılmaksızın yazara düzeltmeleri yapması için geri gönderilir. Türkçe makalelerdeki kısaltmalar ve diğer hususların ilan edilen yazım kuralları uyarınca yapılması gerekmektedir. Söz konusu atıf kurallarına <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm> adresi üzerinden ulaşılabilir.

The main text and footnotes must be written in Times New Roman. Font size for the main text should be 12 with 1,5 line spacing while footnotes are written in font size 10 with 1 line spacing. Footnotes are to be shown at the bottom of the page. Citations must be made based on the OSCOLA citation system. Otherwise, the article is sent back to the author to make corrections without a referee assignment. Abbreviations and other issues in Turkish articles must be made following the announced spelling rules. The mentioned citation rules can be accessed at <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm>.

12. Yazar isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın unvanı, çalıştığı kurum, alanı ve e-posta adresi bildirilmelidir.

Author's name must be written bottom right of the Turkish and English title of the paper and should end with a star symbol. Star footnote should consist of title and institution of the author and correspondence address, phone number and e-mail address.

13. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.

The article must consist of a bibliography at the end and references need to be arranged in alphabetical order.

14. Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; yayına kabul edilen makalenin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ve ilgili mevzuat çerçevesinde çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki mali hakları, basılı, görsel, işitsel, sayısal/dijital vb. ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Fakülte'ye devredilmiştir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir.

To be limited with the copies published by the Faculty; financial rights regarding reproduction, distribution, public performance, derivative works and translation of the papers which are approved for publication are to be transferred to the faculty to be used on the print, auditory, digital etc. media, nationwide and worldwide. Authors accept not to receive any royalty payment.

15. Mecmua'da, makalelerin yanı sıra çeviri de yayımlanabilir. Bu nitelikteki yazılar Editörler Kurulu tarafından kabul edilebilir veya geri çevrilebilir. Çeviri metni ile birlikte asıl metin ve hak sahiplerinin (asıl eser sahibi ve yayınevini) muvafakati de iletilmelidir. Çeviriler de hakem değerlendirilmesine tâbi tutulur.

Besides articles, also translations may be published in the accepted languages. These papers might be approved or rejected by the Editorial Board. Original text of the translation and consent of the rightful owner are also should be enclosed with the translation. Translations are also subject to the assessment of reviewers.

16. İstanbul Hukuk Mecmuası'nda yayımlanması istenen yazıların ihfdergiler@istanbul.edu.tr e-posta adresine Microsoft Word yazılımı formatında (*.doc, *.docx) ve işbu yayın kurallarına uygun şekilde gönderilmesi gerekmektedir.

Papers should be sent to ihfdergiler@istanbul.edu.tr in Microsoft Word (.doc, *.docx) file type.*

17. Bir başvurucunun aynı yayın yılı içerisinde (4 sayılık süreçte) sadece bir makalesi hakem incelemesine konu edilebilir.

Only one article of an applicant in the same publication year (4 issues) could be subject to peer review.

18. Editörler Kurulu, derginin bir sayısında yer alacak makaleleri, Özel Hukuk – Kamu Hukuku dengesini koruma amacı, makalenin Mecmua'ya gönderilme ve hakem aşamasının tamamlanma tarihleri, makale konusun güncelliği, yazarların İstanbul Üniversitesi mensubu olup olmaması noktasındaki oransal denge gibi kriterleri gözeterek belirler.

The Editorial Board determines the articles to be included in one issue of the journal by considering criteria such as the purpose of maintaining the balance of Private Law-Public Law, the date of submission of the article to the Journal, the date of completion of the referee stage, the timeliness of the article subject, and the proportional balance on whether the authors are members of Istanbul University.

19. Editörler Kurulu, tüm sayıların mümkün olduğunca eşit sayıda makale ile çıkması noktasında azami gayreti gösterir. Bir sayının çıkma tarihi itibarıyla, mizanpaj aşaması da dahil olmak üzere, yayım için gerekli tüm aşamaları tamamlamış olan bir makale, makale sayısı itibarıyla ilgili sayıda yayımlanamaz ise, ancak bu şartla, ilgili sayıdan belli bir süre sonra Online-First adı verilen sistem çerçevesinde bir sonraki sayı çıkmadan önce dijital olarak yayımlanır.

The Editorial Board makes the utmost effort to publish all issues with the same number of articles as possible. An article that has completed all the necessary steps for publication, including the layout stage, as of the date of publication of an issue, could not be published in the relevant issue in terms of the number of articles, however, after a certain period after the relevant issue, within the framework of the system called Online-First it is published digitally before the issue is released.