

# İSTANBUL HUKUK MECMUASI

Cilt Volume 81 Sayı Number 3 Yıl Year 2023 ISSN 2636-7734 E-ISSN 2667-6974

## ISTANBUL LAW REVIEW



İSTANBUL  
ÜNİVERSİTESİ  
YAYINEVİ



## İstanbul Hukuk Mecmuası

Cilt 81, Sayı 3, 2023

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. Fethi GEDİKLİ

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

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Responsible Manager**

Prof. Dr. Halil AKKANAT

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

**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](mailto:ilr@istanbul.edu.tr) / [iuhfdergiler@istanbul.edu.tr](mailto:iuhfdergiler@istanbul.edu.tr)

<https://iupress.istanbul.edu.tr/en/journal/mecmua/home>

<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihtm>

**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 dağıtımını 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*



**DERGİ YAZI KURULU / EDITORIAL MANAGEMENT BOARD**

**Baş Editörler / Editors-in-Chief**

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, İstanbul, Türkiye  
- [fgedikli@istanbul.edu.tr](mailto:fgedikli@istanbul.edu.tr)

Prof. Dr. Ali PASLI, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye  
- [alipasli@istanbul.edu.tr](mailto:alipasli@istanbul.edu.tr)

**Baş Editör Yardımcısı / Co-Editor-in-Chief**

Dr. Öğr. Üyesi. Elif Beyza AKKANAT ÖZTÜRK, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,  
İstanbul, Türkiye - [eba@istanbul.edu.tr](mailto:eba@istanbul.edu.tr)

**Editöryal Asistanlar / Editorial Assistants**

Arş. Gör. Mustafa AHIOĞLU, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü,  
İstanbul, Türkiye - [mustafa.ahioglu@istanbul.edu.tr](mailto:mustafa.ahioglu@istanbul.edu.tr)

Arş. Gör. Ahmet ÖZSOY, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,  
İstanbul, Türkiye - [aozsoy96@istanbul.edu.tr](mailto:aozsoy96@istanbul.edu.tr)

Arş. Gör. Zeynep TANYERI, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü,  
İstanbul, Türkiye - [zeynep.tanyeri@istanbul.edu.tr](mailto:zeynep.tanyeri@istanbul.edu.tr)

Araş. Gör. Yağmur ALTAY, Kamu Hukuku Bölümü, İstanbul, Türkiye - [y.altay@istanbul.edu.tr](mailto:y.altay@istanbul.edu.tr)

**Dil Editörleri / Language Editors**

Elizabeth Mary EARL, İstanbul Üniversitesi, Yabancı Diller Yüksekokulu, İstanbul, Türkiye  
- [elizabeth.earl@istanbul.edu.tr](mailto: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](mailto:buz@bilkent.edu.tr)

Prof. Dr. Nuray EKŞİ, Özyeğin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye  
- [nurayeksi@gmail.com](mailto:nurayeksi@gmail.com)

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye  
- [o.ekmekci@istanbul.edu.tr](mailto:o.ekmekci@istanbul.edu.tr)

Prof. Dr. İsmail KIRCA, TOBB Ekonomi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,  
Ankara, Türkiye - [ikirca@etu.edu.tr](mailto:ikirca@etu.edu.tr)

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ, Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü,  
Ankara, Türkiye - [oezgenc@gazi.edu.tr](mailto:oezgenc@gazi.edu.tr)

Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ, Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,  
İstanbul, Türkiye - [hpekcanitez@gsu.edu.tr](mailto:hpekcanitez@gsu.edu.tr)

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,  
Ankara, Türkiye - [fusan@ybu.edu.tr](mailto: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](mailto:c.gerner@ucl.ac.uk)

Assoc. Prof. Dr. Ivana BAJAKIĆ, University of Zagreb, Faculty of Law, Department of Private Law,  
Zagreb, Croatia - [ivana.bajakic@pravo.hr](mailto:ivana.bajakic@pravo.hr)



İçindekiler Table of Contents

MAKALELER ARTICLES

ÖZEL HUKUK/PRIVATE LAW

*Araştırma makalesi/Research article*

**Mirastan Yoksunluk Sebebi Olarak Mirasbırakanın Öldürülmesinin Medeni Hukuk ve İslam Hukuku Açısından İncelenmesi**

*As A Reason for Disinheritance the Killing of the Legator Investigation in*

*Terms of Turkish Civil Law and Islamic Law ..... 621*

**Abdullah İslamoğlu, Esra Eviz**

*Araştırma makalesi/Research article*

**Sigortacıya Dava Açmadan Önce Yazılı Başvuruda Bulunulması  
Zorunluluğunun (KTK m. 97) Medenî Usûl Hukuku Yönüyle Değerlendirilmesi**

*The Issue of Whether the Special Lien is Transferred to the Assignee in*

*Case of the Assignment of the Claim Secured by the Special Lien..... 645*

**Efe Dırenisa**

*Araştırma makalesi/Research article*

**Hapis Hakkı ile Güvence Altına Alınan Alacağın Devredilmesi Hâlinde Hapis Hakkının  
Devralana Geçip Geçmeyeceği Sorunu**

*The Issue of Whether the Special Lien is Transferred to the Assignee in Case of the*

*Assignment of the Claim Secured by the Special Lien..... 675*

**Hayrunnisa Altın Şahin**

*Araştırma makalesi/Research article*

**İhbarcılık Kavramının Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Şirketler  
Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi**

*Evaluation of the Concept of Whistleblowing in Turkish Company Law from*

*A Comparative Corporate Law Perspective ..... 699*

**Meltem Karatepe Kaya, Ekrem Solak**

**KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW**

*Araştırma makalesi/Research article*

**Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararı (CMK m.158 f.6)**

Decision on No Need for an Investigation (CMK art.158 f.6) ..... 749

**Cem Şenol**

*Araştırma makalesi/Research article*

**Göçmen Kaçakçılığı Suçu Bağlamında Göçmenlerin Cezasızlığı İlkesi Çerçevesinde İdari Gözetim Tedbirinin Değerlendirilmesi**

Evaluation of Administrative Detention Within the Framework of Immigrants' Impunity in the Context of Migrant Smuggling Crime ..... 773

**Meral Balcı**

## EDİTÖRDEN MEKTUP

Değerli Bilim İnsanları ve Kıymetli Hukukçular,

Ülkemizin varlığını sürdüren en eski hukuk dergisi olan *İstanbul Hukuk Mecmuası*'nın 2023 yılındaki üçüncü sayısını, gecikmeli olarak da olsa siz değerli okuyucularımızla buluşturuyoruz.

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinin hukuk dünyasına sunduğu en önemli katkılardan biri ve ülkemizin varlığını sürdüren en eski hukuk dergisi olan *İstanbul Hukuk Mecmuası*, İstanbul Üniversitesi Yayınevinin kıymetli çalışmaları ve yazarlarının gönderdiği nitelikli eserlerle birlikte uluslararasılaşma yolunda emin adımlarla ilerlemektedir. Bu kapsamda her cilt ve sayımızla tarandığımız dizinlerin sayısının ve görünürlüğümüzün arttığını gururla sizlerle paylaşıyoruz. Başta *Emerging Sources Citation Index (ESCI)* olmak üzere, *DOAJ*, *ERIH PLUS*, *EBSCO* gibi dizinlerde yer alıyoruz. Hukuk akademimizi ve yazınımızı uluslararası alanda daha görünür hale getirmek ve geliştirmek için daha çok çalışacağız. Bu çerçevede 2024 yılı için yeni hedefler belirlemiş olduğumuzu da ifade etmek isteriz.

Dergimizin bu sayısında da özel hukuk ve kamu hukuku ana başlıkları altında birbirinden değerli altı makale bulunmaktadır. Yayımlanacak makalelerin seçiminde, süregelen geleneğimize uygun olarak özel hukuk – kamu hukuku dengesinin teminine özen gösterilmeye devam edilmiştir ve bu kapsamda kamu hukuku alanında iki, özel hukuk alanında dört makale ile yayına çıkmaktadır.

Yayımlanan tüm çalışmalar alanlarına önemli katkılar sağlayacak niteliktedir. Kamu hukuku alanındaki makalelerden ilki; sınır aşan niteliği dolayısıyla özel bir inceleme gerektiren göçmen kaçakçılığı suçunu, göçmenlerin cezasızlığı ilkesi perspektifinden ele almıştır. Yazıda, konuyu düzenleyen uluslararası metinler, idari tedbirler ve kapsamı, Türk Ceza Kanunu düzenlemeleri ve Türkiye uygulaması, göçmenlerin hak ve özgürlüklerine getirdikleri sınırlamalar boyutuyla ayrıntılı şekilde incelenmiştir. Hem kamu hukuku hem de özel hukuk alanına dâhil kabul edilebilecek kapsamlı çalışmalardan biri ise meseleyi günümüz hukuku ve İslam hukuku açısından değerlendiren mirastan yoksunluk sebebi olarak mirasbırakanın öldürülmesi konusudur. Ayrıca ceza hukuku alanından bir çalışma daha bu sayımızda yer almıştır. Kamu hukuku bölümünün son makalesi ise ceza muhakemesi hukukunun yeni müesseselerinden olan soruşturma yapılmasına yer olmadığı kararı düzenlemesini incelemiştir. Çeşitli somut örnekler ve Alman hukuku düzenlemeleri ile karşılaştırmalı şekilde değerlendirmesi yapılan kuruma ilişkin yazar tarafından geliştirici öneriler sunulmuştur.



Özel hukuk başlığı altında bulunan makalelere gelindiğinde ise öncelikle erken görünümde okurun dikkatine sunduğumuz hapis hakkının hüküm ve sonuçlarına dair özellikli hususların değerlendirildiği çalışma tam sayımıza da eklenmiştir. Ayrıca sigortacıya dava açılmadan öne yazılı başvuruda bulunulması zorunluluğu yine erken görünümdeki çalışmalardan birinde usul hukuku yönüyle değerlendirilmiştir. Erken görünümde yer alan bir başka makale ise bir karşılaştırmalı hukuk çalışması olup bu makaleyle ihbarcılık kavramı şirketler hukuku kapsamında değerlendirilmiştir.

Görüldüğü üzere, bu sayımızda da önceki sayılarımızda olduğu gibi, yayımlanan çalışmaların çeşitliliği ve özgünlüğü göz önünde tutularak *İstanbul Hukuk Mecmuasının* hukuk dünyasındaki işlevinin sürdürülmesine çalışılmıştır.

Mecmuamızın yayımlanması noktasında editör ekibinin dikkate değer emeği yanında Rektörlüğümüzün tüm ilgililerinin sağladığı destek özellikle anılmalıdır. Değerli çalışmalarını dergimize yollayan yazarlarımız ve bu çalışmaların değerlendirilmesi sürecine kıymetli görüşleriyle katkı sağlayan hakemlerimiz, Mecmuamızın başarısının en önemli etmenleridir. Hepsine katkılarından ötürü teşekkür ederiz.

**İstanbul Hukuk Mecmuası Baş Editörleri**

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ Prof. Dr. Ali PASLI





# İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 19.10.2023  
Revizyon Talebi: 10.11.2023  
Son Revizyon Tarihi: 22.12.2023  
Kabul: 25.12.2023

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

## Mirastan Yoksunluk Sebebi Olarak Mirasbırakanın Öldürülmesinin Medeni Hukuk ve İslam Hukuku Açısından İncelenmesi

Abdullah İslamoğlu<sup>\*</sup>, Esra Eviz<sup>\*\*</sup>

### Öz

Mirastan yoksunluk sebepleri, Medeni Kanun m. 578/1'de, mirasbırakanı kasten veya hukuka aykırı olarak öldürme veya öldürmeye teşebbüs etme, mirasbırakanı kasten veya hukuka aykırı olarak sürekli şekilde ölüme bağlı tasarruf yapamayacak duruma getirme, ölüme bağlı tasarruf yapmasını veya böyle bir tasarruftan dönmesini aldatma, zorlama veya korkutma yoluyla sağlama veya engelleme, mirasbırakanın artık yeniden yapamayacağı bir durumda ve zamanda ölüme bağlı bir tasarrufu kasten ve hukuka aykırı olarak ortadan kaldırma veya bozma olarak sınırlı sayıda düzenlenmiştir. Muhtemel mirasçının öldürme fiilini gerçekleştirirken hangi saikle hareket ettiği yoksunluk sonucunun doğumunda etkili değildir. Bununla birlikte, kanunda öldürmenin veya öldürmeye teşebbüsün kasten ve hukuka aykırı olarak gerçekleştirilebileceği vurgulandığından somut olayda hukuka aykırılığı ortadan kaldıran, muhtemel mirasçının ayırt etme gücünün olmaması, meşru müdafaa gibi ihtimallerde mirastan yoksunluk söz konusu olmayacaktır.

Mirastan yoksunluk sebeplerinden birini gerçekleştiren kişi kanun gereği, kendiliğinden mirasçılık sıfatını kaybeder. Bu bağlamda, yoksunluğa neden olan davranışın anayasal güvence altında olan miras hakkının kazanılmasını engelleyecek düzeyde ağır bir yaptırıma bağlandığı görülmektedir. Mirasbırakanı öldüren veya öldürmeye teşebbüs eden kişi mirasbırakandan önce ölmüş gibi kabul edilir ve bu kişinin miras hakkı altoyuna geçer.

İslam hukukunda, hukukçuların üzerinde görüş birliğine vardıkları mirastan yoksunluk sebepleri, mirasbırakanı öldürme, din farklılığı ve köleliktir. Bunların dışında, ülke ayrılığı, ölüm tarihinin bilinmemesi, mirasçının bilinmemesi, lian, mirasçının veled-i zina olması durumları da üzerinde görüş ayrılığı olan mirasçılıktan yoksunluk sebepleridir. Çalışmada bu iki hukuk sisteminde, bir mirastan yoksunluk sebebi olarak mirasbırakanı öldürmenin hükümleri üzerinde karşılaştırmalı olarak durulmuştur.

### Anahtar Kelimeler

Mirastan Yoksunluk, Kasten Öldürme, Teşebbüs, Mirasçı Sıfatının Kaybedilmesi, İslam Miras Hukuku

**As A Reason for Disinheritance the Killing of the Legator Investigation in Terms of Turkish Civil Law and Islamic Law**

### Abstract

A limited number of grounds for disinheritance are regulated in Article 578/1 of the Civil Code as follows: intentionally or unlawfully murdering or attempting to murder the heir; intentionally or unlawfully rendering the heir permanently incapable of making a testamentary disposition; enabling or preventing the heir from making a testamentary disposition or revoking such a disposition through deception, coercion or intimidation; and intentionally and unlawfully abolishing or revoking a testamentary disposition in a situation and at a time when the heir is no longer able to make it again. The motive of the prospective heir is not effective in the emergence of the deprivation result. However, because the law

\* **Sorumlu Yazar:** Abdullah İslamoğlu (Dr. Öğr. Üyesi), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Hukuk ve Türk Hukuk Tarihi Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: aislam@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0002-8392-9012

\*\* Esra Eviz (Avukat / Doktora Öğrencisi), İstanbul Barosu / İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: evizesra@gmail.com ORCID: 0009-0002-5615-0190

**Atf:** İslamoğlu A, Eviz E, "Mirastan Yoksunluk Sebebi Olarak Mirasbırakanın Öldürülmesinin Medeni Hukuk ve İslam Hukuku Açısından İncelenmesi" (2023) 81(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 621. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2023.81.3.0005>



emphasizes that murder or attempted murder may be committed intentionally and unlawfully, deprivation of inheritance will not come into question in the event that the possible heir does not have the power of discernment, such as self-defense, which eliminates the illegality in the concrete case. The person who realizes one of the reasons for disinheritance automatically loses the title of heir by law. In this context, the behavior that causes deprivation is seen to be sanctioned severely enough to prevent the acquisition of the right of inheritance, which falls under constitutional guarantee. The person who murders or attempts to murder the heir is considered to have died before the heir, and the right of inheritance passes to that person's descendants. In Islamic law, the reasons for disinheritance upon which jurists agree are the murder of the heir, difference of religion, and slavery. Apart from these, other reasons for disinheritance are a difference of countries, unknown date of death, unknown heir, *li'an*, or the heir being a child of adultery. This study comparatively analyzes the provisions on murdering the heir as a reason for deprivation of inheritance in these two legal systems.

**Keywords**

Disinheritance, Willful Murder, Attempted Criminal Law, Loss Of Heirdom, Islamic Inheritance Law

**Extended Summary**

In terms of Turkish Civil Law, a person who realizes one of the reasons for disinheritance automatically loses the title of heir in accordance with the law. In this context, the behavior that causes disinheritance is seen to be subjected to a heavy sanction that will prevent the acquisition of the constitutionally guaranteed right to inheritance. A person who murders or attempts to murder the legator is considered to have died before the legator, and this inheritance right passes to this person's descendants. When looking at the reasons for disinheritance in Islamic law, the situations in which the heir cannot claim the right of an heir are seen to be determined by the Qur'an, sunnah, and ijma.

Qadis have reached a consensus on the situations that cause disinheritance, such as the murder of the legator, religious differences, and slavery. Apart from these, difference of countries, unknown date of death, unknown heir, *li'an*, and the heir being a child of adultery are also listed among the reasons for disinheritance. However, a difference of opinion exists among Islamic sects on these issues.

Murdering the legator is accepted as a reason for deprivation of inheritance in all Islamic sects. However, the fact that Islamic sects make different distinctions regarding the way the act of murder is carried out has also affected the perceptions on this issue. This study takes the Hanafî sect as its basis, which makes the broadest ruling by making a five-fold distinction: intention, intention-like, mistake, current, and causing mistake. Among these distinctions, Hanafi not only views murder by causing as a reason for disinheritance, but also other types of murder as a reason for disinheritance.

When comparing the provisions regarding the murder of the legator as a reason for disinheritance between Turkish Civil Law and Islamic law, the following results are encountered:

In both legal systems, a person who commits acts that result in disinheritance cannot be an heir or a creditor of the will.

Disinheritance not only prevents the transfer of the inheritance but also eliminates the possibility of making any claims regarding the reserved portion, resulting in the inability to make claims regarding death-related savings made by the legator.

According to Art. 578/I b.1 of the Turkish Civil Code, the caste condition is required. For this reason, in order for murder to result in disinheritance, the person who commits the act of murder must be mentally competent. On the other hand, criminal liability is not required. In Islamic law, however, the Hanafî sect also requires criminal liability. A person who kills the legator without criminal liability will not be disinherited. According to Turkish Civil Law, no requisite exists for a person who engages in behavior that is considered a reason for disinheritance to be tried in a criminal court for this behavior and to be convicted as a result of this trial. In Islamic law, however, the person must be punished with retaliation or compensation.

In Turkish Civil Law, intentional and unlawful acts that cause disinheritance can be positive (e.g., performed) or negative (e.g., deliberately not helping one's father who is drowning and unable to swim, and thus not save him from drowning). Situations that occur due to carelessness or negligence (e.g., carelessly burning the will) or situations that are not against the law are not grounds for disinheritance. When evaluated from the perspective of the Hanafî sect, one can conclude that such actions will not be a reason for disinheritance, as killing the legator cannot be carried out with a negative action. When looked at in terms of imprudence and negligence and considering that such actions will be within the scope of mistakes and similar to mistake, one can say that such actions are also a reason for disinheritance. However, such actions that occur through causation will not result in disinheritance.

In both Turkish Civil Law and Islamic law, people who participate in murder as an abettor, encourager, or aider, will also be deemed as grounds for disinheritance.

Again, the presence of a legal reason for the act of murder is an obstacle to disinheritance in terms of both legal systems. An heir who causes death in self-defense while performing a duty or as a result of the exercise of a right will not be subject to disinheritance.

While attempting to murder the legator is considered a reason for disinheritance in Turkish Civil Law, only the concept of murder (not attempted murder) is used in Islamic law. Therefore, one can conclude that, because death does not occur in the possibility of an attempt, this is not considered a reason for disinheritance. According to Turkish Civil Law, murdering or attempting to murder a relative of the legator is not a reason for the deprivation of the legator's inheritance. Relative of the legator

means legator's mother, father, children, or family close relatives. Although the study found no information regarding this issue in the relevant research in Islamic Law, due to all sources mentioning murder of the deceased, one can conclude that murdering a relative of the deceased will not be a reason for disinheritance. One can also state that the motive of reaching the inheritance as soon as possible, which is stated as the cause of disinheritance in Islamic Law, facilitates this result being reached.

In both legal systems, disinheritance is private and does not affect the descendants of the deprived person. The inheritance right of the deprived person passes to that person's descendants as if they were not alive at the death of the legator.

Ultimately, the main motive for disinheritance in both legal systems can be said to be in line with each other, and the murder of the legator and relevant provisions lead to similar results. The fact that most of the other reasons listed under the title of inheritance obstacles in Islamic law are actually obstacles to the title of inheritance rather than being a reason for disinheritance would be appropriate to note.

## I. Giriş

Mirasçı sıfatı, Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 599 uyarınca mirasbırakanın ölüm tarihine göre belirlenir. Mirasçı olabilmek için üç koşulun varlığı aranır<sup>1</sup>: Mirasın açılması anında sağ olmak (TMK m. 580-581), mirasçı olma ehliyetine sahip olmak (TMK m. 577) ve mirastan yoksunluk sebeplerinden (TMK m. 578) birinin bulunmaması. Mirasçı olma ehliyeti, TMK m. 8’de düzenlenen hak ehliyetinin özel bir şeklidir. Mirastan yoksunluk sebepleri ise, TMK m. 578’de sınırlı olarak sayılmıştır: Mirasbırakanı kasten veya hukuka aykırı olarak öldüren veya öldürmeye teşebbüs edenler, mirasbırakanı kasten veya hukuka aykırı olarak sürekli şekilde ölüme bağlı tasarruf yapamayacak duruma getirenler, mirasbırakanın ölüme bağlı bir tasarruf yapmasını veya böyle bir tasarruftan dönmesini aldatma, zorlama veya korkutma yoluyla sağlayanlar ve engelleyenler ile mirasbırakanın artık yeniden yapamayacağı bir durumda ve zamanda ölüme bağlı bir tasarrufu kasten ve hukuka aykırı olarak ortadan kaldıranlar veya bozanlar mirasçı olamazlar.

İslam Hukuku’nda mirasçı olma sebepleri ise, kan hısımlığı, sahih nikah ve velâ<sup>2</sup> olarak sayılmıştır. Mirasçı olma koşulları, mirasbırakanın ölümü, mirasbırakanın ölümü sırasında mirasçının hayatta olması, mirasçının hangi yönden mirasçı olduğunun bilinmesi ve mirastan yoksunluk sebeplerinden birinin bulunmamasıdır. Mirastan yoksunluk sebepleri, genel olarak öldürme, kölelik, din ayrılığı, ülke ayrılığı, ölüm tarihinin bilinmemesi, mirasçının bilinmemesi, li’an ve mirasçının veled-i zina olması olarak sayılmıştır. Bunların yalnızca ilk üçünün mirastan yoksunluk sebebi olduğu yönünde görüş birliği vardır.

Mirasçılık sıfatının kazanılmasına engel bir durum olan mirasbırakanın öldürülmesi hususu, çalışmamızda Türk Medeni Kanunu’ndaki hüküm ve sonuçları ile İslam Hukuku’ndaki hüküm ve sonuçları açısından karşılaştırmalı olarak incelenecektir.

## II. Medeni Kanun’da Mirastan Yoksunluk

### A. Genel Olarak Yoksunluk Kavramı

Mirastan yoksunluk, genel olarak mirasçı olma ehliyetine sahip bir kimsenin, kanunda öngörülen sebeplerden birinin gerçekleşmesi nedeniyle mirasbırakan yönünden Miras Hukukuna ilişkin bir talep ileri sürebilme ehliyetini kaybetmesidir<sup>3</sup>. Bir başka anlatımla, mirastan yoksun olan kişi, mirasbırakanın terekesi üzerinde

<sup>1</sup> Zahit İmre ve Hasan Erman, *Miras Hukuku* (15. Bası, Der 2021) 304-314.

<sup>2</sup> Sözlük anlamı, dostluk ve yardımdır. İki çeşit vela vardır: Köle azad eden ile köle arasında oluşan bir tür hısımlığı ifade eden, azat etmeden doğan vela ve azad edilmiş kölelere, kimsesiz kişilere bir dayanışma imkânı sağlamak üzere vela akdi yapılma imkanının sağlandığı akitten doğan vela. (Hayreddin Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, (12. Baskı, Ensar 2007) 376-377).

<sup>3</sup> Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku* (3. Bası, Filiz Kitabevi 1987) 531; Mustafa Dural ve Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku* (18. Bası, Filiz Kitabevi 2022) N 1490-1492

herhangi bir hakka sahip olamaz<sup>4</sup>. Yoksunluk sonucu doğuran fiilleri işleyen kimse, kanuni mirasçı olamayacağı gibi, atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklısı da olamaz<sup>5</sup>. Yoksunluk mirasın intikalini engellediği gibi saklı paya ilişkin herhangi bir talep ileri sürme imkânını da ortadan kaldırır. Ayrıca, mirasbırakanın yapmış olduğu ölüme bağlı tasarruflar kendiliğinden hükümsüz olur<sup>6</sup>. Bu bakımdan, mirastan yoksunluk sonucu doğuran bir davranışı yapan kişinin kanuni ya da iradi mirasçı veya vasiyet alacaklısı olması arasında bir fark yoktur<sup>7</sup>.

Mirastan yoksunluk, mirasbırakana karşı ağır bir suç işleyen ve bu nedenle mirastan yararlanmaya lâyık olmayan mirasçıyı mirastan uzaklaştırarak, mirasbırakanı koruma amacı güden bir kurumdur<sup>8</sup>. Mirasbırakana karşı mirasçılığın engelleyecek bazı ağır davranışlarda bulunan kişi, TMK m. 578 hükmü uyarınca mirasçı sıfatını kazanamayacaktır<sup>9</sup>. Medeni Kanun m. 578/I'de sayılan mirastan yoksunluk nedenlerine bakıldığında, mirasbırakana veya onun son arzularına karşı gerçekleştirilen hukuka aykırı davranışlardan ibaret olduğu görülmektedir<sup>10</sup>. Mirasbırakana yönelik bu denli ağır davranışlar sergileyen bir kimse, mirasçı sıfatıyla onun terekkesinden yararlanmaya lâyık görülmemiş ve mirasta hak sahibi olması engellenmiştir<sup>11</sup>. Muhtemel mirasçının, mirasbırakan ile aralarındaki saygı ve sevgiye dayalı ilişkiyi onarılmaz bir şekilde tahrip eden davranışlarına rağmen, hâlâ mirasta hak sahibi olacağını kabul etmek, adalet hislerimizi zedelediği gibi, mirasbırakanın farazi iradesine de ters düşer<sup>12</sup>. Mirastan yoksunluk sebeplerinden birinin gerçekleşmesi ihtimalinde, mirasbırakan ve muhtemel mirasçı arasındaki duygusal bağın koptuğu, mirasbırakanın bu kişinin terekede hak sahibi olmasını istemeyeceği, mirasçılık sıfatının varlık sebebinin ortadan kalktığı karinesi söz konusu olur<sup>13</sup>.

Medeni Kanun m. 510'da yoksunluğa benzeyen ve benzer amaçlarla getirilen mirasçılıktan çıkarma sebepleri düzenlenmiştir. Mirasbırakan, bu hükümde öngörülen sebeplerden birinin gerçekleşmesi hâlinde, ölüme bağlı bir tasarrufla saklı paylı

<sup>4</sup> Arnold Escher, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band, Das Erbrecht (Art. 537-640)* (3. Auflage, Schultess 1960) Art 540, N 1.

<sup>5</sup> Ivo Schwander, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II (Art 457-977 ZGB)* (6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019), Art 540, N 22; Kemal Oğuzman, *Miras Hukuku* (6. Baskı, Filiz Kitabevi 1995) 265; *Türk Miras Hukuku* (5. Baskı, Yetkin 2023), N 1193; Escher, Art 540, N 1.

<sup>6</sup> Rona Serozan ve Baki İlkey Engin, *Miras Hukuku* (7. Baskı, Seçkin 2021) N 51; Ali Naim İnan, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, *Miras Hukuku* (11. Baskı, Seçkin 2022) N 1514; Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi C. II* (2. Baskı On İki Levha 2023), N. 109.

<sup>7</sup> Şakir Berki, *Miras Hukuku* (Sevinç Matbaası, 1975) 46; Mehmet Ayan, *Miras Hukuku* (9. Baskı, Seçkin 2016) 260; Fikret Eren ve İpek Yücer Aktürk, *Türk Miras Hukuku* (5. Baskı, Yetkin 2023) N 1167.

<sup>8</sup> Gökhan Antalya ve İpek Sağlam, *Miras Hukuku* (5. Baskı, Seçkin 2021), N 1449; İnan, Ertaş ve Albaş, N 1488; Dural ve Öz, N 1515.

<sup>9</sup> Ahmet M. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (10. Baskı, Turhan Kitabevi 2019) 278.

<sup>10</sup> Baki İlkey Engin, *Mirastan Yoksunluk* (Beşir Kitabevi, 2010) 35.

<sup>11</sup> Engin, 35.

<sup>12</sup> Peter Tuor ve Vito Picononi, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III, Das Erbrecht, 2. Abteilung Der Erbgang, Art 537-640* (Staempfli, 3. Auflage, 1966), Art. 540/541, N 9-11; Serozan ve Engin, N 32.

<sup>13</sup> Çabri, N 59.



mirasçısını mirasçılıktan çıkarabilir. Burada, yoksunlukta olduğu gibi mirasçılık sıfatı kendiliğinden sona ermez<sup>14</sup>. Bu bakımdan yoksunluk, mirasçılıktan çıkarmayı tamamlayan, çıkarmaya göre daha ağır sebeplerle ve kanun gereği kendiliğinden sonuç doğuran bir kurumdur<sup>15</sup>. Bir başka yönüyle, TMK m. 578'deki yoksunluk nedenleri bakımından, mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin ölüme bağlı tasarruf yapması çoğu kez imkânsız olduğundan mirasbırakana bu anlamda yardım etmenin amaçlandığı söylenebilir<sup>16</sup>.

## B. Mirastan Yoksunluk Sebepleri

### 1. Genel Olarak

Medeni Kanun m. 578/I'de mirastan yoksunluk sebepleri sınırlı sayıda düzenlenmiştir<sup>17</sup>:

*“Aşağıdaki kimseler, mirasçı olamayacakları gibi; ölüme bağlı tasarrufla herhangi bir hak da edinemezler:*

*1. Mirasbırakanı kasten ve hukuka aykırı olarak öldüren veya öldürmeye teşebbüs edenler*<sup>18</sup>,

*2. Mirasbırakanı kasten ve hukuka aykırı olarak sürekli şekilde ölüme bağlı tasarruf*

*yapamayacak duruma getirenler;*

*3. Mirasbırakanın ölüme bağlı bir tasarruf yapmasını veya böyle bir tasarruftan dönmelerini aldatma, zorlama veya korkutma yoluyla sağlayanlar ve engelleyenler;*

*4. Mirasbırakanın artık yeniden yapamayacağı bir durumda ve zamanda ölüme bağlı bir tasarrufu kasten ve hukuka aykırı olarak ortadan kaldıranlar veya bozanlar.*

<sup>14</sup> Mirasçılıktan çıkarma ve mirastan yoksunluğun karşılaştırması için bkz. Kürşad Yağcı, *Cezai Mirasçılıktan Çıkarma (Cezai İskat)* (On İki Levha, 2013) 55-63; Hüseyin Hatemi, *Miras Hukuku* (10. Bası, On İki Levha, 2022) N 26-27; Çabri, N 60-66; Eren ve Yücer Aktürk, N 1170-1174; Antalya ve Sağlam, N 1450.

<sup>15</sup> Yağcı, 58; Antalya ve Sağlam, N 1450; Çabri, N 60.

<sup>16</sup> Tuor ve Piconi, Art. 540/541, N 4; Esat Şener, *Miras Hukuku C. I* (Olgaç Matbaası, 1977) 185; Escher, Art 540, N 6.

<sup>17</sup> Engin, 35; Eren ve Yücer Aktürk, N 1175; Antalya ve Sağlam, N 1451; Schwander, Art 540, N 6.

<sup>18</sup> “... Davacı ... mirasçısı ...'un vasisi tarafından hüküm temyiz edilmiş ise de; Temyiz talebinde bulunan ...'un, davacı .... oğlu olan babası...’u kasten öldürmekten ... 4. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 27.12.2010 tarih ve 1998/280 Esas, 2010/356 Karar sayılı kesinleşmiş ilamıyla mahkum edildiği, miras bırakanını kasten ve hukuka aykırı olarak öldürmenin TMK'nın 578/1. maddesi gereğince mirastan yoksunluk sebebi olduğu, yasa gereği mirastan yoksun olan ...'un temyizde hukuki yararının bulunmadığı anlaşılmakla, vasisi Av. ... vasıtasıyla yapmış olduğu temyiz inceleme isteminin REDDİNE, “ Yargıtay, 16 HD, 4849/7189, 29.11.2018. (Lexpera)

Mirastan yoksunluk nedenleri, mirasbırakana ya da onun son arzularına karşı hukuka aykırı olarak ve kasten gerçekleştirilen davranışlardır<sup>19</sup>. Burada kast şartının aranmasından anlaşılacağı üzere, davranışın mirastan yoksunluk sonucu doğurması için, davranışı gerçekleştirenin, söz konusu davranışı yaparken ayırt etme gücüne sahip olması gerekir<sup>20</sup>. Buna karşılık, cezai ehliyetinin olması aranmaz<sup>21</sup>. Yoksunluk sonucunun doğumu için, yoksunluk sebebi sayılan davranışta bulunan kişinin bu davranış nedeniyle ceza mahkemesinde yargılanmasına ve bu yargılama sonucunda mahkûm olmasına ihtiyaç bulunmamaktadır<sup>22</sup>.

Yoksunluk nedenlerindeki kasti ve hukuka aykırı davranışlar olumlu (yapmak şeklinde) fiiller olabileceği gibi (boğulmakta olan ve yüzme bilmeyen babasına kasten yardım etmeyip, onu boğulmaktan kurtarmamak gibi) olumsuz da olabilir<sup>23</sup>. Tedbirsizlik ve ihmâl yüzünden meydana gelen durumlar (mesela vasiyetnamenin dikkatsizlikle yanması) yahut hukuka aykırı olmayan haller ise yoksunluk nedeni değildir<sup>24</sup>.

Mirastan yoksunluk sonucunun doğumu için muhtemel mirasçının kasti bir davranışının varlığı aranırken, bu davranışın miras hukukuna ilişkin saiklerle kendisi veya bir başkası lehine avantaj sağlamak için yapılmış olması aranmaz<sup>25</sup>.

Yoksunluk nedeni sayılan davranışa azmettiren, teşvik eden veya yardım eden gibi sıfatlarla iştirak eden kişilerin de mirastan yoksun sayılacağı tüm yoksunluk nedenleri için ortak bir özelliktir<sup>26</sup>.

Çalışmamızda, mirastan yoksunluk, mirasbırakanın öldürülmesi özelinde inceleneceğinden bu husus ayrı bir başlıkta ele alınacaktır.

## 2. Mirasbırakanı Kastten veya Hukuka Aykırı Olarak Öldürmek veya Öldürmeye Teşebbüs Etmek

Muhtemel mirasçı, mirasbırakanın ölümüne sebebiyet verecek herhangi bir hukuka aykırı davranışı kasten gerçekleştirilmiş ve bu davranışın hukuka aykırılığını önleyen

<sup>19</sup> Tuor ve Picenoni, Art 540/541, N 15. Medeni Kanun m. 578/I bent 3'te kast ifadesine açıkça yer verilmemiş olmakla birlikte, aldatma, zorlama veya korkutma yoluyla bir ölüme bağlı tasarrufun yaptırılması veya yapılmak istenen tasarrufun engellenmesi, bu şekilde irade sakatlığına sebep olunması, ancak hukuka aykırı ve kasten gerçekleştirilen davranışla söz konusu olabilir (Engin, 78; Escher, N 7, 12).

<sup>20</sup> Samim Gönensay ve Kemaleddin Birsen, *Miras Hukuku* (2. Bası, Ahmed Said Matbaası 1963) 194; Nüşin Ayiter ve Ahmed Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (2. Bası, Savaş Yayınları 1991) 219; Tuor ve Picenoni, Art 540/541, N 15; Serozan ve Engin, N 35.

<sup>21</sup> Tuor ve Picenoni, Art 540/541, N 15.

<sup>22</sup> Serozan ve Engin, N 35; Yağcı, 61.

<sup>23</sup> İnan, Ertaş ve Albaş, N 1497.

<sup>24</sup> Ayiter ve Kılıçoğlu, 219.

<sup>25</sup> Tuor ve Picenoni, Art 540/541, N 15; Engin, 78.

<sup>26</sup> Serozan ve Engin, N 35.

bir sebep de mevcut değilse, TMK m. 578/I b. 1 uyarınca mirastan yoksun kalır<sup>27</sup>. Mirasbırakanı öldürmeye teşebbüs etmek de bu bent uyarınca mirastan yoksunluğa neden olur<sup>28</sup>. Yoksunluğa neden olan hukuka aykırı davranışa yönelik kastın doğrudan veya olası kast olması arasında bir fark yoktur, bu davranışı gerçekleştiren kişi olası kast ile hareket etmiş olsa dahi mirastan yoksun kalacaktır<sup>29</sup>. Buna karşılık, mirasbırakanı ihmalde öldürmek yoksunluk nedeni olarak kabul edilmez. Örneğin, bir baba, oğlunun yaptığı trafik kazasında ölürse (ihmal), bu ölüm oğul için mirastan yoksunluk sonucunu doğurmaz<sup>30</sup>. Bir başka örnek olarak, ayırt etme gücü olmayan bir kimsenin mirasbırakanı öldürmeye teşebbüs etmesi hâlinde kusur bulunmadığı için bu kişi mirastan yoksun bırakılmaz<sup>31</sup>. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir diğer örnek, mirasçının meşru müdafaa halindeyken mirasbırakanı öldürmesidir<sup>32</sup>. Bu bağlamda, öldürmede kast unsurunun bulunmaması veya fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran bir sebebin bulunması halinde yoksunluk sonucu doğmaz<sup>33</sup>.

Yoksunluğa neden olan haksız fiilin, hareketsiz kalarak gerçekleştirilmesi de mümkündür<sup>34</sup>. Bu ihtimalde yoksunluk sonucunun gerçekleşmesi için, yapılması gereken bir hareketin yapılmamış olması gerekir. Örneğin, vasiyet alacaklısı olarak tayin edilen hemşirenin, saati geldiğinde muhakkak vermesi gereken bir ilacı, mirasbırakanın ölmesini sağlamak amacıyla kasıtlı olarak vermemesi mirastan yoksunluk sebebidir<sup>35</sup>.

Mirasbırakanı öldürmek veya öldürmeye teşebbüs etmenin yoksunluk sonucu doğurması için bu eylemin kasten ve hukuka aykırı bir şekilde gerçekleşmesi aranırken, failin bu eylemi mirastan bir an önce yararlanmak veya mirasbırakanı ölüme bağlı tasarruf yapmaktan alıkoymak amacıyla yapmış olması aranmamaktadır<sup>36</sup>. Bu

<sup>27</sup> Engin, 85. "... Dava ortaklığın giderilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece satış suretiyle ortaklığın giderilmesine karar verilmiş, hükmü Orhan İ. temyiz etmiştir. Paydaşlığın giderilmesi davasını paydaşlardan biri veya birkaçı diğer paydaşlara karşı açar. HMK'nın 27. Maddesi hükmü uyarınca, davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi haklarıyla bağlı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptirler. Bu itibarla, paydaşlardan veya ortaklardan birisinin ölmesi halinde alınacak mirasçılık belgesine göre mirasçılarının davaya katılmaları sağlandıktan sonra işin esasının incelenmesi gerekir. Dava konusu taşınmazda 5/7 oranında paydaş olan Recep İ.nin 18.8.1977 tarihinde vefat ettiği ve adı geçene ait Rize3. Noterliğince düzenlenen 6134 yevmiye numaralı 28.5.2012 tarihli mirasçılık belgesi uyarınca taraf teşkili sağlanmıştır. Ancak davalılardan Orhan İ. ve Hasan İ. 29.1.2013 tarihli dilekçede davacı Cihan İ.nin mirasbırakanı kasten öldürmesi nedeniyle mirastan mahrum bırakılması gerektiğini savunmuş, temyiz dilekçesinde de hükme esas alınan mirasçılık belgesinin iptali amacıyla Samsun 4. Asliye Hukuk mahkemesine 2013/240 Esas sayılı davayı açtığını bildirmiştir. 4722 sayılı TMK'nın 578. Maddesinin 1. bendi uyarınca mirasbırakanı kasten veya öldürmeye teşebbüs edenler mirastan yoksun olurlar. Bu nedenle mirasçılık belgesinin iptaline ilişkin davanın sonucu beklenerek bir karar verilmesi gerektiğinden hükmün bozulması gerekmektedir." Yargıtay 14 HD, 16176/1729, 10.02.2014 (Ömer Uğur Gençcan, *Miras Hukuku* (3. Baskı, Yetkin 2016) 729-730).

<sup>28</sup> Tuor ve Picenoni, Art 540/541, N 6a; Dural ve Öz, N 1527-1528.

<sup>29</sup> Schwander, Art 540 N 7; Serozan ve Engin, N 37; Eren ve Yücer Aktürk, N 1177.

<sup>30</sup> Berki, 47; Kocayusufoğlu, 553; Dural ve Öz, N 1524; Serozan ve Engin, N 37.

<sup>31</sup> Dural ve Öz, N 1524; İnan, Ertaş ve Albaş, N 1496.

<sup>32</sup> Kocayusufoğlu, 553; Dural ve Öz, N 1524; Serozan ve Engin, N 36.

<sup>33</sup> Escher, Art 540, N 7; Tuor ve Picenoni, Art 540/541, N. 20; Berki, 47; Oğuzman, 306; Hatemi, N 22; Çabri, N 69, 78,79.

<sup>34</sup> Tuor ve Picenoni, Art 540/541, N. 17; Oğuzman, 266.

<sup>35</sup> Serozan ve Engin, N 38.

<sup>36</sup> Tuor ve Picenoni, Art 540/541, N 19; İnan, Ertaş ve Albaş, N 1499.

İtibarla, ölüme bağlı tasarrufta bulunma ehliyetine sahip olmayan, mesela ayırt etme gücünden yoksun olan birini hukuka aykırı olarak ve kasten öldüren ya da öldürmeye teşebbüs eden fail de mirastan yoksun kalır<sup>37</sup>.

Mirasbırakanı hukuka aykırı bir şekilde ve kasten öldürmek veya öldürmeye teşebbüs etmek, mirastan yoksunluk sonucunun doğumu için yeterlidir, ayrıca fail aleyhinde ceza soruşturmasının açılmış veya failin ceza mahkemesince mahkûm edilmiş olmasına gerek yoktur<sup>38</sup>. Çünkü yoksunluk için esas olan failin cezalandırılması değil öldürme fiilinin gerçekleştirilmesidir<sup>39</sup>. Failin af kanunundan yararlanmış olması da mirastan yoksunluk hâlini ortadan kaldırmaz<sup>40</sup>.

Muhtemel mirasçının mirastan yoksun olması için, mirasbırakanın öldürülmesi fiilinin asli faili olması şart değildir<sup>41</sup>. Mirasbırakanı öldürme ya da öldürmeye teşebbüs nedeniyle mirastan yoksunluk sadece fail için değil, suça azmettiren teşvik eden ya da yardım eden sıfatıyla katılanlar için de söz konusu olur<sup>42</sup>. Örneğin, M'nin oğlu B, kız kardeşi K'yı babalarının yemeğine zehir koymaya teşvik etse ve K'nın bu eylemi sonucu M ölürse hem B hem K mirastan yoksun kalacaklardır<sup>43</sup>.

Mirasbırakanı öldürmeye teşebbüs etmek aynı zamanda TMK m. 510/b. 1'e göre mirasçılıktan çıkarılma sebebidir. Mirasbırakan bir ölüme bağlı tasarruf ile faili mirasçılıktan halde, kanun, böyle bir tasarrufa gerek bırakmadan söz konusu davranışı bir yoksunluk nedeni olarak düzenlemiştir<sup>44</sup>. Burada, kanunkoyucu genel olarak eylemi dikkate alıp mirasbırakanın iradesini açıklayıp açıklamadığına bakmayarak eyleme yoksunluk sonucunu bağlamıştır<sup>45</sup>. Mirasbırakanı öldürmeye teşebbüsün de yoksunluk sebebi olarak düzenlenmesinin nedeni, mirasbırakanın bu eylem nedeniyle bir ölüme bağlı tasarruf yapamayacak hâle gelmesi ihtimalinin dikkate alınmasıdır<sup>46</sup>.

<sup>37</sup> Engin, 100; Escher, Art 540 N 8.

<sup>38</sup> Escher, Art 540 N 8; Kocayusufoğlu, 553; Dural ve Öz, N 1525; Engin, 88.

<sup>39</sup> Dural ve Öz, N 1525.

<sup>40</sup> Serozan ve Engin, N 40.

<sup>41</sup> Oğuzman, 266.

<sup>42</sup> Escher, Art 540 N 7; Tuor ve Piconi, Art 540/541, N 18; Gönensay ve Birsan, 194; Kocayusufoğlu, 553; Dural ve Öz, N 1527; Engin, 85; "... Dava, muris ...'nın mirasçılık belgesi talebine ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir. Davacı, ...'nin muris ...'yı kasten öldürmeye azmettirme suçundan kesinleşmiş mahkumiyetinin bulunduğu, ...'nin mirastan yoksun olduğunu, ...'nin diğer eşinden olan altsoyunun ...'nin mirasçısı olamayacağını beyan ederek kararın bozulmasını talep etmiştir. Mirasbırakanı öldüren veya öldürmeye teşebbüs edenler mirasçı olamazlar (TMK m. 578/1). Mirastan yoksunluk kişiseldir. Bu nedenle yalnız yoksun olanı etkiler. Mirastan yoksun olanın altsoyu mirasbırakandan önce ölen kimsenin altı soyu gibi mirasçı olur. Ancak halefiyet kuralı yalnız zümre mirasçıları bakımından hüküm ifade eder (TMK m. 520, 521). ... mirasbırakanı kasten öldürmeye azmettirmiş olması nedeni ile mirasçı olamaz." Yarg. 14 HD, 3837/267, 16.01.2017 (Lexpera).

<sup>43</sup> Kocayusufoğlu, 553.

<sup>44</sup> Engin, 91.

<sup>45</sup> Ayiter ve Kılıçoğlu, 218-219.

<sup>46</sup> Dural ve Öz, N 1528.

Mirasbırakanın bir akrabasını veya yakınıni öldürmek veya öldürmeye teşebbüs etmek ise, mirasbırakanın mirasından yoksunluk nedeni değildir<sup>47</sup>. Örneğin, kendi miras payını arttırmayı hedefleyen mirasçılardan birinin, mirasbırakanın bir başka mirasçısını öldürmesi mirasbırakana karşı bir yoksunluk sebebi teşkil etmez. Bu ihtimalde mirasbırakan, bu eylemi gerçekleştiren saklı paylı mirasçısını hakkında mirasçılıktan çıkarma tasarrufuna başvurabilir<sup>48</sup>.

Mirasbırakanın öldürmeye teşebbüs eyleminden sonra hukuken veya fiilen ölüme bağlı tasarruf yapma ehliyetinin olup olmaması yoksunluk sonucunun doğumu açısından önemli değildir<sup>49</sup>.

### C. Mirastan Yoksunluğun Hüküm ve Sonuçları

Mirastan yoksunluğa neden olan fiillerden birini işleyen kişi, kanun gereği kendiliğinden mirasçılık sıfatını kaybeder, hiçbir şekilde mirasbırakanın terekesi üzerinde hak sahibi olamaz ve onun lehine yapılan ölüme bağlı tasarruflar kendiliğinden hükümsüz olur<sup>50</sup>. Bu hususta mirasbırakanın bir ölüme bağlı tasarrufuna ihtiyaç olmadığı gibi, ayrıca yoksunluk hakkında dava açılmasına ve mahkmeden karar alınmasına da gerek yoktur<sup>51</sup>. Yoksunluğa neden olacak davranışı gerçekleştiren kişi, miras açıldığı anda mirasçı ya da vasiyet alacaklısı sıfatını kazanamaz. Bu kişi mirasbırakandan önce ölmüş gibi kabul edilir ve paylaşmaya katılamaz, vasiyet alacaklısı ise, mirasçılara karşı vasiyetin yerine getirilmesine ilişkin talep hakkını elde edemez<sup>52</sup>.

Mirastan yoksunluk kendiliğinden hüküm ifade etmekle birlikte, taraflar arasında yoksunluğun varlığına ilişkin bir ihtilaf çıkarsa, yoksunluğun gerçekleşip

<sup>47</sup> Gönensay ve Birsan, 195; Engin, 91.

<sup>48</sup> Engin, 91-92; Çabri, N 65, 77.

<sup>49</sup> Engin, 92.

<sup>50</sup> Escher, Art 540 N 1; Serozan ve Engin, N 51; İnan, Ertaş ve Albaş, N 1514; Çabri, N 109.

<sup>51</sup> Kocayusufoğlu, 539; İmre ve Erman, 311-312; Dural ve Öz, N 1555; Serozan ve Engin, N 52. Öldürmeye teşebbüs nedeniyle yoksunluğun tespiti talepli açılan bir davayı kabul eden yerel mahkeme kararını, Yargıtay, yoksunluğun tespitine ilişkin dava açılmayacağı, mirasbırakanın benzer sonuçlar doğuran TMK m. 510 uyarınca mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin bir ölüme bağlı tasarruf yapabileceği gerekçesiyle bozmuştur: "... Davacı, kızı olan davalı ...'in kendisine şiddet uyguladığını, geçirdiği kalp ameliyatı sonrasında kalbine yumruk atarak kendisini öldürmeye çalıştığını, bu sebeple davalının TMK'nın 510, 578. maddelerince mirasından yoksun edilmesini talep etmiştir. (...) Mahkemece, davanın kabulüyle davalının davacının mirasından yoksun bırakılmasına karar verilmiştir. Hükmü, davalı temyiz etmiştir. Mahkemece, davacının davalı olan kızına karşı mirastan yoksunluğun tespiti davası açamayacağı, TMK 510. maddesi uyarınca ancak ölüme bağlı tasarrufla bu işlemi gerçekleştirebileceği gözetilmeden davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş, bu sebeple hükmün bozulması gerekmiştir." Yarıtay 14 HD, 2219/8529, 19.10.2016 (Lexpera).

<sup>52</sup> Tuor ve Picononi, Art 540/541, N 31; Dural ve Öz, N 1553; İnan, Ertaş ve Albaş, N 1514; Çabri, N 109.

gerçekleşmediğine ilişkin bir tespit davası açılması mümkündür<sup>53</sup>. Terekeyle ilgili ihtilaflarda, davacı ve davalı sıfatları tereke mallarının yoksunluğa neden olacak davranışı gerçekleştiren kişinin zilyetliğinde olup olmamasına göre belirlenir<sup>54</sup>. Mirastan yoksun olduğu iddia edilen kişi tereke mallarına zilyet ise dava onun aleyhine açılır. Bu dava, ihtilaf konusu malların gerçek hak sahiplerine verilmesi talebini içeren miras sebebiyle istihkak davasıdır<sup>55</sup>. Buna karşılık, mirastan yoksun olan kişinin herhangi bir tereke malı üzerinde zilyetliği bulunmuyorsa, davada, davacı sığfata ona ait olur ve davalı mirasçılar onun mirastan yoksun olduğunu ispat etmek zorunda kalırlar. Bu halde açılan dava somut olaya göre, miras sebebiyle istihkak davası, paylaşırma davası ya da vasiyetnamenin yerine getirilmesi davalarından biri olur<sup>56</sup>. Mirastan yoksun olan kişi de tereke borçlarından sorumluluktan kurtulmak amacıyla yoksunluğun tespitine ilişkin dava açabilir<sup>57</sup>. Görılmekte olan bir davada mirasçılardan biri hakkında gerçekleşen yoksunluk hâkim tarafından re'sen dikkate alınmalıdır<sup>58</sup>. Mirastan yoksunluk nedeninin olup olmadığı maddi bir vakiadır; dolayısıyla her türlü delille ispat edilebilir<sup>59</sup>.

Mirastan yoksunluk nisbidir, yani yalnızca yoksunluğa neden olan davranışın yapıldığı kişiye karşı etkili olur ve o kişinin mirasından yoksunluk sonucunu doğurur<sup>60</sup>. Bir başka anlatımla, yoksunluğa sebep olan fiil kime karşı işlenirse, onun mirasından yoksunluk söz konusu olur<sup>61</sup>. Örneğin, babası M'ye karşı yoksunluğa gerektiren fiili işlemiş olan A, sadece ona mirasçı olamaz, fakat M'nin babasına, yani kendi büyükbabasına karşı mirasçı sıfatını korur<sup>62</sup>. Bununla birlikte, mirasbırakanın yakınlarının, yoksunluğa neden olan davranışı gerçekleştiren kişiyi ölüme bağılı bir tasarrufla mirasçılıktan çıkarması söz konusu olabilir<sup>63</sup>. Verdiğimiz örnekte M'nin babasının torunu A'yı mirasçılıktan çıkarması mümkündür<sup>64</sup>.

<sup>53</sup> Tuor ve Picononi, Art 540/541, N 31; Kocayusufpaşaoğlu, 539; Serozan ve Engin, N 52; Şener, 191. "... Mirastan yoksunluğa düzenleyen Türk Medeni Kanununun 578. maddesinin 1. fıkrasında, mirasbırakanı kasten ve hukuka aykırı olarak öldürmek mirastan yoksunluk sebebi olarak gösterilmiştir. Mirastan yoksunluğun tespiti de mirasçılık belgesi verilmesinde görevli mahkemeye aittir. Mahkemece yapılacak iş, ceza dosyası da incelenerek mirastan yoksunluk sebebinin bulunup bulunmadığının tespiti ve sonucuna göre karar vermektir. Yoksunluk sebebinin tespiti halinde mirasçılık belgesinde miras paylarını gösterecek şekilde hüküm kurulması, ancak K2'in mirastan mahrum olduğunun ve mahrumiyetinin hukuki sonuçlarının terekenin paylaşırılması sırasında gözetileceğine işaret edilmelidir. ..."Yargıtay 2 HD, 2766/7790, 22.4.2009, (Lexpera).

<sup>54</sup> Kocayusufpaşaoğlu, 539.

<sup>55</sup> Tuor ve Picononi, Art 540/541, N 31; Kocayusufpaşaoğlu, 540; İmre ve Erman, 312; Dural ve Öz, N 1555; Şener, 191.

<sup>56</sup> Kocayusufpaşaoğlu, 540; Dural ve Öz, N 1555.

<sup>57</sup> Kocayusufpaşaoğlu, 540; Ayiter ve Kılıçoğlu, 222; İmre ve Erman, 312.

<sup>58</sup> Schwander, Art 540, N 22; Serozan ve Engin, N 52; Eren ve Yücer Aktürk, N 1193.

<sup>59</sup> Kılıçoğlu, 281.

<sup>60</sup> İmre ve Erman, 312; Dural ve Öz, N 1556; Serozan ve Engin, N 54.

<sup>61</sup> Çabri, N 127.

<sup>62</sup> Dural ve Öz, N 1577; Ayan, 262.

<sup>63</sup> Şener, 198.

<sup>64</sup> Serozan ve Engin, N 53.

Mirastan yoksunluk TMK m. 579 hükmü uyarınca kişisel olup, yoksun kalan kişinin alt soyunu etkilemez<sup>65</sup>. Yoksun kalan kişinin miras hakkı, bu kişi mirasbırakanın ölümünde sağ değilmiş gibi, onun alt soyuna geçer<sup>66</sup>. Altsoy, halefiyet kuralı gereği yoksun olan kişinin yerini alır ve onun payına sahip olur. Örneğin B adında bir çocuğu olan A, babası M'yi öldürmüşse, sadece A mirastan yoksun olur ve onun payı halefiyet kuralı gereği B'ye geçer, M'nin mirasçısı B olur<sup>67</sup>. Mirastan yoksun olanın alt soyu yoksa, o mirasbırakandan önce ölmüş kabul edildiği için paylaşmada hiç dikkate alınmaz; miras, aynı zümredeki diğer mirasçılar arasında paylaşılır<sup>68</sup>. Yoksun olan kişi o zümredeki tek mirasçıysa, miras bir sonraki zümreye geçer<sup>69</sup>. Yoksun olan kişi, atanmış mirasçı ya da vasiyet alacaklısı ise, bunlar lehine yapılan kazandırmalar, mirasbırakan yedek mirasçı ya da vasiyet alacaklısı atamamışsa, hükümsüz olur<sup>70</sup>.

Mirastan yoksunluk, veraset belgesi istenmesine engel değildir<sup>71</sup>. Uygulamada, yoksunluk nedeni bilinmediğinden veya bizzat yoksunluğa neden olan fiili gerçekleştiren kişinin talebi üzerine, yoksunluğa neden olan kişinin de miras paylarını belirtecek şekilde düzenlenen veraset belgesinin iptali ve miras paylarının yeniden belirlenmesi talebiyle dava açılmaktadır. Bu davada mahkemece, yoksun olan kişinin miras payının alt soya veya aynı zümredeki ya da diğer zümredeki mirasçılara intikal edeceği yönünde karar verilmektedir<sup>72</sup>.

<sup>65</sup> Schwander, Art 541, N 2-3; Eren ve Yücer Aktürk, N. 1196.

<sup>66</sup> Bülent Köprülü, *Miras Hukuku*, (2. Bası, Fakülteler Matbaası 1985) 355; Escher, Art 541, N 1-2; Tuor ve Picenoni, Art 540/541, N 33; Kocayusufpaşaoğlu, 540; İmre ve Erman, 312-313; Serozan ve Engin, N 54. "... TMK'nın 578. maddesi gereğince murisi kasten veya hukuka aykırı olarak öldüren ya da öldürmeye teşebbüs edenler mirasçı olamazlar, Mirastan yoksun olma veraset belgesi istemeye engel değildir. Kişiseldir ve yalnız yoksun olanı etkiler. Mirastan yoksun olanın altsoyu, mirasbırakandan önce ölen kimsenin altsoyu gibi mirasçı olur (TMK m. 579). Eylem kime karşı yapılmışsa sadece o kişi nedeniyle mirasçılık kaybedilir. Mirastan yoksunluk kendiliğinden sonuç doğurduğundan ayrıca bir mahkeme kararı alınmasına gerek bulunmamaktadır. Bu nedenle mirasçılık belgesinde miras paylarını gösterecek şekilde hüküm kurulması sonra da mirastan yoksunluk nedeni ile yoksun olan kişinin miras payının kime kalacağını belirtmesi sureti ile mirasçılık belgesi verilmesi gerekir. ..." Yargıtay 14 HD, 13925/2708, 3.3.2016, (Lexpera).

<sup>67</sup> Tuor ve Picenoni, Art 540/541, N 33; Dural ve Öz, N 1557.

<sup>68</sup> Escher, Art 541, N 1; Gönensay ve Birsen, 197; Kocayusufpaşaoğlu, 540; İmre ve Erman, 313; Serozan ve Engin, N 54.

<sup>69</sup> Kocayusufpaşaoğlu, 540; Dural ve Öz, N 1557; Serozan ve Engin, N 54.

<sup>70</sup> Kocayusufpaşaoğlu, 540-541; Oğuzman, 269; Dural ve Öz, N 1557; Serozan ve Engin, N 54.

<sup>71</sup> "... TMK'nın 578. maddesi gereğince murisi kasten veya hukuka aykırı olarak öldüren ya da öldürmeye teşebbüs edenler mirasçı olamazlar, mirastan yoksun olma veraset belgesi istemeye engel değildir. Kişiseldir ve yalnız yoksun olanı etkiler. Mirastan yoksun olanın altsoyu, mirasbırakandan önce ölen kimsenin altsoyu gibi mirasçı olur (TMK m. 579). Eylem kime karşı yapılmışsa sadece o kişi nedeniyle mirasçılık kaybedilir. Mirastan yoksunluk kendiliğinden sonuç doğurduğundan ayrıca bir mahkeme kararı alınmasına gerek bulunmamaktadır. Bu nedenle mirasçılık belgesinde miras paylarını gösterecek şekilde hüküm kurulması sonra da mirastan yoksunluk nedeni ile yoksun olan kişinin miras payının kime kalacağını belirtmesi sureti ile mirasçılık belgesi verilmesi gerekir." Yargıtay 14 HD, 13925/2708, 03.03.2016, (Lexpera)

<sup>72</sup> "... Davacı vekili, müvekkilinin mirasbırakanı olan ...'ın 24.03.1979 tarihinde vefat ettiğini, ...'ın mirasçılık belgesine ilişkin ... 1. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2014/598 Esas 2014/638 Karar sayılı ilamında ...'nın mirasçı olarak gösterildiğini, ancak ...'nın mirasbırakanın eşi olan ...'ı ve mirasbırakanın kızı olan ...'yı kasten öldürmesi nedeni ile ... 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 12.08.1994 tarih ve 1993/22 Esas 1994/60 Karar sayılı 28.12.1994 tarihinde kesinleşen mahkumiyet kararının bulunduğunu, ...'nın mirastan yoksun olması nedeni ile ... 1. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2014/598 Esas 2014/638 Karar sayılı mirasçılık belgesinin iptalini ve mirasçılık belgesi verilmesini talep etmiştir. (...) ...'nın 30.03.1993 tarihinde ölmesi ile kendisine düşen miras payının ise eşi ...'ya geçmesi TMK m. 578/1 uyarınca mirastan yoksunluk sebebi ile mümkün değildir. Mirasbırakan ...'ın mirasçısı ...'ın ölümü ile miras payının kızı ...'dan dolay ...'ya geçmesi de TMK m.578/1 uyarınca mirastan yoksunluk sebebi ile mümkün değildir. Bu durumda ...'nın mirasbırakan ...'ın mirasından pay alamayacağı gözletilmeksizin karar verilmiş olması doğru görülmüştür." Yargıtay 14 HD, 4329/708, 06.02.2017, (Lexpera).



Mirasbırakanın kendisine karşı yoksunluk sonucu doğuran davranışı gerçekleştiren mirasçısını affetmesi TMK m. 578/II uyarınca mirastan yoksunluğu ortadan kaldırır. Çünkü ancak mirasbırakanın affi ile bu davranışın kopardığı bağ onarılabilir. Ceza Hukuku alanındaki affin yoksunluğa etkisinin olmamasının nedeni de bu bağın dış faktörlerle onarılmasının mümkün olmamasıdır<sup>73</sup>. Af, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olup buna ilişkin irade bizzat mirasbırakan tarafından ortaya konulmalıdır<sup>74</sup>. Mirasbırakanın öldürülmesi nedeniyle yoksunluk halinde mirasbırakanın mühtemel mirasçısı affetmesi fiilen mümkün değildir<sup>75</sup>. Hukuki sonuç doğuran bir duygu açıklaması olan affin geçerli olması herhangi bir şekilde bağlı değildir<sup>76</sup>. Af zımni de olabilir, iradeyi gösteren hareketlerle de açığa vurulabilir<sup>77</sup>. Örneğin, mirasbırakan kendisini öldürmeye teşebbüs eden mirasçısı lehine bir vasiyetname yaparsa, bu durumdan onu affettiği sonucu çıkarılabilir<sup>78</sup>. Ancak mirasbırakanın, affa ilişkin zımni veya açık irade beyanının geçerli olabilmesi için, ayırt etme gücüne sahip olması gerekir<sup>79</sup>. Af mahiyeti gereği yenilik doğurucu nitelik taşıdığı için, iradeyi sakatlayan hallerle ilişkin istisnai durumlar dışında, bir kere affa yönelik beyanda bulunulduktan sonra bundan dönülemez, ancak mirasçılıktan çıkarma imkânına başvurulabilir<sup>80</sup>. Af, ölümün hemen gerçekleşmediği ya da öldürmeye teşebbüs gibi hallerde önem taşır<sup>81</sup>.

<sup>73</sup> Dural ve Öz, N 1559; “*Murisi kasten öldürmekten mahkûm olan ve cezasını kısmen çektikten sonra Af kanununa göre tahliye edilen mirasçının mirastan mahrumiyet hali, bu sebebe binaen kalkmaz. Af muristen sâdir olmalıdır.*” Yarg. 7. HD, T. 29.11.1952, E. 4173, K. 447. (Kocayusufoşpaşaoğlu, 542).

<sup>74</sup> Köprülü, 355.

<sup>75</sup> Escher, Art 540, N 17; İmre ve Erman, 314; Ayiter ve Kılıçoğlu, 223; Dural ve Öz, N 1561. Mirasbırakanın öldürülmesi halinde affin söz konusu olamayacağı hususunun ötanazi (iyileşme ümidi olmayan ve çektiği acılara dayanamayan bir kişinin kendi talebi üzerine bir başkası tarafından hayatına son verilmesi) açısından da değerlendirilmesi gerekir. (Kocayusufoşpaşaoğlu, 534). Bu ihtimalde, baskın görüşe göre, mirasbırakanın ölmesini sağlayan kişinin mirastan yoksun kalmayacağı kabul edilmektedir. Yürürlükteki hukukumuzda ötanazi hukuka aykırılığı kaldıran bir sebep olmamakla birlikte, bunu talep eden mirasbırakanın bu arzusunun tıpkı yoksunluğu ortadan kaldıran af gibi hüküm doğuracağı kabul edilirse, ötanazi halinde mirasbırakanı öldüren kişi mirastan yoksun sayılmayacaktır. (Dural ve Öz, N 1526). Mirasbırakanın ötanaziye önceden razı olması ve onun talebi üzerine hayatına son verilmiş olmasının etkisi, yoksunluk sonucu doğuran davranışı affetme yönündeki irade beyanının yarattığı sonuçtan daha az olmamalıdır (Serozan ve Engin, N 36).

<sup>76</sup> Escher, Art 540, N 17; Schwander, Art 541, N 27; Köprülü, 355; Dural ve Öz, N 1560; İnan, Ertaş ve Albaş, N 1522; Çabri, N 137, 148.

<sup>77</sup> Gönensay ve Birsen, 196; Oğuzman, 269; Serozan ve Engin, N 55.

<sup>78</sup> Escher, Art 540, N 17; Tuor ve Picenoni, Art 540/541, N. 30; Berki, 48; Kocayusufoşpaşaoğlu, 342.

<sup>79</sup> Kocayusufoşpaşaoğlu, 542; Oğuzman, 269; Dural ve Öz, N 1560; Serozan ve Engin, N 55; Eren ve Yücer Aktürk, N. 1199.

<sup>80</sup> Köprülü, 355; Oğuzman, 269; Ayan, 263.

<sup>81</sup> Oğuzman, 270.



### III. İslam Hukukunda Mirastan Yoksunluk

#### A. Genel Olarak Yoksunluk Kavramı

İslam Hukukunda mirastan yoksunluk, “mevani-i irs” (miras engelleri) kavramıyla ifade edilmiş ve mirastan yoksun kalan kişi “mahrum”<sup>82</sup> olarak nitelendirilmiştir<sup>83</sup>.

Mirastan yoksunluk, *karabet* (kan hısımlığı), nikah ve *velâ* gibi mirasçı olma sebeplerinden birinin bulunmasına rağmen kişinin mirasçı olma ehliyetini ortadan kaldıran durumdur<sup>84</sup>. Yani kişi hem mirastan yoksun kalır hem de kişinin mirasçı olma ehliyeti ortadan kalkar<sup>85</sup>.

Mirastan yoksunluk, mirasçı olmaya engel olma halini ifade ederken mirasbırakan olmaya engel durumu ifade etmez. Ancak, din ayrılığı gibi bazı yoksunluk sebepleri hem mirasçı olmaya hem de mirasbırakan olmaya engeldir<sup>86</sup>.

#### B. Mirastan Yoksunluk Sebepleri

##### 1. Genel Olarak

İslam miras hukukunda varisin hangi durumlarda mirasçı olamayacağı kitap, sünnet ve icma ile belirlenmiştir<sup>87</sup>. Fakihler, mirastan yoksunluğa neden olan durumlardan mirasbırakanı öldürme, din farklılığı<sup>88</sup> ve kölelik üzerinde ittifak etmişlerdir. Bunların dışında, ülke ayrılığı<sup>89</sup>, ölüm tarihinin bilinmemesi, mirasçının bilinmemesi, *lian*<sup>90</sup>, mirasçının veled-i zina olması<sup>91</sup> durumları da mirasçılıktan yoksunluk sebepleri

<sup>82</sup> Bu kavram, 743 sayılı Medeni Kanun’a da yansımış ve buna ilişkin hükümler, m. 520-521’de mahrumiyet başlığı altında düzenlenmiştir.

<sup>83</sup> Mahmut Esad b. Emin Seydişehri, *Feraidü'l Feraiz* (1910 tarihli Selanik matbaası nüshasından tab ile), 81.

<sup>84</sup> Abdüsselam Arı, *İslam Miras Hukuku* (Pınar Yay. 2019) 36-37.

<sup>85</sup> “Kendinde mevcut bir vasıftan dolayı veya mesela akraba olmayan kişi gibi, miras sebebi bulunmaması dolayısıyla miras alamayanlar tarifin dışında kalmış olur.” (Vehbe Zuhayli, *İslam Fıkı Ansiklopedisi* C 10, (Risale Yay. 2008) 33; Seyyid Sabık, *Fıkıh us-Sünne*, C 3, (Pınar Yay. 1992) 277). Fıkıh kaynaklarında mirastan mahrumiyet olarak zikredilen “mahcub” kavramı, konumuzun dışındadır. Çalışma konumuz bağlamında bir yoksunluk nedeni olmayan mahcub, ölene daha yakın bir mirasçının varlığı nedeniyle mirasa ulaşamayacağı ifade eder.

<sup>86</sup> Seydişehri, 81.

<sup>87</sup> Sümeyye Akman Köse, *İslam Hukukunda Miras Engelleri* (Yayımlanmamış Yüksek lisan Tezi, Samsun, 2017), 39.

<sup>88</sup> “Müslüman kafire mirasçı olamaz.” Buhari, Feraiz, 26 (6464); Müslim, Feraiz, 1 (1614); Joseph Schacaht, *Miras Maddesi, İslam Ansiklopedisi* C.8 (MEB Yay., 1979) 356.

<sup>89</sup> Ülke ayrılığının mirastan yoksunluk sebebi olması görüşü Hanefi ve Şafiiilere aittir. (Orhan Çeker, *İslam Hukuku El Kitabı, Miras Hukuku Bölümü*, Ed. Talip Turcan, (Grafiker Yay. 2019) 376.)

<sup>90</sup> Li’an, karısını zina halinde iken yakaladığı veya çocuğun kendi nesebinden olmadığı iddiasıyla hâkime başvurup, iddiasını ispat edemediğinden, hâkim huzurunda karşılıklı lanetleşip boşanmayı ifade eden bir kavramdır. Koca karısını zina ile suçlarsa ya da çocuğun kendisinden olmadığını iddia ederse, önce iddiasını ispat etmesi istenir. İspat edemezse ya iftira cezası olan 80 sopa cezaya çarptırılır ya da hâkimin huzurunda lanetleşme yemini (müla’ane) yapar. İki taraf da beş kez iddialarının doğruluğu noktasında yemin eder ve “yalan söylüyorsam Allah’ın lanetine uğrayayım” derlerse Hanefi mezhebine göre hâkimin hükmü ile evlilikleri sona erer. (Saffet Köse, *İslam Hukuku El Kitabı, Aile Hukuku Bölümü*, Ed. Talip Turcan (Grafiker, 2019), 351; Karaman, 345.)

<sup>91</sup> Zuhayli, 333; Adnan Koşum, “İslam Hukukunda Evlilik Dışı İlişki Sonucu Dünyaya Gelen Çocukların Babalarına Mirasçılığı Sorunu”, *Dini Araştırmalar* C 9, S 2 (Ocak-Nisan, 2007), 159.

arasında sayılmıştır. Ancak bu hususlarda mezhepler arasında görüş ayrılığı olduğunu ifade etmemiz gerekir. Bu genel bilgileri zikrettikten sonra esas konumuz olan adam öldürmenin mirastan yoksunluk sebebi olarak ayrıntıları ve hükümleri üzerinde duracağız. Öncelikle ifade etmemiz gerekir ki, tespitlerimiz genel olarak Hanefi mezhebinin görüşleri doğrultusundadır. Maliki<sup>92</sup>, Hanbeli<sup>93</sup> ve Şafii<sup>94</sup> mezheplerinde de öldürme bir mirastan yoksunluk sebebidir. Ancak bu mezheplerin, öldürmenin şekli ile bağlantılı olarak mirastan yoksunluk hususunda bazı görüş ayrılıkları mevcuttur.

## 2. Mirasbırakanı Kasten Veya Hukuka Aykırı Olarak Öldürmek Veya Öldürmeye Teşebbüs Etmek

Hukukçular, mirasbırakanı öldürmenin mirastan yoksunluk sebebi olduğu hususunda ittifak etmiştir. Dayanak olarak da “Katile miras yoktur” hadisini almışlardır<sup>95</sup>. Ancak öldürme fiilinde failin kastına göre hangi tür öldürmenin mirastan yoksunluğu gerektireceği konusunda ihtilaf etmişlerdir<sup>96</sup>. Bir an önce mirasa sahip olmak amacıyla mirasbırakanı öldürmeye tedbir olarak, mirasbırakanı korumak için, öldürme bir mirastan yoksunluk nedeni olarak kabul edilmiştir<sup>97</sup>.

İslam hukukçuları adam öldürmeyi çeşitli şekillerde nitelendirmişlerdir. Bu nitelendirme hangi çeşit adam öldürmenin mirastan yoksunluğa sebep olacağı kanaatlerini de belirlemiştir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, tüm mezheplerde öldürme bir mirastan yoksunluk nedenidir. Bu sebeple adam öldürme çeşitlerini saymak yerinde olacaktır.

Hukukçular, kasten öldürme dışındaki sebeplerin mirastan yoksunluk sebebi olduğu hususunda görüş ayrılığı içindedir.<sup>98</sup> Bu nedenle, adam öldürme suçu kastın olup olmamasına göre ayrımlara tabi tutulmuştur. Bu ayrımlara yer vermek hangi tür adam öldürmenin mirastan yoksunluk sebebi olduğunu belirlemek açısından zorunludur.

<sup>92</sup> Maliki mezhebine göre, mirastan yoksunluğa sebep olan öldürme, kasıtlı işlenen öldürmelerdir. Sebebiyet yolu ile olsa dahi kast varsa mirastan yoksunluk söz konusu olur. Ancak hukuka uygunluk sebebinin olması ve hata ile gerçekleşen öldürmeler mirastan yoksunluk sebebi değildir. Yine öldürenin çocuk olması, akıl hastası olması da mirastan yoksunluğa sebep olmayan durumlardandır. Ancak aksi görüşte olan Maliki hukukçular da vardır. Abdulkadir Udeh, *Mukayeseli İslam Ceza Hukuku*, C 2, (Kayıhan Yay., 2012), 219. Muhsin Koçak, Nihat Dalgın ve Osman Şahin, *İslam Hukuku* (Ensar Yay. 2022), 330; Yusuf Çiğer, *Feraiz*, (Rağbet Yay., 2015), 3; Sabık, 277; Zuhayli, 338.

<sup>93</sup> Hanbeliler, ölümü haklı ve haksız olarak ayırmaktadır. Onlara göre haksız yere adam öldürme mirasa engeldir. Fiilin kasten, olası kastla veya taksirle işlenmesi durumu değiştirmez. Doğrudan doğruya sonucu meydana getirmek ile sebep olma yoluyla meydana getirmek arasında fark yoktur. Fail, ceza ehliyeti olmasa dahi, yasak bir fiili işlediğinden, mirastan yoksun kalacaktır. Failin kısıstan kurtulması mirastan yoksun kalmasına engel değildir. (Çiğer, 38; Udeh, 221; Zuhayli, 338).

<sup>94</sup> Şafiielerde adam öldürme mutlak bir mirastan yoksunluk sebebidir. Hangi sebeple olursa olsun öldürme, mirastan yoksunluk sebebi olarak kabul edilmiştir. Öldüren küçük ve akıl hastası olsa dahi, bu bir mirastan yoksunluk sebebi teşkil eder. Buna karşın, diğer bir görüşe göre Şafii mezhebi hukukçuları, haklı-haksız ayrımı yaparak, haklı bir nedenle öldürme durumunda mirastan yoksunluk sebebi olmadığını söylemektedirler. (Muhammed b.İdris Eş-Şafii, *Er-Risale* (Türkiye Diyanet Vakfı Yay. 2010) 318-319; Udeh, 220. Sabık, 277. Zuhayli, 338).

<sup>95</sup> Tirmizi, *Feraiz*, 17; Ahmed b. Hanbel, I, 49.

<sup>96</sup> Çiğer, 38; Zuhayli, 336.

<sup>97</sup> Karaman, 379.

<sup>98</sup> Sabık, 277; Zuhayli, 338.

Adam öldürme suçu, Hanefi mezhebine göre beş türdür: Kasıt, kasıt benzeri, hata ile, hata mecrasına cari, tesebbüben<sup>99</sup>. Şafiiiler ve Hanbeliler, kasıt, kasıt benzeri ve hata ile adam öldürme ayrımını yapar. Malikiler de kasıt ve hata ile ayrımını yaparlar.

Hanefi mezhebine göre, adam öldürme suçunun işlenebilmesi için fiilin delici ve kesici bir alet ile yapılması gerekir. Şafii ve Hanbeli mezhebine göre, tabiatı icabı çoğu kez öldürücü olan alet ile yapılan bir fiil olması gerekir. Hanefi olmalarına karşın Ebu Yusuf ve İmam Muhammed de bu görüştedir<sup>100</sup>. Maliki mezhebi ise, alet ile ilgili özel bir koşul ileri sürmez, failin kastına bakar<sup>101</sup>.

Hanefi mezhebine göre adam öldürme çeşitleri şunlardır:

-Katl-i Amd (Taammüden, kasten öldürmek): Bir kimseyi hukuka aykırı bir şekilde, yaralayıcı aletlerden biriyle bilerek ve isteyerek haksız yere öldürmektir<sup>102</sup>. Kast, insanın iç dünyasıyla ilgilidir ancak davranışlarla dışarı yansır. Kesici ve delici cisimlerde olduğu gibi kullanılan aletlerin öldürmeye elverişli olup olmadığı durumda veya çok yüksekte atma, kuyuya veya ateşe atma, öldürücü dozda zehir verme gibi fiillerde olduğu gibi kullanılan yöntemin ölümle sonuçlanacağına kuvvetle muhtemel olması durumunda mağdur ölmüşse kastın var olduğu söylenir. Kasten adam öldürmenin esas yaptırımı kısastır<sup>103</sup>.

-Şibh-i Amd (Kasıt benzeri): Bir kimseyi hukuka aykırı olarak, yaralayıcı olmayan veya çoğu kere ölümle sonuçlanmayan bir şey ile, bilerek ve isteyerek öldürmektir. Yumruk veya sopa ile veya bağırarak suretiyle korkutarak öldürmek gibi. Fail, fiil bilerek yapmıştır ama sonucu istememiştir<sup>104</sup>.

-Hata ile (Kasıtsız olarak, yanılma ile): Öldürme ve yaralama kastı olmayarak bir kimseyi öldürmektir. Fiilde hata ve kasıta hata olarak ikiye ayrılır<sup>105</sup>. Bir avcının atış yaparken bir şahsı öldürmesi örnek olarak verilebilir. Hataen adam öldürme kısas cezası verilmez. Diyet gerektirir<sup>106</sup>.

-Hata mecrasına cari (hata sayılacak şekilde, iradesiz bir fiil ile): İradi olmayan bir fiil ile meydana gelen öldürmedir. Uyurken birinin üzerine düşmek, yüksek bir yerden birinin üzerine düşmek veya freni patlayan bir araçla bir kimseyi çarpıp öldürmek örnek olarak verilebilir<sup>107</sup>.

<sup>99</sup> Ali Haydar Efendi, *İslam Hukukunda Feraiz ve İntikal* (2. Bası, DİB Yay., 1985) 14.

<sup>100</sup> Zuhayli, 337.

<sup>101</sup> Udeh, 47-49.

<sup>102</sup> Ali Haydar Efendi, s.14,

<sup>103</sup> Mustafa Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku* (Mimoza Yay. 2014) 376-377.

<sup>104</sup> Ali Haydar Efendi, 14

<sup>105</sup> Ali Haydar Efendi, 15.

<sup>106</sup> Ebu'l Hasan El Maverdi, *El-Ahkamu ş Sultaniyye* (Bedir Yayınevi, 1976) 263.

<sup>107</sup> Zuhayli, 37; Ali Haydar Efendi, 15.

-Tesebbüben (Sebebiyet yolu ile): Bir kimsenin ölümüne dolaylı olarak sebep olmaktır. Kamuya açık bir yola izinsiz olarak bir çukur kazılması ve bu çukura birinin düşerek ölmesi örnek olarak verilebilir<sup>108</sup>.

Hanefilere göre, bu haram olan öldürmedir. Yani kısas ve kefarete gerektiren öldürmedir. Kısas veya kefarete gerektirmeyen öldürmeler mirastan yoksunluk sebebi olmaz<sup>109</sup>. Kast, kasıt benzeri, hata ve hata mecrasına cari ile öldürmeler mirastan yoksun bırakılır<sup>110</sup>. Ama sebep olma yoluyla adam öldürme bir mirastan yoksunluk sebebi değildir. Öldürme çeşitlerinden dördünün mirastan yoksunluk sebebi olması öncelikle cezalandırma amaçlıdır. Bu, “*Kim ki bir şeyi zamanı gelmeden önce yaparsa mahrumiyet ile karşılaşır*”<sup>111</sup> kuralının sonucudur. Mirasçılardan mirasbırakanı öldürme ihtimalini artırmasını önlemek<sup>112</sup> bakımından mirastan yoksunluk aynı zamanda bir ceza gibi telakki edilmiştir<sup>113</sup>.

İzah ettiğimiz üzere, İslam hukukçuları sadece öldürmeyi mirastan yoksunluk nedeni olarak görmüşler, teşebbüsü bir yoksunluk nedeni olarak zikretmemişlerdir.

### C. Mirastan Yoksunluğun Hüküm ve Sonuçları

Hanefi mezhebine göre sebebiyet yoluyla öldürmek, ceza ehliyeti olmayanın öldürmesi, meşru müdafaa halinde öldürmek, tam ikrah halinde öldürmek ve ölüme mahkûm olmuş birini görev icabı öldürmek mirastan yoksunluğa neden olmaz<sup>114</sup>.

Sebeplere olma yolu ile öldürmeler dışındaki öldürme çeşitleri mirastan yoksunluk nedenidir<sup>115</sup>. Sebeplere olma yoluyla adam öldürme gerçek anlamda bir adam öldürme suçu sayılmamıştır. Kişinin kendi mülkünde olmayan bir yerde izinsiz olarak bir kuyu kazan veya oraya taş koyan kişi yapmış olduğu bu tasarruf nedeniyle ceza hukuku açısından sorumlu olmayacaktır ancak diyet (tazminat kabilinden) ödemesi gerekir<sup>116</sup>. Aynı kişi kendi mülkünde veya sahibinin izni ile başkasının mülkünde bu kuyuyu kazmış olsaydı bu durumda diyet de gerekmecekti<sup>117</sup>. Bu durumlarda mirastan yoksunluk da söz konusu olmayacaktır<sup>118</sup>.

<sup>108</sup> Ali Haydar Efendi, 15.

<sup>109</sup> Zuhayli, 336; Ciğer, Yusuf, 38.

<sup>110</sup> İbrahim Halebi, *Şerh-i Mülteka el Ebhur (Mevkufat) C.4* (Hisar Yay., 2018) 572.

<sup>111</sup> “Kim ki bir şeyi vaktinden evvel isti’cal eyler ise mahrumiyetle muateb olur.” Mecelle m. 99, İhan, s.56.

<sup>112</sup> “Mürisini öldürenlerin tamamı için bu tür bir değerlendirilmede bulunmak ne derece doğrudur? Kanaatimizce faili suça iten başka sebeplerin bulunması pekâlâ mümkündür. Ayrıca Hanefilerin hatâen öldürmeleri mirasa engel saymaları söz konusu illet ile çelişmektedir. Zira mürisini hatâen öldüren kişinin mirasa erken konmak gibi bir kastın olamayacağı açıktır.” (Suat Erdoğan, “İslam Hukukunda Mürisini Öldüren Kişinin Mirasçılığı”, *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi* C 11 S. 56 (2018) 977, 979).

<sup>113</sup> Ciğer, 38; Seydişehir, 86; Zuhayli, 336.

<sup>114</sup> Koçak, Dalgın ve Şahin, *İslam Hukuku*, 330.

<sup>115</sup> Ali Haydar Efendi, 15.

<sup>116</sup> Burhaneddin Merginani, *El Hidaye* C 2 (t.y), 440.

<sup>117</sup> Zuhayli, 337; Seydişehir, 86-87.

<sup>118</sup> Sevham El Mısıri, *İslam Hukukunda Şahsi Haller* (İslami Neşriyat Yayınevi, 1972), 134.

Adam öldürene yardım edenin sorumluluğu öldüren gibidir. Dolayısıyla öldürene yardım eden açısından da bir mirastan yoksunluk sebebi oluşacaktır<sup>119</sup>.

Adam öldürenin akıl ve baliğ olması yani tam ehliyetli olması gerekir<sup>120</sup>. Bu bakımdan çocuklar, akıl hastaları ve bunaklar ceza hukuku açısından sorumlu olmadıklarından onlar açısından bir mirastan yoksunluk sebebi de söz konusu olmaz. Bu kişilerin adam öldürme fiilleri hata olarak değerlendirilir ve sadece diyeti gerektirir. Bu da manevi zararı tazmin babında olup cezalandırma babında değildir. Yukarıda da belirtildiği üzere, hata ile adam öldürmede, ceza ehliyetinin varlığı halinde bir mirastan yoksunluk sebebi söz konusu olacaktır.<sup>121</sup>

Adam öldürme bir hakkın kullanımı suretiyle yani bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı halinde oluşursa yine bir mirastan yoksunluk sebebi söz konusu olmayacaktır. Örneğin ölüme mahkûm olan kimseyi celladın öldürmesi veya adil olan kimsenin asi olan<sup>122</sup> mirasçısını öldürmesi mirastan yoksunluk sebebi olmaz<sup>123</sup>. Kişinin had ve kısas cezasının infazı sonucu öldürülmesi, öldüren açısından bu anlamda mirastan yoksunluk sebebi olmayacaktır<sup>124</sup>.

Meşru müdafaa<sup>125</sup>, durumunda mirastan yoksunluk söz konusu olmayacaktır. Mirasbırakan mirasçıya saldırırsa ve mirasçının kendini koruması için öldürmekten başka bir çaresi olmazsa ve meşru müdafanın şartları gerçekleşmişse bu durumda da mirastan yoksunluk söz konusu olmaz<sup>126</sup>.

İkrah<sup>127</sup> sonucu öldürmede, mirastan yoksunluğun söz konusu olabilmesi için katilin ikrah-ı muteber<sup>128</sup> ile mükreh olmaması şarttır<sup>129</sup>. İkrah-ı mülcü<sup>130</sup> ile gerçekleşen bir öldürme fiili mirastan yoksunluk sebebi olmayacaktır<sup>131</sup>.

<sup>119</sup> Seydişehri, 87.

<sup>120</sup> Ali Haydar Efendi, 15; Ciğer, 38.

<sup>121</sup> Zuhayli, 337; Seydişehri, s. 87. Ciğer, 2015, s.38., Ali Haydar Efendi, 15.

<sup>122</sup> Devletin bir askeri olarak, devlet başkanına isyan eden mirasbırakanını öldürmesi Hanefilerin görüş birliğiyle mirastan yoksun bırakmaz. Ancak asi olanı asker olan mirasbırakanını öldürürse bu durumda mirastan yoksun olur. (Zuhayli, 337).

<sup>123</sup> Seydişehri, 87. Ali Haydar Efendi, 15.

<sup>124</sup> El Mısri, 134

<sup>125</sup> El Mısri, 134.

<sup>126</sup> Seydişehri, 87.

<sup>127</sup> "İkrah : Bir kimseyi ihâfe ile, rızâsı olmaksızın bir şey işlemek üzere, bigayr-i hak icbar etmektir ki, ol kimseye rânn fethiyle "mükreh" ve icbar eden kimseye "mücbir" ve ol işe "mükrehün aleyh" ve hafvî mücbib olan şeye "mükrehün bih" denir." Mecelle, m. 948; İlhan, 289-290.

<sup>128</sup> İkrahın muteber olması için de dört şart gereklidir: 1- İkrah mülcü olmalıdır, 2- Mücbir tehdidini yapmaya muktedir olmalıdır, 3- Tehdit konusunun gerçekleşme ihtimali, zorlanan kişiyi korkutmalıdır, 4- İkrahın kabul edilebilmesi için, zorlanan kişinin kendisinden zorlama ile yapılması istenen işi zorlayanın veya adamının huzurunda işlemelidir. Bu şartları taşıyan ikrahın olması durumunda kısas ve diyet gerekmeceğinden bu durumda mirastan yoksunluk da söz konusu olmayacaktır (Mecelle m. 1003, 1004, 1005).

<sup>129</sup> Seydişehri, 88.

<sup>130</sup> İkrah iki kısımdır. Birincisi cana ve vücut bütünlüğüne yönelik olan ikrahtır (ikrah-ı mülcü), ikincisi cana, vücut bütünlüğüne veya malvarlığının tamamına yönelik olmayan ikrahtır (ikrah-ı gayr-ı mülcü). Mecelle m.948-949; Cengiz İlhan, *Mecelle* (Yetkin, 2011) 290-291.

<sup>131</sup> Ali Haydar Efendi, 15.

Öldürücü davranışta bulunan mirasçı, mirasbırakandan önce yaşamını yitirirse, bu durumda mirasbırakan mirasçı olur. Örneğin, bir kişi mirasbırakanını öldürücü bir şekilde yaralarsa ancak yaralanandan önce ölürse bu durum geçerli olur ve yaralanan onun mirasçısı olur<sup>132</sup>. Öldüren, öldürülene mirasçı olamıyorsa da öldürülen öldürene mirasçı olabilmektedir<sup>133</sup>.

Mirastan yoksunluk şahsîdir. Bir kimsenin öldürme sebebiyle mirastan yoksun olması çocuklarının da yoksunluğunu gerektirmez<sup>134</sup>. Bir kimse kendi oğlu tarafından öldürülürse, oğlunun oğlundan başka mirasçısının bulunmaması halinde öldürenin oğlu mirasçı olur<sup>135</sup>.

Hangisinin önce öldüğü bilinmediği durumda, ölenlerden biri diğerine kesinlikle mirasçı olamaz. Hayatta kalan mirasçılar bu kişilerin her birine mirasçı olabilirler<sup>136</sup>.

Vasiyet lehdarının vasiyet yapana öldürmesi sonucu vasiyetten yoksun kalıp kalmayacağıyla ilgili olarak Kuran ve Sünnette bir hüküm bulunmamaktadır. Mirasbırakanını öldürenin mirastan yoksun kalmasına kıyasla, öldürenin bir an önce mirasa kavuşma arzusu ortak illet olduğundan, vasiyet edeni öldüren vasiyet lehdarı da vasiyet konusunda yoksun kalacaktır<sup>137</sup>. Ancak Hanefiler'in çoğuna göre bu vasiyet askıdadır ve mirasçılar onaylarsa geçerli sayılır<sup>138</sup>.

#### IV. Değerlendirme ve Sonuç

Mirasbırakan, tasarruf oranı sınırları içinde kalmak kaydıyla, malvarlığı üzerinde ölüme bağlı tasarrufları veya sağlararası bağışlamaları ile serbestçe tasarruf edebilir. Mirastan yoksunluk sebepleri Medeni Kanun m. 578/I'de, mirasbırakanı kasten veya hukuka aykırı olarak öldürme veya öldürmeye teşebbüs etme, mirasbırakanı kasten veya hukuka aykırı olarak sürekli şekilde ölüme bağlı tasarruf yapamayacak duruma getirme, ölüme bağlı tasarruf yapmasını veya böyle bir tasarruftan dönmesini aldatma, zorlama veya korkutma yoluyla sağlama veya engelleme, mirasbırakanın artık yeniden yapamayacağı bir durumda ve zamanda ölüme bağlı bir tasarrufu kasten ve hukuka aykırı olarak ortadan kaldırma veya bozma olarak sınırlı sayıda düzenlenmiştir. Çalışma konumuz olan mirasbırakanı kasten veya hukuka aykırı olarak öldürme veya öldürmeye teşebbüs etme dışındaki sebepler incelendiğinde, muhtemel mirasçının, çoğunlukla ekonomik saiklerle, kendi menfaatine olmayan ölüme bağlı

<sup>132</sup> Seydişehri, 89.

<sup>133</sup> Ali Haydar Efendi, 16.

<sup>134</sup> Hamza Aktan, *Miras Maddesi Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi C 30* (TDV Yayınları, 1989), 144.

<sup>135</sup> Ali Haydar Efendi, 119.

<sup>136</sup> İmam Malik, 455.

<sup>137</sup> M. Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (5. Baskı, Hars Yay., 2005) 41.

<sup>138</sup> "Mâlikîler'e, bazı Hanbelîler'e ve Şâfîler'de kuvvetli görüşe göre vasiyet sahih, Ebû Yûsuf ve diğer fakihlere göre ise bâtildir." Abdüsselam Arı, *Vasiyet Maddesi Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi C 42* (TDV Yayınları, 2012), 554

tasarrufu ortadan kaldırma veya irade sakatlığı oluşturma yoluyla mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf yapma serbestisine müdahale ettiği görölmektedir. Mirasbırakanı öldürme veya öldürmeye teşebbüs etme de ölüme bağlı tasarruf yapma serbestisine müdahale amacıyla yapılabilir elbette ama mirastan yoksunluk sonucunun doğumu için hangi saikle yapıldığına bakılmaksızın bu fiilin kasten ve hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmesi yeterli görölmüştür. Bununla birlikte, kanunda öldürmenin veya öldürmeye teşebbüsün kasten ve hukuka aykırı olarak gerçekleştirilebileceği vurgulandığından somut olayda hukuka aykırılığı ortadan kaldıran, muhtemel mirasçının ayırt etme gücünün olmaması, meşru müdafaa gibi ihtimallerde mirastan yoksunluk söz konusu olmayacaktır.

Mirastan yoksunluk sebeplerinden birini gerçekleştiren kişi kanun gereği, kendiliğinden mirasçılık sıfatını kaybeder. Bu bağlamda, yoksunluğa neden olan davranışın anayasal güvence altında olan miras hakkının kazanılmasını engelleyecek düzeyde ağır bir yaptırıma bağlandığı görölmektedir. Mirasbırakanı öldüren veya öldürmeye teşebbüs eden kişi mirasbırakandan önce ölmüş gibi kabul edilir ve bu kişinin miras hakkı altsoyuna geçer.

İslam hukukunda mirastan yoksunluk nedenlerine baktığımızda, mirasçının hangi durumlarda mirasçı olamayacağına kitap, sünnet ve icma ile belirlendiğini görmekteyiz. Hukukçular, mirastan yoksunluğa neden olan durumlardan mirasbırakanı öldürme, din farklılığı ve kölelik üzerinde görüş birliğine varmışlardır. Bunların dışında, ülke ayrılığı, ölüm tarihinin bilinmemesi, mirasçının bilinmemesi, li'an, mirasçının veled-i zina olması durumları da mirasçılıktan yoksunluk sebepleri arasında sayılmıştır. Ancak bu hususlarda mezhepler arasında görüş ayrılığı vardır.

Mirasbırakanın öldürülmesi tüm mezheplerde mirastan yoksunluk sebebi olarak kabul edilmiştir. Ancak öldürme fiilinin gerçekleştirilme şekline ilişkin mezheplerin farklı ayrımlar yapması bu husustaki algılarını da etkilemiştir. Çalışmamızda esas aldığımız Hanefi mezhebi en geniş ayrımı yaparak, kast, kasıt benzeri, hata, hata mecrasına cari ve sebep olma yoluyla olmak üzere beşli bir ayrım yapmıştır. Bu ayrımlardan sadece sebep olma yoluyla öldürmeyi mirastan yoksunluk sebebi olarak görmemiş diğer öldürme çeşitlerini de mirastan yoksunluk sebebi olarak görmüştür.

Mirastan yoksunluk nedeni olarak mirasbırakanın öldürülmesini Medeni Hukuk ve İslam hukuku ile karşılaştırdığımızda karşımıza şu sonuçlar çıkmaktadır:

Her iki hukuk sisteminde de mirastan yoksunluk sonucu doğuran fiilleri işleyen kimse, mirasçı veya vasiyet alacaklısı olamaz. Yoksunluk, mirasın intikalini engellediği gibi mirasbırakanın yapmış olduğu ölüme bağlı tasarruflara yönelik taleplerin de ileri sürülememesi sonucunu doğurur.

Medeni Kanun m. 578/I b. 1’de kast şartının aranmasından anlaşılacağı üzere, öldürmenin mirastan yoksunluk sonucu doğurması için, öldürme fiilini gerçekleştiren kişinin ayırt etme gücüne sahip olması gerekir. Buna karşılık, cezai ehliyetinin olması aranmaz. Ancak İslam hukukunda Hanefî mezhebi ceza ehliyeti olmasını da arar. Ceza ehliyeti olmayan biri mirasbırakanını öldürürse mirastan yoksun olmayacaktır. Medeni hukuka göre, mirastan yoksunluk sebebi sayılan davranışta bulunan kişinin bu davranış nedeniyle ceza mahkemesinde yargılanmasına ve bu yargılama sonucunda mahkûm olmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Ancak İslam hukukunda kişinin kısas veya diyet cezası ile cezalandırılması gerekmektedir.

Medeni hukukta, yoksunluk nedenlerindeki kasti ve hukuka aykırı davranışlar olumlu (yapmak şeklinde) fiiller olabileceği gibi (boğulmakta olan ve yüzme bilmeyen babasına kasten yardım etmeyip, onu boğulmaktan kurtarmamak gibi) olumsuz da olabilir. Tedbirsizlik ve ihmal yüzünden meydana gelen durumlar (mesela vasiyetnamenin dikkatsizlikle yanması) yahut hukuka aykırı olmayan haller ise yoksunluk nedeni değildirler. Hanefî mezhebi açısından değerlendirdiğimizde, mirasbırakanı öldürmenin olumsuz bir eylemle gerçekleştirilemesinin mümkün olmamasından yola çıkarak bu tür eylemlerin mirastan yoksunluk sebebi olmayacağı sonucuna varabiliriz. Tedbirsizlik ve ihmal açısından baktığımızda, bu tür eylemlerin hata ve hata benzeri kapsamında olacağını düşünürsek bunların da mirastan yoksunluk sebebi olduğunu söyleyebiliriz. Ancak öldürme eylemi sebebiyet olma yoluyla gerçekleşirse mirastan yoksunluk söz konusu olmayacaktır.

Hem medeni hukukta hem de İslam hukukunda öldürmeye azmettiren, teşvik eden veya yardım eden gibi sıfatlarla iştirak eden kişiler de mirastan yoksun sayılacaktır.

Yine öldürme eyleminde bir hukuka uygunluk sebebinin bulunması her iki hukuk sistemi açısından mirastan yoksunluğa engel bir durumdur. Mirasçı meşru müdafaa halinde, görevin ifası gereği veya bir hakkın kullanımı sonucu ölüme sebebiyet verirse mirastan yoksun kalmayacaktır.

Mirasbırakanı öldürmeye teşebbüs Medeni hukukta bir mirastan yoksunluk sebebi olarak sayılmışken, İslam hukukunda sadece “katl” kavramı kullanılmıştır. Dolayısıyla teşebbüs ihtimalinde ölüm gerçekleşmediğinden bunun mirastan yoksunluk sebebi sayılmadığı sonucuna varabiliriz.

Medeni hukuka göre, mirasbırakanın bir akrabasını veya yakını öldürmek veya öldürmeye teşebbüs etmek mirasbırakanın mirasından yoksunluk nedeni değildir. İslam Hukukunda bu hususta yaptığımız araştırmalarda buna ilişkin bir bilgiye rastlamamakla birlikte, tüm kaynaklarda mirasbırakanı öldürmekten bahsedildiğinden, mirasbırakanın bir akrabasını veya yakını öldürmenin mirastan yoksunluk nedeni olmayacağı sonucuna varabiliriz. Ayrıca İslam Hukukundaki,



mirastan yoksunluğun illeti olarak belirtilen mirasa bir an evvel ulaşma saikinin bu sonuca ulaşmamızı kolaylaştırdığını ifade edebiliriz.

Her iki hukuk sisteminde de mirastan yoksunluk kişisel olup, yoksun kalan kişinin alt soyunu etkilemez. Yoksun kalan kişinin miras hakkı, o sanki mirasbırakanın ölümünde sağ değilmiş gibi, onun alt soyuna geçer.

Nihai olarak, her iki hukuk sisteminde de mirastan yoksunluğun temel saikinin birbirine paralel olduğunu, mirasbırakanı öldürmenin benzer sonuçlara bağlandığını söylemek mümkündür. İslam hukukunda miras engelleri başlığı altında sayılan diğer sebeplerin çoğunun bir mirastan yoksunluk nedeni olmaktan ziyade mirasçılık sıfatına engel durumlar olduğunun tespiti de yerinde olacaktır.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dışbağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

**Yazar Katkışı:** Çalışma Konsepti/Tasarımı: A.İ., E.E.; Veri Toplama: A.İ., E.E.; Veri Analizi /Yorumlama: A.İ., E.E.; Yazı Taslağı: A.İ., E.E.; İçeriğin Eleştirel İncelemesi: A.İ., E.E.; Son Onay ve Sorumluluk: A.İ., E.E.

**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: A.İ., E.E.; Data Acquisition: A.İ., E.E.; Data Analysis/Interpretation: A.İ., E.E.; Drafting Manuscript: A.İ., E.E.; Critical Revision of Manuscript: A.İ., E.E.; Final Approval and Accountability: A.İ., E.E.

## Bibliyografya/Bibliography

- Antalya G ve Sağlam İ, , *Miras Hukuku* (5. Baskı, Seçkin 2021).
- Aktan H, *Miras Maddesi Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi C 30* (TDV Yayınları, 1989)
- Ali Haydar Efendi, *İslam Hukukunda Feraiz ve İntikal* (2. Bası, DİB Yay., 1985).
- Arı A, *İslam Miras Hukuku* (Pınar Yay. 2019).
- Arı, A, *Vasiyet Maddesi Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi C 42* (TDV Yayınları, 2012).
- Avcı, M, *Osmanlı Ceza Hukuku* (Mimoza Yay. 2014).
- Ayan M, *Miras Hukuku* (9. Baskı, Seçkin 2016)
- Aydın, M.A, *Türk Hukuk Tarihi* (5. Baskı, Hars Yay. 2005).
- Ayiter N ve Kılıçoğlu A, *Miras Hukuku* (2. Bası, Savaş Yayınları 1991).
- Berki ř. *Miras Hukuku* (Sevinç Matbaası, 1975).
- Ciğer Y, *Feraiz*, (Rağbet Yay., 2015).
- Çabri S, *Miras Hukuku şerhi C. II* (2. Baskı, On İki Levha 2023).
- Çeker O, *İslam Hukuku El Kitabı, Miras Hukuku Bölümü*, Ed. Talip Turcan, (Grafiker Yay. 2019).
- Dural M ve Öz T, *Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku* (18. Bası, Filiz Kitabevi 2022).
- El Maverdi, E, *El-Ahkamu's Sultaniyye* (Bedir Yayınevi, 1976).
- El-Mısıri, S, *İslam Hukukunda şahsi Haller* (İslami Neşriyat Yayınevi, 1972).
- Engin, Bİ, *Mirastan Yoksunluk* (Beşir Kitabevi, 2010).

- Erdoğan, S, “İslam Hukukunda Murisini Öldüren Kişinin Mirasçılığı”, *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi* C 11 S 56 (2018).
- Eren F ve Yücer Aktürk İ, *Türk Miras Hukuku* (5. Baskı, Yetkin 2023).
- Escher A, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band, Das Erbrecht (Art. 537-640)* (Schultess 1960).
- Eş-Şafii MBİ, *Er-Risale* (Türkiye Diyanet Vakfı Yay. 2010).
- Gençcan, ÖU, *Miras Hukuku* (3. Baskı, Yetkin 2016).
- Gönensay S ve Birsen K, *Miras Hukuku* (2. Bası, Ahmed Said Matbaası 1963).
- Halebi İ, *Şerh-i Mülteka el Ebhur (Mevkufat) C.4* (Hisar Yay., 2018).
- Hatemi H, *Miras Hukuku* (10. Bası, On İki Levha, 2022) N 26
- İlhan C, *Mecelle* (Yetkin, 2011).
- İmre Z ve Erman H, *Miras Hukuku* (15. Bası, Der 2021).
- İnan, AN, Ertaş Ş ve Albaş H, *Miras Hukuku* (11. Bası, Seçkin 2022).
- Karaman H, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, (12. Baskı, Ensar 2007).
- Kılıçoğlu A, *Miras Hukuku* (10. Bası, Turhan Kitabevi 2019).
- Kocayusufoğlu N, *Miras Hukuku* (3. Bası, Filiz Kitabevi 1987).
- Koçak M, Dalgın N ve Şahin O, *İslam Hukuku* (Ensar Yay. 2020).
- Koşu, A, “İslam Hukukunda Evlilik Dışı İlişki Sonucu Dünyaya Gelen Çocukların Babalarına Mirasçılığı Sorunu”, *Dini Araştırmalar* C 9, S 2 (Ocak-Nisan, 2007).
- Köprülü, B, *Miras Hukuku*, (2. Bası, Fakülteler Matbaası 1985).
- Köse S, *İslam Hukuku El Kitabı, Aile Hukuku Bölümü*, Ed. Talip Turcan (Grafiker, 2019).
- Köse, SA, *İslam Hukukunda Miras Engelleri* (Yayımlanmamış Yüksek lisan Tezi, Samsun, 2017).
- Merginani B, *El Hidaye C 2* (t.y).
- Oğuzman, K, *Miras Hukuku* (6. Bası, Filiz Kitabevi 1995).
- Sabık S, *Fıkh'us-Sünne, C 3*, (Pinar Yay. 1992).
- Schacht J, *Miras Maddesi, İslam Ansiklopedisi C.8* (MEB Yay., 1979).
- Schwander, I, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II (Art 457-977 ZGB)* (6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019).
- Serozan, R ve Engin Bİ, *Miras Hukuku* (7. Baskı, Seçkin 2021).
- Seydişehri, M, *Feraidü'l Feraiz* (1910 tarihli Selanik matbaası nüshasından tab ile).
- Seyyid Sabık, *Fıkh'us-Sünne, C.3*, (Pinar Yay. 1992).
- Şener E, *Miras Hukuku C. I* (Olgaç Matbaası, 1977).
- Tuor P ve Piconi V, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III, Das Erbrecht, 2. Abteilung Der Erbgang, Art 537-640* (Staempfli, 3. Auflage, 1966).
- Udeh A, *Mukayeseli İslam Ceza Hukuku, C 2*, (Kayıhan Yay., 2012).
- Yağcı, K, *Cezai Mirasçılıktan Çıkarma (Cezai Iskat)* (On İki Levha, 2013)
- Zuhayli V, *İslam Fıkhı Ansiklopedisi C 10*, (Risale Yay. 2008)

#### Elektronik Kaynaklar/ Electronic Resources

Lexpera <www.lexpera.com.tr>



# İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 08.06.2023  
Revizyon Talebi: 14.06.2023  
Son Revizyon Tarihi: 20.11.2023  
Kabul: 15.10.2023  
Online Yayın: 19.12.2023

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

## Sigortacıya Dava Açmadan Önce Yazılı Başvuruda Bulunulması Zorunluluğunun (KTK m. 97) Medenî Usûl Hukuku Yönüyle Değerlendirilmesi

Efe Direnisa\*

### Öz

Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. maddesine göre, zarar gören, zorunlu malî sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde ilgili sigorta kuruluşuna doğrudan dava açabilir. Zarar gören üçüncü kişi her ne kadar sigorta sözleşmesinin tarafı olmasa da Kanun'un kendisine tanıdığı hakkı kullanarak doğrudan sigortacıya başvurmak suretiyle zararının tazminini talep edebilir. Zarar gören üçüncü kişiye sigortacıya doğrudan dava açma hakkının tanınmış olması, üçüncü kişi yararına sözleşme olarak nitelendirilemez. Burada üçüncü kişi yararına sözleşmenin şartları mevcut değildir. Sözleşmede belirlenmiş olan bir "lehtar" söz konusu olmayıp, kimin zarar göreceği belirsizdir. Bu nedenle zarar görme ihtimali olan her kişiyi potansiyel olarak üçüncü kişi yararına sözleşmenin lehtarı olarak kabul etmek kanunen mümkün olmadığı gibi, aynı zamanda bunu gerektiren herhangi bir haklı gerekçe mevcut değildir. Üçüncü kişinin doğrudan dava hakkı kanundan doğan bir hak olup, sözleşmenin nispliği ilkesinin de istisnasıdır. Bu hakkın kabul edilmesinin sebebi, zarar gören kişinin daha etkin biçimde korunması düşüncesidir. Böylece, riziko gerçekleştiği takdirde, zarar veren sigortalı ile (sigorta bedeli kadar) sigortacının müteselsel sorumluluğu ortaya çıkmış olur. Zarar gören üçüncü kişinin sigortacıya karşı gerek devlet yargısında gerek Sigorta Tahkim Komisyonu'nda dava açabilmesi için öncelikle sigortacıya yazılı bir başvuru yapmış olması gerekir (KTK m. 97). Söz konusu yazılı başvurunun niteliğinin belirlenmesi gerekir. Ayrıca bu yazılı başvurunun arbuluculuk bağlamında da değerlendirilmesi önemlidir. Özellikle arbuluculuğa başvurulması hâlinde, yazılı başvuru şartının yerine getirilmiş sayılıp sayılmayacağına ortaya konulması gerekir. Bu çalışmada sigortacıya doğrudan dava açılması hakkının ve sigortacıya yazılı başvuruda bulunulmasının hukukî niteliği, medenî usûl hukuku bakımından özellikle dava hakkı, dava şartları ve arbuluculuk bağlamında ele alınmıştır. Konuyla ilgili doktrindeki görüşlerin yanı sıra uygulamaya ilişkin güncel yargı kararları da ele alınarak, bu kararlarda benimsenen görüşler değerlendirilmiştir.

### Anahtar Kelimeler

Yazılı Başvuru, Dava Şartı, Arbuluculuk, Karayolları Trafik Kanunu, Medenî Usûl Hukuku

## The Issue of Whether the Special Lien is Transferred to the Assignee in Case of the Assignment of the Claim Secured by the Special Lien

### Abstract

Per Article 97 of the Highway Traffic Code, the injured party may file a lawsuit directly against the insurance company within the limits outlined in their compulsory financial liability insurance. Although not being a party to the insurance agreement, the aggrieved third party may exercise the legal right bestowed upon them to directly petition the insurer for damages compensation. The fact that the aggrieved third party is granted the right to sue the insurer directly not constitute a contract for the benefit of the third party. In this case, the conditions for a contract in the third party's benefit are absent. There is no "beneficiary" designated in the contract, and it is unclear who will suffer damages. Hence, it is

\* Sorumlu Yazar: Efe Direnisa (Doç Dr.), Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: direnisa@tau.edu.tr ORCID: 0000-0002-2220-9468

Atf: Direnisa E, "Sigortacıya Dava Açmadan Önce Yazılı Başvuruda Bulunulması Zorunluluğunun (KTK m. 97) Medenî Usûl Hukuku Yönüyle Değerlendirilmesi" (2023) 81(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 645. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2023.81.3.0004>



not only legally unfeasible but also without justification to regard all individuals who are potentially harmed as beneficiaries of the contract for the third party. The third party's right to file a lawsuit is a legally generated right and an exception to the principle of relativity of contracts. The rationale behind the acceptance of this right is to enhance the efficacy of protection for the injured individual. Thus, if a risk occurs, the joint liability of the insured causing the damage (up to the insurance cost) and the insurer shall be generated. The aggrieved third party must first submit a written application to the insurer prior to filing a case against the insurer, whether in the state jurisdiction or with the Insurance Arbitration Committee (Highway Traffic Code art. 97). The nature of this written application must be specified. Furthermore, it is important that this written application be evaluated within the framework of mediation. Whether the written application requirement has been fulfilled must be specified in detail, particularly in cases where mediation is being pursued. This study discusses the legal nature of the right to sue the insurer directly and to submit a written application to the insurer in terms of civil procedure law, with a particular focus on litigation, procedural obligations, and mediation. In addition to the views in the doctrine on the subject, the current judicial decisions pertaining to this practice, along with an assessment of the opinions supported in these decisions, have been discussed.

**Keywords**

Written Application, Procedural Requirement, Mediation, The Highway Traffic Code, Civil Procedure Law

***Extended Summary***

This study discusses the legal nature of the right to sue the insurer directly and to submit a written application to the insurer in terms of civil procedure law, with a particular focus on litigation, procedural obligations, and mediation. The doctrine's perspectives on the matter have been supplemented with an analysis of recent judicial decisions pertaining to this practice, along with an assessment of the opinions bolstered by these decisions. The outcomes reached within the scope of the study are as follows. First, in accordance with Article 97 of the Highway Traffic Law, granting the injured third party the right to sue the insurer directly is not for the benefit of the third party; however, it is a legal right accepted to protect the injured person. Since a contract does not pertain to a third party's benefit, the procedural provisions are not binding for the third party (the injured party). Second, Article 97 of the Highway Traffic Law mandates the attachment of the necessary documents stipulated in the General Conditions of Highway Motor Vehicles Compulsory Liability Insurance for the validity of the injured person's written application to the insurer. Without the attachment of the required documents to the written application, the receivable remains undue and consequently, there is no occurrence of default. This, in return, eliminates any legal benefit of filing a lawsuit. In insurance law, due and default appear differently than in general provisions. Third, the analysis reveals that the written application procedure does not constitute an unquestionable litigation prerequisite, given the due date, the subject of the default, and the indispensability of submitting a valid application accompanied by the necessary documents. In the absence of such action, the application procedure with the insurance company will only become nothing but a simple and nonbinding formality. Fourth, a written application to the insurer prior to filing a lawsuit is a prerequisite for a special lawsuit, as stated in Article 97 of the Highway Traffic Law. The written application

procedure serves as the means by which the concrete plan is executed, and its unique characteristic is that it is directly dependent on the legal interest condition from the general case conditions. Fifth, in the absence of a written application, a lawsuit filed renders the aforementioned deficiency unresolvable. In other words, the written application procedure constitutes a unique lawsuit condition that is not feasible to fulfill. Otherwise, making a written application to the insurer as per Article 97 of the Mandatory Highway Traffic Law would run counter to the intended objective of the procedure. Only exceptionally, this condition may be completed spontaneously, without the court granting any time, during the trial. In this case, the case should not be dismissed on a procedural basis; rather, a substantive decision should be made. Sixth, a written application among alternative dispute resolution methods also constitutes a negotiation. Consequently, in accordance with the 18th paragraph of Article 18/A of the Law on Mediation in Civil Disputes, the obligation to seek mediation concerning the lawsuit that is subsequently filed is waived upon the completion of the written application process (if any). Seventh, applying to mediation fulfills the requirement of making a written application to the insurer in Article 97 of the Highway Traffic Law, provided that the documents sought in the written application are attached to the application made to the mediator. Hence, it can be deduced that upon the conclusion of the mediation process, the injured party is not obligated to submit an application to the insurer to initiate a lawsuit. Moreover, the completion of the mediation process signifies that the written application requirement for litigation has been fulfilled. However, this completion is contingent upon the attachment of the required documents to the written application. It is unreasonable to expect the insurer to calculate the loss sustained under the expected risk. The General Conditions of Highways Motor Vehicles Compulsory Financial Liability Insurance documents and information required to perform such a calculation must be appended to the mediator's application concerning the incident and the assessment of damages. Otherwise, the requirement of making a written application to the insurer, as stipulated in Article 97 of the Highway Traffic Law, becomes negligible. Nevertheless, in the event that the parties are unable to resolve their dispute through mediation, the requirement that the injured person makes a written application to the insurer brings an additional burden for them. It negatively affects their right to access the court. This is because if the necessary documents are fully and completely attached to the application made to the mediator, the insurer's debt becomes due in the context of insurance law. The insurer now has the opportunity to understand the event and determine the loss.

## Giriş

Karayolları Trafik Kanunu'nun<sup>1</sup> 97. maddesine göre, zarar gören, zorunlu malî sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde ilgili sigorta kuruluşuna doğrudan dava açabilir. Zarar gören üçüncü kişi her ne kadar sigorta sözleşmesinin tarafı olmasa da Kanun'un kendisine tanıdığı hakkı kullanarak doğrudan sigortacıya başvurmak suretiyle zararının tazminini talep edebilir. Zarar gören üçüncü kişinin sigortacıya karşı gerek devlet yargısında gerek Sigorta Tahkim Komisyonu'nda dava açabilmesi için öncelikle sigortacıya yazılı bir başvuru yapmış olması gerekir (KTK m. 97).<sup>2</sup> Bu çalışmada sigortacıya doğrudan dava açılması hakkının ve sigortacıya yazılı başvuruda bulunulmasının hukukî niteliği, medenî usûl hukuku bakımından özellikle dava hakkı, dava şartları ve arabuluculuk bağlamında ele alınmıştır. Konuyla ilgili doktrindeki görüşlerin yanı sıra uygulamaya ilişkin güncel yargı kararları da ele alınarak, bu kararlarda benimsenen görüşler değerlendirilmiştir.

### I. Zarar Görenin Doğrudan Sigortacıya Başvurabilmesi İmkânı

Sözleşmenin nispliliği ilkesi uyarınca sözleşme kural olarak borç ilişkisinin sadece taraflarını ilgilendirir. Ancak bazen sözleşmenin nispliliği ilkesine, kanunen bazı istisnalar getirilmiştir. Bu konuda getirilen istisnalardan birisi de, sorumluluk sigortaları bakımından sigortalının zarar verdiği kişiye (zarar görene) doğrudan dava hakkı tanıyan düzenlemedir. Karayolları zorunlu malî sorumluluk sigortasında sigorta ettirenin zarar verdiği üçüncü kişi (zarar gören), sigorta sözleşmesinin tarafı olmadığı hâlde bu sigortadan yararlanmaktadır. Zarar görenin doğrudan doğruya sigortacıya başvurması, zarar veren durumundaki sigortalıya rahatlatıcı bir etki sağlamakta ve sorumluluk sigortasıyla sağlanmak istenilen amaca hizmet etmektedir.<sup>3</sup> Doğrudan dava hakkı, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu yürürlüğe girmeden önce de tüm sorumluluk sigortaları için uygulanmaktaydı. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1478. maddesiyle zarar gören üçüncü kişilerin doğrudan dava hakkı, her türlü sorumluluk sigortası için açık bir şekilde kabul edilmiştir. Sorumluluk sigortasında, zarar gören üçüncü kişinin sigortacıya karşı doğrudan dava hakkı, Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. maddesinin<sup>4</sup> ve Türk Ticaret Kanunu'nun 1478. maddesinin

<sup>1</sup> RG 18.10.1983/18195.

<sup>2</sup> Sigortacıya başvuruya eklenmesi gereken belgelere ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Vural Seven, 'Mahkemeye-Tahkime Başvurmadan Önce Sigorta Şirketine Başvuru Zorunluluğunda Sunulacak Belgelerin (Özellikle Sağlık Kurulu Raporu) Dava Şartı ve Temerrüt İle İlişkisi' (2022) Hacettepe HFD 142, 156 vd.

<sup>3</sup> Rauf Karasu, *Karayolları Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası)* (Yetkin Yayınları 2016) 23.

<sup>4</sup> Plan ve Bütçe Komisyonu'nun raporuyla 6704 sayılı Kanun'a eklenen ve Karayolları Trafik Kanunu'nu değiştiren maddenin Gerekçesi şu şekildedir: "2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununda değişiklik yapılması suretiyle, trafik kazalarında zarar görenlerin daha hızlı ve eksiksiz tazminat alabilmesi ve yargı üzerinde oluşan yükün hafifletilebilmesini teminen zarar görenlerin sigorta şirketine başvurusunun ardından, 5684 Sayılı Sigortacılık Kanununun tahkime ilişkin başvuru şekli ve süresinin dikkate alınmasını öngören bir düzenleme Tasarıya yeni çerçeve 6 ncı madde olarak eklenmiştir." (TBMM Bülteni, Dönem 26, Yasama Yılı 1, Sıra Sayısı 273, s. 42). Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. maddesinin 6704 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önceki gerekçesi şu şekildedir: "Sigortacılar tarafından tazminat ve giderlerin ödenmesine ait esaslar açıklanmaktadır." (Karayolları Trafik Kanunu Tasarısının Danışma Meclisince Kabul Olunan Metni ve Millî Güvenlik Konseyi İçişleri Komisyonu Raporu, Sıra Sayısı 678, s. 10).

yanında; Türk Borçlar Kanunu'nun 130. maddesinde, Karayolu Taşıma Kanunu'nun 21. maddesinde ve Seyahat Acenteleri ve Seyahat Acenteleri Birliği Kanunu'nun 12/1-a maddesinde de açıkça kabul edilmiştir.

## II. Zarar Görenin Doğrudan Sigortacıya Dava Açma Hakkının Hukukî Niteliği

Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. maddesine göre, zarar gören, zorunlu malî sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde ilgili sigorta kuruluşuna doğrudan dava açabilir. Başka bir ifadeyle, zarar gören, her ne kadar sigorta sözleşmesinin tarafı olmasa da kanununun kendisine tanıdığı hakkı kullanarak doğrudan sigortacıya başvurmak suretiyle zararının tazminini talep edebilir. Aynı yöndeki daha genel niteliği haiz başka bir düzenleme olan Türk Ticaret Kanunu'nun 1478. maddesine göre, zarar gören, uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmının tazminini, sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı süresi içinde kalmak şartıyla, doğrudan sigortacıdan isteyebilir.

Doktrindeki baskın görüşe göre, zarar gören üçüncü kişinin doğrudan dava hakkı, üçüncü kişi lehine sözleşme niteliğinde olmayıp, kanundan kaynaklanmaktadır.<sup>5</sup> Doktrindeki azınlık görüşüne göre ise, zarar gören üçüncü kişiye sigortacıya doğrudan başvurma hakkının tanıdığı sorumluluk sigortası, tam üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğini haizdir.<sup>6</sup> Kanaatimizce zarar gören üçüncü kişiye sigortacıya doğrudan dava açma hakkının tanınmış olmasını, üçüncü kişi yararına sözleşme olarak nitelendirmek mümkün değildir. Burada her şeyden önce üçüncü kişi yararına sözleşmenin şartları mevcut değildir. Sözleşmede belirlenmiş olan bir "lehtar" söz konusu olmayıp, kimin zarar göreceği belirsizdir. Bu nedenle zarar görme ihtimali olan her kişiyi potansiyel olarak üçüncü kişi yararına sözleşmenin lehtarı olarak kabul etmek kanunen mümkün olmadığı gibi, aynı zamanda bunu gerektiren herhangi bir haklı gerekçe mevcut değildir. Üçüncü kişinin doğrudan dava hakkı kanundan doğan bir hak olup, sözleşmenin nispiyeti ilkesinin de istisnasıdır. Bu hakkın kabul edilmesinin sebebi, zarar gören kişinin daha etkin biçimde korunması düşüncesidir. Böylece, riziko gerçekleştiği takdirde, zarar veren sigortalı ile (sigorta bedeli kadar) sigortacının müteselsil sorumluluğu ortaya çıkmış olur. Aynı yönde ve genel nitelikte bir düzenleme içeren Türk Ticaret Kanunu'nun 1478. maddesinin Hükümet Gerekçesi'nde isabetle dava hakkının üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğini haiz olmadığı hususu şu şekilde ifade edilmiştir: "Sorumluluk sigortalarında asıl amaç

<sup>5</sup> Karasu (n 3) 23; Tekin Memiş, 'Zorunlu Trafik Mali Mesuliyet Sigortasında Sigortacının Sorumluluğunun Niteliği ve Sebepsiz Zenginleşme', *XX. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu* (2005) 75; Elif Beyza Akkanat Öztürk, 'Sorumluluk Sigortalarında Zarar Görenin Doğrudan Dava Hakkı' (2020) 11 TAAD 471, 475; Ali Bozer, *Sigorta Hukuku Genel Hükümler, Bazı Sigorta Türleri* (2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2009) 131; Birgül Sopacı Öztuna, 'Türk ve Alman Hukukunda Yeni Düzenlemeler Işığında Sorumluluk Sigortasında Doğrudan Talep Hakkı' (2011) 27 BATİDER 15, 26.

<sup>6</sup> Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar and Mehmet Özdamar, *Sigorta Hukuku* (6. Bası, Yetkin Yayınları 2023) 299.



her ne kadar sigortalının üçüncü kişiye vermiş olduğu zarar nedeniyle ödeyeceği tazminata bağlı olarak malvarlığında meydana gelen azalmanın telafisi de, bunun yan sonucu zarar görenin de bir an önce zararının giderilmesini ve sigortalının ödeme güçsüzlüğüne karşı üçüncü kişilerin korunmasıdır. Ayrıca, zarar görenin doğrudan doğruya sigortacıya başvurması da zarar veren durumundaki sigortalıyı rahatlatıcı bir etki yaratacak ve sigortalının da sorumluluk sigortası ile sağlamak istediği amaca daha kolay ulaşmasını sağlayacaktır. Fakat getirilen düzenleme hiçbir şekilde sorumluluk sigortasını üçüncü kişi lehine sözleşme durumuna sokmaz. Zira, halen menfaati sigorta edilen bizzat sigortalının kendisidir.”<sup>7</sup>

Üçüncü kişiye sigortacıya doğrudan dava açma hakkının tanınması sebebiyle zarar gören üçüncü kişi “lehtar” sıfatına sahip olmadığından, sigorta sözleşmesinin kendisine teşmili söz konusu olamaz. Bu bağlamda, özellikle sigorta sözleşmesinde öngörülmüş olan usulî hükümlerin zarar gören üçüncü kişi bakımından bağlayıcılığı yoktur.<sup>8</sup>

### III. Zarar Görenin Doğrudan Sigortacıya Yazılı Başvurusunun Hukukî Niteliği

Karayolları Trafik Kanunu’nun 97. maddesi uyarınca zorunlu malî sorumluluk sigortası<sup>9</sup> kapsamında açılan dava veya Sigortacılık Kanunu’nun<sup>10</sup> 30. maddesinin 13. fıkrası<sup>11</sup> çerçevesinde Sigorta Tahkim Komisyonu’na yapılacak başvuru bakımından öncelikli olarak sigortacıya yazılı başvuru şartı aranmaktadır. Sigortacı yazılı başvuru tarihinden itibaren 15 gün içinde başvuruyu yazılı olarak cevaplamaz veya verilen cevabın zarar görenin talebini tam olarak karşılamaması (yani talebin kısmen dahi olsa olumsuz karşılanması) nedeniyle uyuşmazlık söz konusu olursa, zarar gören dava açabilir veya sigorta tahkimi yoluna başvurabilir.

<sup>7</sup> TBMM Bülteni, Dönem 23, Yasama Yılı 2, Sıra Sayısı 96, s. 447.

<sup>8</sup> Üçüncü kişi lehine sözleşmede kararlaştırılan yetki şartı ile tahkim şartının (kural olarak) üçüncü kişiyi bağlayacağı kabul edilmektedir (Löwisch Manfred, *Von Staudingers Kommentar Zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Vertrag Zugunsten Dritter, Draufgabe, Vertragsstrafe* (Sellier - de Gruyter 2004) BGB § 328, N. 368, 372). Üçüncü kişinin taraf olmadığı bir sözleşmeden dolayı borç altına sokulması mümkün değildir (Kemal Oğuzman and Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (16. Bası, Vedat Kitapçılık 2021) 461; Şener Akyol, *Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme* (Fakülteler Matbaası 1976) 14; Franz Säcker and others, *Münchener Kommentar Zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Gesamtwerk* (7. Auflage, C.H.Beck 2016) BGB § 328, N. 258.). Üçüncü kişinin borç altına sokulamaması kuralı uyarınca lehtar aleyhine yapılan delil sözleşmeleri ile hakem giderlerinin lehtar tarafından ödenmesine yönelik kayıtların, üçüncü kişiye borç yüklemekle yasağının kapsamına dâhil olduğu kabul edilmektedir (MüKo/Gottwald, BGB § 328, N. 259).

<sup>9</sup> Karayolları Trafik Kanunu’nun 100. maddesindeki atf nedeniyle, anılan Kanun’un 97. maddesinde öngörülen yazılı başvuru prosedürü, ihtiyarî malî sorumluluk sigortaları açısından da uygulanır. Ancak başvuruya eklenecek belgelere ilişkin olarak, zorunlu malî sorumluluk sigortalarında olduğunun aksine, Kanun’da bu hususta atf bulunmadığından Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası Genel Şartları, ihtiyarî malî sorumluluk sigortaları bakımından uygulanmayacaktır.

<sup>10</sup> RG 14.06.2007/26552.

<sup>11</sup> Anılan hüküm şu şekildedir: “Komisyona gidilebilmesi için, sigortacılık yapan kuruluşla uyuşmazlığa düşen kişinin, uyuşmazlığa konu teşkil eden olay ile ilgili olarak sigortacılık yapan kuruluşa gerekli başvuruları yapmış ve talebinin kısmen ya da tamamen olumsuz sonuçlandığını belgelemiş olması gerekir. Sigortacılık yapan kuruluşun, başvuru tarihinden itibaren onbeş iş günü içinde yazılı olarak cevap vermemesi de Komisyona başvuru için yeterlidir.”



## A. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olup Olmadığı

Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. maddesine göre, zarar görenin, zorunlu malî sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde dava yoluna gitmeden önce ilgili sigorta kuruluşuna yazılı olarak başvurması gerekir. Sigorta kuruluşunun başvuru tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde başvuruyu yazılı olarak cevaplamaması veya verilen cevabın talebi karşılamadığına ilişkin uyuşmazlık olması hâlinde, zarar gören dava açabilir veya 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu çerçevesinde tahkime başvurabilir. Burada söz konusu “yazılı başvurunun” niteliğinin belirlenmesi önemlidir. Niteliğin belirlenmesi, ileride bu konuda açılacak davada dava şartı arbuluculuğun mevcut olup olmadığının tespiti bakımından da gereklidir. Şöyle ki, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesinin 18. fıkrasına göre, özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arbuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. maddesine göre yapılması gereken yazılı başvuruyu “tüketilmesi gereken bir idarî yol” olarak değerlendirmek mümkün değildir. Zira muhatap olarak ortada bir herhangi bir “idarî makam” söz konusu olmadığı gibi, “idarî niteliği haiz” bir başvuru yolu da mevcut değildir.

Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. maddesinde düzenlenen yazılı başvuru usûlünün özellikle alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Bu kapsamda düşünülmesi gereken durum müzakere yöntemidir. Müzakere, tarafların herhangi bir üçüncü kişiden yardım almadan, doğrudan iletişime geçmesi, karşılıklı görüş alışverişinde bulunması ve böylece “doğrudan görüşme” yoluyla anlaşmaya varmaya çalışılmasıdır.<sup>12</sup> Esasen Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. maddesinde düzenlenen yazılı başvuru usulünde de, zarar gören üçüncü kişinin sigortacıya başvurarak zararının ödenmesini yazılı olarak talep etmesi hâlinde, henüz devlet yargısı ya da tahkime başvurulmadan önce karşı tarafa müzakere etmesi için sunulan bir teklif söz konusudur. Sigortacı bu yazılı teklifi değerlendirip, zarar gören üçüncü kişiyle gerektiğinde fikir alışverişinde de bulunarak üçüncü kişinin talep ettiği zararını ödeyebilir. Bu bakımdan yazılı başvuru usûlünün alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından “müzakere” olarak görülmesi gerekir.

<sup>12</sup> Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, (C. II, 2. Bası, Yetkin Yayınları 2022) 247; Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (5. Bası, Yetkin Yayınları 2022) 616; Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business: Designing Procedures for Effective Conflict Management* (Kluwer Academic Publisher 1996) 216 vd.; Rüssel Ulrike, *Schlichtungs-, Schieds- Und Andere Verfahren Außergerichtlicher Streitbeilegung - Versuch Einer Begrifflichen Klarstellung* (JuS 2003) 382; Gerhard Wegen, Marcel Barth and Roman Wexler-Uhlich, *International Arbitration in Germany* (Beck/Hart/Nomos 2022) Rn 44-46; Joachim Münch, *Münchener Kommentar Zur ZPO* (6. Auflage, C.H.Beck 2022) Vor. § 1025, Rn. 42-46. Ayrıca bkz. Ulrich Hagel, *Mediationsgesetz (Klowait/Gläßer)* (2. Auflage, Nomos 2018) § 1, Rn. 1-4; Manon Schoneville and Kenneth H Fox, *ADR in Business Practice and Issues across Countries and Cultures* (Volume II, Alphen aan den Rijn 2011) 82 vd.

## B. Yazılı Başvurunun “Başvuruya Eklenecek Belgeler”, “Muacceliyet” ve “Temerrüt” Bakımından Değerlendirilmesi

### 1. Yazılı Başvurunun Geçerli Olabilmesi Başvuruya Gerekli Belgelerin Eklenmesine Bağlı Olması

Sigortacının yazılı başvuru üzerine başlayacak olan 15 günlük cevap verme süresi, sigorta kuruluşuna geçerli bir başvurunun yapılmasıyla başlar (KTK m. 97). Yazılı başvurunun geçerliliği Karayolları Trafik Kanunu’nun 90. ve 99. maddelerinin atfı gereğince Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası Genel Şartları’nda<sup>13</sup> öngörülmüş olan belgelerin başvuruya eklenmesine bağlıdır<sup>14</sup>. İyiniyet ve âzami güvene dayalı sigorta ilişkilerinde, sigorta bir zenginleşme aracı olmadığından, sigortacının gerçek zararı hesaplayıp, ödeyebilmesi için gerekli olan belge ve bilgiye ihtiyacı vardır<sup>15</sup>.

Trafik sigortası bakımından özel hüküm niteliğini haiz olan Karayolları Trafik Kanunu’nun 99. maddesine göre, zarar görenin dava açmadan önce sigortacıya yapacağı zorunlu başvuruya eklenmesi gereken belgeler Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası Genel Şartları’nda sayılmıştır. Genel Şartlar’da yer alan olan belgeleri içermeyen bir başvuru geçerli değildir. Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası Genel Şartları’nın B.2.1. maddesine göre “Sigortacı; hak sahibinin, kaza veya zararın tespit edilebilmesi için bu Genel Şartların Ek-6’sında yer alan gerekli tüm belgeleri sigortacının merkez veya şubelerinden birine ilettiği tarihten itibaren sekiz işgünü içinde tazminatı hak sahibine öder. Sigortacının kendisine iletilen belgelere haklı olarak itiraz etmesi veya kendisinin hak sahibinden ya da başka bir kurumdan haklı olarak yeni bir belge talep etmesi halinde söz konusu süre yeni talep edilen belgenin sigortacının merkez veya şubelerinden birine iletilmesinden sonra başlar. Sigortacı hak sahibinden münhasıran hak sahibinin tazminat hakkını etkileyen bilgi ve belgeleri talep edebilir”. Anılan hükümden anlaşılacağı üzere, tazminat ödemelerinde istenecek olan belgeler, Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası Genel Şartları’nın altıncı ekinde öngörülmüş olan belgelerdir. Örneğin, kaza tespit tutanağı, ifade tutanakları veya görgü tespit tutanakları, kurul raporu, değer kaybı talep beyanı, tetkik ve tedavilere ilişkin raporlar ile kaza raporu; bu kapsamda olan belgelerdendir.

<sup>13</sup> RG 14.05.2015/29355.

<sup>14</sup> Vural Seven, ‘Mahkemeye Tahkime Bşvurmadan Önce Sigorta Şirketine Başvuru Zorunluluğu’ (2018) 83 İzmir Barosu Dergisi 95, 124.

<sup>15</sup> Mustafa Çeker, *Sigorta Hukuku* (23. Baskı, Karahan Kitabevi 2021) 115; Seven (n 14) 107.

## 2. “Başvurunun Geçerliliğine İlişkin Belgeleri Sağlama Görevi” Kapsamında Yazılı Başvuru Şartının Muacceliyet ile Temerrüt Açısından Değerlendirilmesi

Zarar görenin sigortacıya yazılı başvuruda bulunması özel dava şartının amacı, hukukî barışın tesisi ve kamu yararının sağlanması için, uyuşmazlığın yargıya taşınmadan çözümlenmesi ve böylece zarar görenin tazminat alacağına kısa sürede kavuşabilmesidir<sup>16</sup>. Sigortacıya yazılı başvuru, Karayolları Trafik Kanunu’nun 99. maddesi kapsamında Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası Genel Şartları’yla belirlenen belgelerle yapılmadığı takdirde geçersizdir. Çünkü sigortacının kendisine yapılan ve gerekli belgeleri içermeyen başvuru kapsamında zararı belirleyebilmesi ve tazminatı hesaplayabilmesi mümkün değildir<sup>17</sup>. Karayolları Trafik Kanunu’nun 90. 97. ve 99. maddesi ile genel şartlarda yazılı başvuruya eklenecek olan belgeler belirlenmiş; yapılan başvurunun geçerli sayılması, bu belgelerin başvuruya eklenmiş olmasına bağlıdır.

Delaysıyla bu durumda zararın belirlenmesi ve tazminatın ödenmesi hususunda değerlendirmede bulunulamayacak olan sigortacıdan, zaten böyle bir değerlendirme yapmasının beklenmesi de yerinde olmaz. Gerekli belgeler sunulmadan, poliçe kapsamındaki rizikonun gerçekleşip gerçekleşmediğinin anlaşılabilmesi olanaksızdır. Sigortacının belgelerin eksiksiz biçimde temin edilerek sunulması hususunda haklı ve meşru bir ihtiyacı söz konusudur. Başvurunun geçerliliğinde ilişkin belgeler tam ve eksiksiz biçimde sunulmadan, sigortacının doğrudan davaya maruz bırakılması, Kanun’un lafzına ve amacına açık biçimde aykırıdır. Sigortacı sorumluluğunun kapsamını başvuruya eklenen belgeler kapsamında tâyin edebilir.

## 3. Sigorta Hukuku Bakımından Burada Temerrüde İlişkin Genel Hükümlerden Farklı Olarak, Özel Bir Durumun Söz Konusu Olması

Zarar görenin, sigortacıya dava açmadan/tahkime başvurmadan önce mutlaka ilgili sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunması gerekmekte ve bu sigortacıya yapılan başvuruya Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası Genel Şartları’yla belirlenen belgelerin eklenmesi zorunludur. Bu belgeler ekli değilse, sigorta şirketi ödeme yapmak durumunda değildir. Çünkü, borçlunun (sigorta kuruluşunun) temerrüdünden söz edebilmek için öncelikle borcun muaccel hâle gelmiş olması gerekir (TBK m. 117). Borcun muaccel hâle gelmesi, alacaklının önceden bazı hazırlık çalışmalarını gerektiriyorsa, alacaklı bunları yerine getirmediği sürece borçlu temerrüde düşmüş olmaz<sup>18</sup>. Gerek Türk Ticaret Kanunu’nda gerekse

<sup>16</sup> Seven (n 2) 164.

<sup>17</sup> Seven (n 2) 105, 164.

<sup>18</sup> Oğuzman and Öz (n 8) 276; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (27. Bası, Yetkin Yayınları 2022) 1062–1063; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları 2022) 875.

Karayolları Trafik Kanunu'nda olay ve zarar tutarının belirlenebilmesi için belge sağlama görevi öngörülmüştür (TTK m. 1427, 1447, 1475/2, 1479; KTK m. 97, 99)<sup>19</sup>. Söz konusu “belge sağlama görevine” aykırılık hâlinde muacceliyet gerçekleşmeyeceğinden, temerrüt de ortaya çıkmaz. Sigortacının, somut olayın özelliklerine göre sorumluluğunu belirleyebilmesi için rizikonun teminat sınırları çerçevesinde gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmeye yarayan bilgiye ve belgelere ihtiyacı vardır.

Dolayısıyla yazılı başvuru yapılmazsa ya da gerekli belgeler eklenmeden veya eksik belgelerle başvuru yapılırsa, yazılı başvuru prosedürü geçerli biçimde tamamlanmadığından, muacceliyet ve buna bağlı olarak temerrüt söz konusu olmaz.

#### 4. Yargıtay’ın Yazılı Başvuru Bulunmadan Dava Açıldığı Takdirde, Dava Tarihinde Temerrüdün Gerçekleşeceği Şeklindeki İsabetsiz Görüşü

Yargıtay’ın görüşü uyarınca, sigorta şirketine yapılan başvuruda gerekli belgeler ve özellikle sağlık kurulu raporu ibraz edilmemişse, sigortacıya başvurulmadan dava açılması hâlinde dava tarihinde temerrüdün gerçekleşir<sup>20</sup>. Bu görüşe katılmıyoruz. Doktrinde de haklı olarak ifade edildiği üzere, zarar görenin dava yoluna gitmeden önce trafik sigortacısına başvurması zorunlu olup (KTK m. 97), bu başvurunun usûlüne uygun yapılması için gerekli olan belgelerin (KTK m. 99) başvuruya eklenmesi gerekir<sup>21</sup>. Sigortacıya yazılı başvuru için gerekli olan belgeler (KTK m. 99), aynı zamanda başvurunun geçerliliği için gereklidir. Gerekli belgeleri içermeyen bir başvuru, sigortacının sorumluluğunu belirlemesi ve ödeme yapması için yeterli değildir. Rizikonun teminat sınırları çerçevesinde gerçekleştiğini tespit etmeye yarayan belgelerin, sağlık kurulu raporunun ve diğer gerekli belgelerin mutlaka başvuruya eklenmesi gerekir. Dolayısıyla gerekli belgeleri içermeyen bir başvuru, yani şeklen yapılmış olan bir başvuru, başvuru şartının yerine getirilmemiş olduğu anlamına gelir<sup>22</sup>. Zarara ilişkin belgeler sunulmadan sigortacının zararı hesaplaması kendisinden beklenemez. Bu durumda zarar belirlenemediğinden, sigortacının sigorta sözleşmesi kapsamında ödeme yapma borcu da muaccel hâle gelmez. Zira gerçekleşen rizikonun teminat kapsamında olup olmadığı, teminat kapsamında ise de meydana gelen zararın miktarının sigorta teminatını aşmış aşmadığının belirlenmesi gerekir. Sigorta teminatını aşan bir zarar söz konusu ise sigortacının üçüncü kişiye yapacağı ödeme meydana gelen zarar miktarıyla değil, teminat miktarı ile sınırlıdır.

<sup>19</sup> Seven (n 14) 106. Ayrıca bkz. Samim Ünan, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi (Altıncı Kitap Sigorta Hukuku)* (C 1, On İki Levha Yayıncılık 2016) 1427 vd.

<sup>20</sup> Örneğin, “Sigorta şirketine yapılmış bir başvurunun bulunmadığı durumda ise davanın açılmasıyla temerrüde düşen sigortacının dava tarihinden itibaren faizden sorumlu tutulması gerekir.” (Yargıtay 4 HD, 15646/9040, 20.06.2022 (Lexpera)). Aynı yönde bkz. Yargıtay 4 HD, 4536/8456, 09.11.2021 (Lexpera); Yargıtay 4 HD, 2790/2231, 02.06.2021 (Lexpera); Yargıtay 4 HD, 4651/8345, 08.11.2021 (Lexpera); Yargıtay 17 HD, 11298/513, 02.02.2021 (Lexpera); Yargıtay 17 HD, 5459/4729, 13.07.2020 (Lexpera); Yargıtay 17 HD, 11221/4527, 10.04.2019 (Lexpera).

<sup>21</sup> Seven (n 2) 157-158.

<sup>22</sup> Seven (n 2) 157-158.

Meydana gelen zararın teminat sınırını aşmadığı durumlarda ise sigortacı, zarar gören üçüncü kişiye zenginleşme yasağı kapsamında zarar miktarı kadar ödeme yapacaktır. Oysa Yargıtay’ın konuyla ilgili vermiş olduğu kararlarında sigortacıya başvuru yapılmadan dava açılması hâlinde sigortacının temerrüde düşeceği ifade edilmektedir. Açıkladığımız üzere henüz muaccel hâle gelmemiş olan, konusunun, kapsamının ve sınırlarının tâyininin sigortacıdan beklenebilmesi mümkün olmayan bir tazminat alacağı için hem de (zorunlu) yazılı başvuru prosedürüne de uyulmamasına rağmen, dava açılması üzerine sigortacının mütemerrit sayılması isabetsizdir. Bu durum muacceliyete ve temerrüde ilişkin kurallara aykırı olup, aynı zamanda emredici nitelikteki yazılı başvuru prosedürünün âdeta yaptırımsız ve işlevsiz kalmasına sebep olmaktadır. Başka bir ifadeyle bu durum, zarar görenin alacağına hızlıca kavuşabilmesi amacı ile sigortacının zararı hesaplayabilmesine imkân tanınması amacına hizmet eden yazılı başvuru prosedürünün amacını boşa düşürür; anlamını yitirmesine sebep olur. Öte yandan borcun ifası amacıyla dava açılmasının da ihtar niteliğinde olması ve davalının temerrüde düşürülmesi kuralı, sigorta hukuku bakımından geçerli değildir. Sigorta hukukunda temerrüdün oluşması açısından genel kuraldan farklı bir durum söz konusudur. Bu özelliğin gözetilmesi gerekli olup, yazılı başvuruda bulunulmamasına rağmen, dava açılmasıyla birlikte sigortacının temerrüde düşeceğini savunmak, sigorta hukuku kuralları bağlamında tutarlı ve doğru değildir. Maddî hukuk kapsamında Türk Borçlar Kanunu’nun 90. maddesi uyarınca, ifa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukukî ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borcun, doğumu anında muaccel olması kuralı, sigortacının borcunun muacceliyeti bakımından uygulanmaz. Alacak hakkı ile talep hakkı birbirinden farklı kavramlardır. Alacak hakkı, borç ilişkisi geçerli bir şekilde kurulduğu anda, talep hakkı ise bu ilişkiden doğan alacak muaccel hâle geldiğinde doğar. Gerekli belgelerin eklenmemiş olduğu bir başvuru bakımından muacceliyet ve temerrüt gerçekleşmez. Muaccel olmayan bir borcun talep edilmesi mümkün değildir.

### C. Yazılı Başvuru Prosedürünün Dava Şartı Olarak Niteliği

Karayolları Trafik Kanunu’nun 97. maddesinde açıkça belirtilmemiş olsa da, dava açılmadan önce yazılı başvuruda bulunulması ve belli sürede talebin sigortacı tarafından karşılanmamış olması hususunun dava şartı niteliğinde olduğu konusunda bir tereddüt yoktur<sup>23</sup>. Maddede özellikle “dava yoluna gitmeden önce” denilmesi, dava şartına işaret edildiğini göstermektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 114. maddesinin ikinci fıkrasında “diğer kanunlarda yer alan dava şartlarına ilişkin hükümler saklı” tutulmuştur. Karayolları Trafik Kanunu’nun 97. maddesindeki usûlün tamamlanması, bu anlamda özel bir dava şartı olarak görülmelidir. Bu özel dava şartı nedeniyle, bu şart yerine getirilmeden dava açıldığında, işin esasına

<sup>23</sup> Seven (n 2) 145.; Yargıtay 4 HD, 2459/2961, 14.06.2021 (Lexpera); Yargıtay 4 HD, 12472/6156, 29.03.2022 (Lexpera); İzmir 11 BAM 1178/507, 04.04.2023 (Lexpera).

girilememektedir. Bu şartın varlığı da mahkemece kendiliğinden gözetilir. Ancak tabii ki, bu şartın yerine getirilmemiş olduğu mahkemece gözetilmezse, esasa girilerek karar verilebilir. Bu durum istinaf aşamasında kararın kaldırılmasına, temyiz aşamasında ise bozulmasına neden olur. Dolayısıyla Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. maddesindeki usûlle ilgili olarak dava şartının tamamlanmış sayılması için sigortacıya yazılı başvuruda bulunulması gerekir. Bu özel dava şartı mahkemece davanın her aşamasında kendiliğinden araştırılır ve noksanlığı taraflarca da davanın her aşamasında ileri sürülebilir (HMK m. 115/1)<sup>24</sup>.

Esasen hukukumuz bazı durumlarda tarafların davadan önce anlaşması için bir araya gelmesini dava şartı sayan düzenlemelere hiç yabancı değildir. Bilindiği üzere, arabulucuya başvurmanın zorunlu olduğu hâllerde arabulucuya başvurulmuş olması özel bir dava şartı olarak kabul edilmiştir (TTK m. 5A/1; İŞMK m. 3/1; TKHK m. 73A)<sup>25</sup>. Davacı arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır (HUAK m. 18A/1, 2; İŞMK m. 3/2). Bu özel dava şartı, Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. maddesindeki yazılı başvuru şartına benzetilebilir. Yazılı başvuru şartı da, müzakere yoluna başvurulması sonucunu doğuran, özel niteliği haiz bir dava şartıdır.

## **1. Sigortacıya Yazılı Başvuruda Bulunması “Özel ve Olumlu Nitelikte” Bir Dava Şartıdır**

Zarar görenin sigortacıya yazılı başvuruda bulunması prosedürü, özel ve olumlu nitelikte bir dava şartıdır. Zira bir dava açılabilmesi için, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114. maddesindeki dava şartlarının dışında kalan, ayrı bir zorunluluk kabul edilmiştir. Bu nedenle zorunlu ve ihtiyarî malî sorumluluk sigortaları kapsamında açılacak davanın esastan incelenebilmesi için sigortacı ile kısmen dahi olsa uyuşmazlığa düşülmüş veya sigortacıya yapılan geçerli başvuruya 15 gün içerisinde cevap alınmamış olması gerekir<sup>26</sup>. Sigortacının geçerli bir başvuru yapmaması, geçerli bir başvuru yapmasına rağmen sigortacının cevabını beklemeden ya da başvurudan itibaren (cevap için) 15 günlük süre geçmeden dava açılması veya tahkime başvurulması hâlleri bu kapsamdadır. Bu hâllerde mahkeme uyuşmazlığın esasına girerek inceleme yapamaz. Başka bir ifadeyle, yazılı başvuru prosedürünün tamamlanmış olması, mahkemece esasa girilerek uyuşmazlığın incelenebilmesi

<sup>24</sup> Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay and Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku* (10. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2022) 216; Murat Atalı, İbrahim Ermenek and Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku* (5. Bası ed, Yetkin Yayınları 2022) 323–324; Baki Kuru and Burak Aydın, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı* (2. Bası, Yetkin Yayınları 2021) 396–398; Ramazan Arslan and others, *Medeni Usul Hukuku* (8. Bası, Yetkin Yayınları 2022) 343–345; Anıl Köroğlu, *Medeni Usul Hukuku Bakımında Ortaklığın Giderilmesi Davası* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 102, 153, 183.

<sup>25</sup> Anıl Köroğlu, ‘Görevsizlik Kararının Dava Şartı Arabuluculuk Üzerindeki Etkileri’, *Selçuk Hukuk Kongresi 2020, Özel Hukuk Tebliğleri Tam Metin Kitabı* (2020) 521 vd.

<sup>26</sup> Seven (n 14) 114–115, 124.

için şarttır. Ayrıca genel dava şartlarında olduğu gibi, yazılı başvuru prosedürünün tamamlanması şeklindeki özel dava şartının varlığı mahkemece kendiliğinden araştırılır. Keza devlet yargısında dava açılmadan önce veya tahkime başvurmadan önce sigortacıya başvuru yapılması ve sürenin geçirilmiş olması, açıkça kanun hükmüne bağlanmış olduğundan, bu husus da yazılı başvuru prosedürünün özel dava şartı niteliğine işaret etmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 326. maddesinin birinci fıkrası uyarınca dava şartını sağlamadan dava açan zarar gören kişi, yargılama giderlerinden sorumlu olur. Bununla birlikte yazılı başvuru yapılması üzerine sigortacının ödeme yapması hâlinde açılmış olan dava konusuz kalır. Bu durumda davanın esası hakkında karar verilmesine gerek olmamasına rağmen, yargılamaya devam edilmeli, haksız olan taraf tespit edilmeli ve haksız olan taraf yargılama giderlerine mahkûm edilip yargılamaya son verilmelidir (HMK m. 331/1).<sup>27</sup>

## 2. Sigortacıya Yazılı Başvuruda Bulunulması Aynı Zamanda Genel Dava Şartlarından “Hukukî Yarar Şartıyla” Doğrudan Bağlantılıdır ve Onun Özel Görünümüdür

### a. “Hukukî Yarar” Bağlamında Değerlendirme

Dava açmak yoluyla mahkemeden hukukî koruma talep eden kişinin bu talebi bakımından meşru bir hukukî yararı bulunmalıdır. Bu kapsamda iddia düzeyinde de olsa sübjektif bir hak bulunmalı; bu sübjektif hak sebebiyle mahkemeye başvurulması gerekli olmalı ve mahkemeye başvuru yolunun, amaçlanan hukukî koruma için yeterli olması gerekir<sup>28</sup>. Davacının dava açmakta hukukî koruma ihtiyacı olmadan sadece ideal veya ekonomik yararı, hukukî yarar sayılmaz. Ekonomik bir yararın varlığının, hukukî yararın da varlığını sağlayabilmesi için, bu ekonomik yararın hukuken korunmaya değer bir niteliği haiz olması gerekir<sup>29</sup>.

Ayrıca, bir kimsenin hakkına ulaşmak için mahkeme kararının o an için gerekli olması durumunda hukukî yararının olduğundan söz edilebilir. Bir mahkeme kararına ihtiyaç yoksa hukukî yarardan söz edilemez, şüpheli ya da ileride ortaya çıkacak muhtemel belirsiz bir yarar da hukukî yarar sayılmaz. Bir konuda mahkemeye başvurup karar almadan, daha basit ve daha kolay başka bir yolla aynı sonuca ulaşabiliyorsa, bu konuda mahkemeye başvurmakta hukukî yararın olduğu söylenemez<sup>30</sup>. Sigortacıya başvuru yapılmadan geniş anlamda alacak hakkı her ne

<sup>27</sup> Murat Atalı, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (15. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017) 2042. Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 6. maddesi uyarınca anlaşmazlık, davanın konusuz kalması, feragat, kabul, sulh veya herhangi bir nedenle; ön inceleme tutanağı imzalanıncaya kadar giderilirse, söz konusu Tarife hükümleriyle belirlenen ücretlerin yarısına, ön inceleme tutanağı imzalandıktan sonra giderilirse tamamına hükmolunur. Ayrıca bkz. Köroğlu (n 24) 296.

<sup>28</sup> Atalı, Ermenek and Erdoğan (n 24) 320.

<sup>29</sup> Süha Tannıver, *Medenî Usûl Hukuku* (C. I, 4. Bası, Yetkin Yayınları 2021) 632.

<sup>30</sup> Pekcanitez, Atalay and Özkes (n 24) 214; Hakan Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (15. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017) 947.



kadar mevcut kabul edilebilirse de alacak muaccel hâle gelmediği için, talep hakkı henüz doğmamıştır. Bu nedenle, sigortacıya geçerli bir başvuru yapılmadıkça, dava yoluyla talep edilebilir bir alacaktan söz etmek mümkün değildir.

Sigortacıya başvuru yapılmadan, alacak için doğrudan dava açılması “gerekli” değildir. Zira başvuru yapılması hâlinde sigorta kuruluşunun başvuruyu olumlu karşılaması ihtimal dâhilindedir. Sigortacıya başvuru yapılmadan önce ortada herhangi bir uyuşmazlığın varlığından da bahsedilemez. Sigorta kuruluşunun zarar görenin talebini olumlu karşılama ihtimali vardır. Dolayısıyla sigorta kuruluşuna henüz yazılı başvuru yapılmadan ya da yazılı başvuru yapılmakla birlikte, yazılı başvurunun süresi içinde cevabı beklenmeden, âdetâ sigorta kuruluşunun “ödeme yapmayacağı” varsayımından hareket etmek, hukukî yararın oluşması için yeterli değildir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, sigorta kuruluşuna yazılı başvuru yapılmadığı dönemde henüz yargı kararına ihtiyaç duyulmayıp, bu aşamadaki şüpheli veya ileride ortaya çıkabilecek muhtemel belirsiz bir yarar, hukukî yarar olarak nitelendirilemez.

Sigortacıyla uyuşmazlığa düşülmeden dava açılması hâlinde hukukî yarar mevcut değildir. Dolayısıyla bu durumda gerek özel dava şartı gerekse genel dava şartlarından hukukî yararın eksik olmasından dolayı dava usûlden reddedilmelidir. Ortada henüz herhangi bir uyuşmazlık mevcut değilken ve zarar görenin tazminat alacağını sigortacıya başvurarak talep edebilme imkânı varken, doğrudan yargıya başvurulmasında hukukî yarar yoktur. Yazılı başvuru prosedürünün tamamlanması şartı, genel dava şartlarından hukukî yararın özel bir görünümü ve düzenlemesidir<sup>31</sup>.

Sigortacı dava açıldıktan sonra, zarar görenin yazılı başvurusunda talep etmiş olduğu tazminat alacağının tamamını ödeyeceğine ilişkin cevap yazısını 15 günlük süre içerisinde gönderip, bu yazıyı dava dosyasına da ibraz ederse, artık başvuran tarafından açılan davada hukukî yarar ortadan kalkmış olur. Mevcut davanın dava şartlarından hukukî yararın yokluğundan dolayı usûlden reddedilmesi gerekir.

## **b. Yargıtay’ın Hukukî Yarara İlişkin 18.02.2022 tarihli ve 5/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı Bakımından Değerlendirme**

Yargıtay’ın 18.02.2022 tarihli ve 5/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı’nda<sup>32</sup> muacceliyet, hukukî yarara bağlı dava şartı olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle muaccel olmayan bir alacak için açılan bir davada esastan değil, usûlden ret kararı verilmelidir. Çünkü bu durumda dava şartlarından hukukî yarar bulunmamaktadır.

<sup>31</sup> Seven (n 14) 117.

<sup>32</sup> Yargıtay İBK, 5/1, 18.02.2022 (RG, 04.11.2022, S. 32003).



Söz konusu İçtihadî Birleştirme Kararı çeşitli yönleriyle eleştiriye açıktır<sup>33</sup>. Çalışma konumuz bakımından belirtmek gerekir ki, Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. maddesi uyarınca başvuruya eklenmesi gereken belgelerin de eklenmesiyle geçerli bir başvuru yapılmadıkça, borç muaccel hâle gelmez. Bu nedenle de korunmaya değer güncel bir hakkın varlığından bahsetmek mümkün değildir. Zira henüz muaccel olmamış (ifa zamanı gelmemiş, müeccel, vadesi gelmemiş) bir alacak söz konusudur. Sigortacıya gerekli belgelerle başvuru yapılmadığı durumda, şeklen dahi olsa bir muacceliyetten söz edilmesi mümkün değildir. Burada muacceliyetin açıkça hukukî yarara bağlandığı bir durum mevcuttur. Bu durum dava şartlarını kendiliğinden araştıran mahkemece basit bir incelemeyle anlaşılabilir. Muacceliyet oluşmadığından, borç ilişkisinden beklenen münferit alacağı talep hakkı doğmamıştır. Alacak hakkı ile talep hakkı birbirinden farklı kavramlardır. Alacak hakkı mevcut olmasına rağmen, alacak muaccel hâle gelmeden talep hakkı doğmaz. Dolayısıyla zarar görenin sigortacıya geçerli bir yazılı başvurusu mevcut değilse, bu takdirde zarar görenin açacağı dava caiz (mesmu) değildir. Açık biçimde hukukî yarar yokluğu söz konusudur. Bu nedenle böyle bir dava hukukî yarar (HMK m. 114/1-h) yokluğundan usûlden reddedilmelidir. Bu durumda mahkeme işin esasına girerek karar veremez. Bu noktada belirtmek gerekir ki, maddî hukuk talebinin dayanağını oluşturan Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. maddesindeki “yazılı başvuruda bulunma zorunluluğu” koşul vakiasına ilişkin eksiklik giderildiği takdirde, kesin hüküm engeliyle karşılaşmaksızın sigortacıya karşı tekrar dava açılabilir.

### c. Yazılı Başvurunun “Tamamlanamayacak Nitelikte” Dava Şartı Olması

Medenî usûl hukukunda mahkemenin pasifliği ilkesi, tasarruf ilkesi ve taraflarca getirilmesi ilkesi esastır. Dava, özel dava şartı ve hukukî yarar genel dava şartı yokluğundan usûlden reddedilmelidir. Ancak dava açıldıktan sonra dava şartı yokluğu henüz fark edilmeden, bu eksiklik giderilirse yargılamaya devam edilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, dava şartı eksikliği, mahkemece, davanın esasına girilmesinden önce fark edilmemiş, taraflarca ileri sürülmemiş ve fakat hüküm anında bu eksiklik giderilmişse, başlangıçtaki dava şartı eksikliğinden ötürü, dava usûlden reddedilemez<sup>34</sup>. Yargıtay'ın uygulaması

<sup>33</sup> Bu hususta ayrıntılı bilgi ve haklı eleştiriler için bkz. Özkes M, ‘Muaccel Olmayan Alacak için Açılan Dava Usûlü mü Esası mı İlgilendirir?’, (*Hukukî Haber*, 09.11.2022) <<https://www.hukukihaber.net/muaccel-olmayan-alacak-icin-acilan-dava-usulu-mu-esasi-mi-ilgilendirir>> Erişim Tarihi 10.06.2023. Yazarın anılan eserinde haklı olarak belirttiği üzere, muacceliyet borçluya tanınmış bir hak, bir imkândır. Borçlu borcunu zamanından önce öderse, karşı taraf sebepsiz zenginleşmiş sayılmaz. Dolayısıyla genel bir kabulle, alacağın muaccel olmasının, hukukî yarar kapsamında dava şartı olarak nitelendirilmesi isabetli değildir. Her somut olayın özelliği dikkate alınarak, alacağın muaccel olmasının aynı zamanda açık biçimde davanın görülmesine engel teşkil ettiği hâllerde, davanın caiz olmamasından ya da dava şartı yokluğundan bahsedilebilir.

<sup>34</sup> Pekantez, Atalay and Özkes (n 24) 216; Pekantez (n 30) 952; Baki Kuru, “‘Dava Şartları’”, *Sabri Şakir Ansay'ın Hatasına Armağan* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1964) 144; Baki Kuru, Ramazan Arslan and Ejder Yılmaz, *Medenî Usul Hukuku* (25. Bası, Yetkin Yayınları 2014) 254; Necip Bilge and Ergun Önen, *Medenî Yargılama Hukuku Dersleri* (3. Bası, Sevinç Matbaası 1978) 413; Yavuz Alangoya, M Kamil Yıldırım and Nevhis Deren-Yıldırım, *Medenî Usul Hukuku Esasları* (8. Bası, Alkim Yayınları 2011) 215; Emel Hanağası, *Davada Menfaat* (Yetkin Yayınları 2009) 326.

da aynı yöndedir<sup>35</sup>. Bununla birlikte, başta eksik olan ve ancak hükmün verilmesi anında tamamlanan bir dava şartının görmezden gelinmesi, usûl ekonomisi ilkesiyle de bağdaşmaz. Zira bu durumda, esasa girilip, karar verilmesi mümkün hâle gelen bir davanın usûlden reddedilmesi ve bu sebeple davacının zaman, emek ve masraf kaybına uğrayarak aynı davayı ikinci kez açmak zorunda kalması söz konusudur<sup>36</sup>.

Bununla birlikte yazılı başvuru, gerek özel dava şartı olarak gerekse hukukî yarara bağlı, hukukî yararın özel bir görünümünü teşkil eden bir dava şartı olarak, mahkemenin süre vererek tamamlanabilmesi mümkün olmayan bir dava şartıdır. Özel dava şartı olarak tamamlanabilir nitelikte olduğu kabul edilirse, zaten Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. maddesinin lafzına, amacına ve emredici niteliğine aykırılık söz konusu olur. Ayrıca bu durumda, yazılı başvuru prosedürünün âdeta “arkasından dolanılmış” ve işlevsiz bırakılmış olması sonucu doğar. Hukukî yarar dava açıldığı anda ya da en azından esas hakkında karar verilme anında mevcut olmalıdır. Zira hukukî yarar, tarafların usulî işlemlerinden değil, esasa ilişkin karar verebilmesinin şartıdır<sup>37</sup>. Aksi takdirde mahkemenin hukukî yararın bulunmaması sebebiyle davanın usûlden reddine karar vermesi gerekir.

Hukukî yarar eksikliği dava görülürken tamamlanamaz<sup>38</sup>. Bu nedenle mahkemenin hukukî yarar eksikliği tamamlanıncaya kadar beklemesi söz konusu değildir. Dolayısıyla muaccel olmayan bir alacak için açılmış olan alacak davasında davacının davayı açmakta güncel bir yararı mevcut olmadığından, alacak muaccel oluncaya kadar davacıya süre verilmesi söz konusu olamaz. Hukukî yarar eksikliği davacıya süre tanınması suretiyle giderilebilecek bir dava şartı değildir. Ancak mahkeme hukukî yarar eksikliğinden ötürü davayı reddetmeden hukukî yarar eksikliği kendiliğinden (davacıya süre verilmeden) tamamlanabilir<sup>39</sup>. Bu nedenle dava açıldığı anda mevcut olmayan hukukî yarar, dava sırasında tamamlanırsa, bu takdirde dava reddedilmemeli ve esastan incelenmelidir<sup>40</sup>. Davacının dava açmakta hukukî yararı dava açıldığı anda ya da hiç olmazsa esas hakkında karar verilme anında mevcut olmalıdır<sup>41</sup>.

<sup>35</sup> “Hakim, daha davanın başında, dava şartlarının mevcut bulunup bulunmadığını kendiliğinden (re’sen) araştırmak zorundadır. Bir dava şartının bulunmadığını tesbit etmesi halinde işin esasına girmeden davayı usul yönünden reddetmelidir. Ancak bu yön ihmal edilmiş ve işin esasına girilmiş olması halinde, dava görülmekte iken başlangıçta noksan bulunan dava şartı da gerçekleşmişse artık davanın usulden reddedilmeyip esastan tetkikle çözüme ulaştırılması gerekir.” (Yargıtay HGK, 773/82, 03.03.1993 (Lexpera)). “[...] hâkimin davanın başında dava şartlarının mevcut bulunup bulunmadığını kendiliğinden (re’sen) araştırmak zorunda olduğu, bir dava şartının bulunmadığını tesbit etmesi halinde işin esasına girmeden davayı usul yönünden red etmesi gerektiği, ancak bu yön ihmal edilmiş ve işin esasına girilmiş olması halinde, dava görülmekte iken başlangıçta noksan bulunan dava şartı da gerçekleşmiş ise artık davanın, usulden red edilmeyip esastan tetkikle çözüme ulaştırılması gerektiği [...]” Yargıtay 15 HD, 3047/2498, 21.09.2020 (Lexpera)). Aynı yönde bkz. Yargıtay HGK, 835/215, 22.03.1995 (Lexpera); Yargıtay HGK 14-371/566, 31.05.1995 (İKİD, C. 35, S. 418, Y. Ekim 1995, s. 11391); Yargıtay 4 HD, 10415/5451, 13.04.2009 (Lexpera); Yargıtay 4 HD, 10416/5452, 13.04.2009 (Lexpera); Yargıtay 15 HD, 762/1808, 07.05.2018 (Lexpera).

<sup>36</sup> Hanağası (n 34) 329; İlhan E Postacıoğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (6. Bası, 1975) 402.

<sup>37</sup> Hanağası (n 34) 326.

<sup>38</sup> Pekcantez, Atalay and Özeker (n 24) 214; Pekcantez (n 30) 948.

<sup>39</sup> Pekcantez, Atalay and Özeker (n 24) 215; Pekcantez, (n 30) 948.

<sup>40</sup> Pekcantez, Atalay and Özeker (n 24) 215; Pekcantez, (n 30) 949.

<sup>41</sup> Sabri Şakir Ansay, ‘Tesbit Davaları’ (1940) 2 Adliye Ceridesi 84.; Hanağası (n 34) 326.

Açıklanan sebeplerle yazılı başvuru şartı yerine getirilmeden dava açıldığı takdirde, mahkeme bu şartın tamamlanması için herhangi bir işlem yapamaz.

Başlangıçtaki dava şartı eksikliğinin sonradan kendiliğinden tamamlanması istisnasının dışında zarar görenin sigortacıya başvurmaması hâlinde veya sigortacıya geçersiz bir başvuru yapmasından sonra açılan dava, dava şartı yokluğundan usûlden reddedilecektir. Bu sayede sigortacıya başvurmak suretiyle haklarını elde edebilme imkânı mevcutken, yargı yollarına başvurulması ve bu nedenle yargı mercilerinde gereksiz iş yüküne sebep olunmasının önüne geçilmektedir<sup>42</sup>.

Belirtmek gerekir ki usûl ekonomisi ilkesi ancak mevcut kanun hükümleri çerçevesinde yorumlanıp, uygulanabilir. Bu nedenle yazılı başvuru prosedürünün tamamlanmış olmasına ilişkin dava şartının, usûl ekonomisi ilkesinden hareketle mahkemece süre verilerek tamamlanması mümkün değildir.

Dava şartları ön inceleme aşamasında incelenir (HMK m. 138). Ön inceleme aşaması dilekçelerin değişimi aşaması tamamlandıktan sonra başlar. Sigorta kuruluşuna başvurulmasına rağmen henüz sigortacının cevap süresi dolmadan dava açılırsa, davanın usûlden reddedilmesi ihtimali son derece düşüktür. Çünkü dava dilekçesinin davalıya tebliğinden itibaren (kural olarak) iki haftalık cevap süresi (HMK m. 127) içerisinde, sigortacının (kendisine) önceden yapılmış olan başvuru bakımından cevap verme süresi zaten geçmiş olacaktır. Bu sebeple davanın usûlden reddine karar verilebilmesi, daha ziyade sigortacıya geçerli bir başvuruda bulunmaksızın dava açması durumunda veya sigortacının dava açıldıktan sonra cevabını ileterek, talep edilen tüm zararı karşılayacağını beyan etmesi hâlinde söz konusu olabilir<sup>43</sup>.

Yazılı başvuru prosedürünün muacceliyet, temerrüt konusu ile gerekli belgelerle geçerli bir başvuru yapma zorunluluğu dikkate alındığına, açıkça tamamlanabilir bir dava şartı olmadığı sonucuna varılmaktadır. Aksi hâlde zaten sigorta şirketine başvuru prosedürü tüm anlamını yitirmiş olacak; sadece basit ve yaptırımsız bir formaliteden ibaret kalacaktır.

#### **d. Yazılı Başvurunun Dava Şartı Niteliğinin Yargı Kararlarındaki Durumu**

Yargıtay Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. maddesine göre yapılan yazılı başvurunun kanaatimizce isabetsiz biçimde tamamlanabilir nitelikte bir dava şartı olduğu görüşündedir. Yargıtay konuyla ilgili bir kararında şu ifadelere yer vermiştir: "2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. maddesiyle, zorunlu mali sorumluk sigortasından faydalanmak isteyen hak sahiplerinin dava yoluna gitmeden önce

<sup>42</sup> Seven (n 14) 119, 125.

<sup>43</sup> Seven (n 14) 120.

sigortacıya yazılı başvuru yapması gerektiği düzenlenmiş olmakla birlikte, bu başvuru yapılmadan dava yoluna gidilmesi halinin dahi HMK'nın 115/2.maddesi gereği tamamlanabilir dava şartı olduğu Dairemiz'in yerleşik uygulamaları ile kabul edilmektedir. Bu başvurunun yapıldığı; ancak, eksik ya da usule uygun olmayan belge ile başvurulduğu savunmasının olduğu durumlarda ise, usule uygun olmadığı savunulan belgedeki eksikliğin her halükârda tamamlanabileceği açıktır.”<sup>44</sup>

Konuyla ilgili bölge adliye mahkemesi kararlarında da çoğunlukla isabetsiz biçimde Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. maddesindeki yazılı başvurunun tamamlanabilir nitelikte bir dava şartı olduğu belirtilmektedir. Örneğin, “Davalı [...] vekilinin başvuru şartının yerine getirilmediği yönündeki istinaf sebebinin incelenmesinde, 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. maddesiyle zorunlu mali sorumluk sigortasından faydalanmak isteyen hak sahiplerinin dava yoluna gitmeden önce sigortacıya yazılı başvuru yapması gerektiği düzenlenmiş olmakla birlikte, bu başvuru yapılmadan dava yoluna gidilmesi hali dahi HMK'nın 115/2. maddesi gereği tamamlanabilir dava şartı olduğuna göre, başvurunun yapıldığı, ancak, eksik ya da usule uygun olmayan belge ile başvurulduğu savunmasının olduğu durumlarda usule uygun olmadığı savunulan belgedeki eksiklik de yargılama aşamasında tamamlanabilecektir”<sup>45</sup>

Öte yandan konuyla ilgili bir bölge adliye mahkemesi kararında isabetli biçimde Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. maddesindeki yazılı başvurunun tamamlanamayacak nitelikte bir dava şartı olduğu sonucuna varılmıştır. Söz konusu kararda şu ifadelere yer verilmiştir: “Tüm açıklamalara göre yasa koyucunun gerekçesi ve TBMM Genel Kurulunda yapılan değişiklik önermeleri ile bu önermeler hakkında yapılan görüşmeler neticesinde önermelerin reddine karar verilmiş olması birlikte değerlendirildiğinde söz konusu kanun maddesinde getirilen dava açılmadan önce Sigorta şirketine başvuru yapılması gerekliliğine ilişkin koşul ön dava şartı niteliğinde olup dava açılmadan önce yerine getirilmesi gereken bir koşuldur. Bu şart

<sup>44</sup> Yargıtay 4 HD, 2459/2961, 14.06.2021 (Lexpera). Aynı yönde bkz. Yargıtay 4 HD, 12472/6156, 29.03.2022, (Lexpera).

<sup>45</sup> İzmir 11 BAM, 1178/507, 04.04.2023 (Lexpera) “Yargıtay ilamında da belirtildiği gibi 2918 Sayılı KTK.nın 97. maddesinde belirtilen başvuru zorunluluğunun HMK.nın 115/2. maddesine göre dava şartı olduğu, eksik olan dava şartının belirli bir süre verilerek giderilebileceği olduğu, davacı tarafa eksikliğin giderilmesi için kesin süre verilmesi, bu süre içinde dava şartı eksikliği tamamlanmaz ise davanın dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddedilmesi gerektiği belirtilmiş olup davacı tarafından sigorta şirketine hiç başvuru yapılmamış olması halinde dahi bu eksikliğin tamamlanabilir dava şartı olduğu belirtilmiştir. Dava konusu olayda kaza 17/09/2014 tarihinde meydana gelmiş, dava da Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten sonra 26/7/2016 tarihinde açılmıştır. Dosya kapsamına göre davacı tarafından dava açılmadan önce sigorta şirketine başvuru yapıldığına ilişkin herhangi bir bilgi ve belge bulunmadığı gibi davacı tarafından sigorta şirketine başvuru yapıldığı iddia da edilmediğinden, HMK.nın 115/2. maddesine göre eksik olan dava şartının tamamlanması için davacı tarafa kesin süre verilerek giderilebilecek nitelikte olduğundan mahkemece öncelikle dava açılmadan önce davalı sigorta şirketine başvuru yapıp yapılmadığı davacı vekilinden ve davalı sigorta şirketten sorularak, başvuru yapılmış ise davalının temerrüdünün değerlendirilmesi, başvuru yapılmamış ise davacı tarafa eksikliğin giderilmesi için kesin süre verilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerektiğinden davalı sigorta şirketinin bu yöne ilişkin istinaf sebebinin kabulü gerekmiştir” (Ankara 35 BAM, 1791/25, 18.01.2023 (Lexpera)). “Uygulamada, sözü geçen olumsuz dava şartının yargılama sürecinde giderilebilecek nitelikte olan dava şartlarından olduğu kabul edilmektedir. Bu durumda, davacıya, sigorta şirketine yazılı başvuru yapması için uygun kesin sürenin verilmesi; sürenin sonunda oluşacak hukuki duruma göre davalı sigorta şirketi bakımından yargılamaya devam edilmesi gerektiği halde, re'sen gözetilmesi gereken bu eksiklik tamamlanmadan yargılamaya devamla esas hakkında hüküm verilmesi usul ve yasaya aykırı olmuştur.” (İstanbul 40 BAM, 1272/2059, 29.11.2022 (Lexpera)).

yerine getirilmeden dava açılmış ise dava ön şartı yerine getirilmediğinden davanın usulden reddine karar verilmesi gerekmektedir. Söz konusu değişiklik ile getirilen dava ön şartının dava açıldıktan sonra giderilebilecek nitelikte olması halinde yasa koyucu tarafından bu şekilde bir düzenleme yapılmasına gerek olmazdı zira madde metninin değişikikten önceki halinde mağdurun dava açmadan önce sigorta şirketine başvurma imkanı olduğu gibi doğrudan dava açma imkanı da bulunmaktadır. Yasa koyucu bilinçli olarak zarar görenlerin daha hızlı ve eksiksiz tazminat alabilmesi ve yargı üzerinde oluşan yükün hafifletilebilmesi amacı ile söz konusu değişikliği yapmıştır. Bu nedenle mağdurun doğrudan doğruya dava açması ve dava açtıktan sonra yargılama aşamasında sigorta şirketine başvuru yapmış olması ve bu şekilde dava şartının sonradan giderilebilir dava şartı olarak kabulü Yasa Koyucunun değişiklik ile getirmek istediği asıl amacına aykırıdır. [...] Tüm bu nedenlerle davalı sigorta şirketine karşı dava açılmadan önce mutlaka surette usulüne uygun şekilde bir başvuru yapılması gerekmekte, bu başvuru şartı yerine getirilmemiş olması halinde mahkemece işin esasına girilmeden HMK 114/2 ve 115 maddeleri gereğince dava şartı yokluğu nedeni ile davanın usulden reddine karar verilmesi gerekmektedir.”<sup>46</sup>

Anılan karara sonucu itibariyle katılmakla birlikte, gerekçe yönünden katılamamaktayız. Öncelikle belirtmek gerekir ki, kararda kullanılan bazı terimler kavramsal ve terminolojik olarak sorunludur. Hukukumuzda “ön dava şartı” şeklinde bir kavram mevcut değildir. Dava şartı ile ön sorunun birbirine karıştırılmak suretiyle ortaya çıktığını düşündüğümüz bu terim, ciddi biçimde kavramların ve kurumların doğru kullanılması zorunluluğuna aykırıdır. Öte yandan kararda kanun değişikliğine ilişkin olarak Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu’ndaki verilen ve reddedilen önergelerin, kanun koyucunun amacını ortaya çıkartması bakımından önemine işaret edilmektedir. Oysa her ne kadar mevzuat hazırlıkları, kanun hükümlerinin amaçsal (gai) yorumunun bir unsuru da olsa, Genel Kurul’da verilen ve reddedilen bir önergenin, tarihsel yorum kapsamında dolaylı önemi olsa da, kanun koyucunun amacının belirlenmesi bakımından doğrudan belirleyici bir husus olarak değerlendirilmesi yerinde değildir. Yine aynı kararda “zarar görenlerin daha hızlı ve eksiksiz tazminat alabilmesi ve yargı üzerinde oluşan yükün hafifletilebilmesi” amacına vurgu yapılması, âzami 15 gün cevap süresi içeren yazılı başvuru prosedürünün uzun sürmeyeceği dikkate alındığında, tek başına “tamamlanamayacak nitelikte dava şartı” değerlendirmesini makûl göstermeye elverişli bir gerekçe değildir. Yazılı başvuru prosedürü en fazla 15 günlük cevap süresi içermektedir. Bu prosedürün zarar görenlerin zararlarının daha hızlı tazmin edilmesi için usûl ekonomisi sebebiyle âdeta atlanması uygun değildir. Usûl ekonomisi ancak kanunda yer alan hükümler uygulanırken gözetilir. Yoksa kanunilik ilkesi gereği kanunda öngörülen bir prosedürün usûl ekonomisi gerekçesiyle uygulanmaması düşünülemez. Bu hâlde usûl ekonomisinin amacına da aykırı davranılmış olur. Burada özellikle

<sup>46</sup> Adana 3 BAM, 2207/289, 28.02.2023 (Lexpera).

gerekli belgelerin başvuruya eklenip eklenmemiş olması, muacceliyet, temerrüt, kanunîlik ilkesi, sigorta hukukunun özelliklerinin etkisi ve hukukî yarar konuları tartışılmadan, tamamlanabilir nitelikte olmayan dava şartı sonucuna varılmış olması, sonuç itibarıyla doğru olmakla birlikte, gerekçe bakımından yetersiz olup, ikna edici değildir.

#### **IV. Yazılı Başvuru Usûlünün Arabuluculuk Bakımından Değerlendirilmesi**

##### **A. Yazılı Başvuru Usûlünün Zorunlu Arabuluculuk Şartını Kaldırıp Kaldırmadığı**

Yukarıda<sup>47</sup> belirtildiği üzere Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. maddesine göre yapılması gereken yazılı başvuru, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından “müzakere” yoludur. Hukuk Uyuşmazlıkları Kanunu'nun 18/A maddesinin 18. fıkrası uyarınca, özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz. Bu bakımdan yazılı başvurudan sonra uyuşmazlık için (olası) arabuluculuk yoluna başvurunun zorunlu olmadığı kabul edilmelidir. Zarar gören üçüncü kişi yazılı başvuru kapsamında sigortacıyla yürüteceği müzakere sürecinin sonuçsuz kalması hâlinde, dava şartı arabuluculuk kapsamında arabuluculuğa başvurmadan sigortacıya karşı dava açabilecektir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, tarafları yazılı başvuru prosedüründen sonra ayrıca arabuluculuğa başvurmayı zorlamanın anlamı ve yararı yoktur. Zira “yazılı başvuru” aslında alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak, tarafların yargı yoluna başvurmadan önce anlaşmaya varabilmek için denedikleri son anlaşma girişimidir. Yazılı başvuru yolunun olumsuz biçimde sonuçlanması, tarafların anlaşma hususunda isteksiz olduklarını ortaya koyar. Hiç kuşkusuz tarafların, arabuluculuğa elverişli olan bu uyuşmazlık bakımından ihtiyarî arabuluculuğa başvurmalarına engel bir durum da yoktur.

Konuyla ilgili yargı kararlarında da Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. maddesindeki yazılı başvurunun zorunlu arabuluculuğu kaldıracağı isabetle ifade edilmektedir. Zira zarar gören kişiye ek külfet getirilmemeli ve mahkemeye erişim hakkı engellenmemelidir. Ancak belirtmek gerekir ki, yargı kararlarında Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. maddesindeki yazılı başvurunun alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından hangisine dâhil olduğu ortaya konulmamıştır. Söz konusu kararlarda yazılı başvurunun müzakere yöntemi olarak nitelendirilmesi kavramsal ve terminolojik açıdan oldukça isabetli olurdu. Çünkü kurumların nitelendirilmesinin yapılması, bu kurumların tâbi olacağı hükümleri, ilgisine tanıdığı hakları ve hukuk

<sup>47</sup> Bu hususta bkz. yuk. III.

alanındaki yerini açıklığa kavuşturur.<sup>48</sup> Yazılı başvuru yolunun alternatif uyuşmazlık yollarından müzakere olarak tanımlanması, zarar gören üçüncü kişi ile sigortacının karşılıklı olarak konumlarının, müzakere sürecine üçüncü kişinin dâhil olamamasının ve zorunlu arabuluculuğun kaldırılmış olduğunun belirlenmesi bakımından kolaylık sağlar. Kurumsal nitelendirme, ayrıca özünde karmaşık bir prosedür olan yazılı başvuru yoluna ilişkin olarak tereddütlerin bertaraf edilmesine katkıda bulunur.

Yargıtay'ın konuyla ilgili bir kararında şu ifadelere yer verilmiştir: “6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 18/A maddesinin birinci fıkrasında; ‘İlgili kanunlarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiş ise arabuluculuk sürecine ilişkin aşağıdaki hükümler uygulanır.’ hükmü yer almaktadır. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 18/A maddesinin 18. fıkrasında ise, özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmayacağı düzenlemesi yer almaktadır. Kanunun bu özel düzenlemesi karşısında dava şartı olarak zorunlu arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanma yeri bulamaz. Somut olayda davacı vekilinin 16/05/2018 tarihli dilekçesi ile davalı [...] şirketine araç değer kaybına ilişkin tazminat talebi için başvuruda bulunduğu ancak davalının ödeme talebine cevap vermediği anlaşılmaktadır. Özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvuru bulunduğu hallerde dava şartı olarak arabuluculuğa başvurulamayacağının düzenlemesine göre, davacı vekilinin özel dava şartı olarak düzenlenen Karayolları Trafik Kanunu’nun 97. maddesi kapsamında zorunlu başvuru şartını yerine getirdiği gözetilerek işin esasına girilerek karar verilmesi gerekirken davanın usulden ret kararı verilmesi doğru olmamış, hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir”.<sup>49</sup>

Konuyla ilgili bölge adliye mahkemesinin de aynı yönde kararları mevcuttur. Bölge adliye mahkemesi yukarıdaki Yargıtay kararına atıfta bulunarak konuyla ilgili olarak vermiş olduğu bir kararında şu ifadelere yer vermiştir: “Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 29/09/2021 tarih 2021/14429 Esas ve 2021/5729 Karar sayılı ilamında da belirtildiği üzere 6325 sayılı Hukuk uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 18/A maddesinin 18. fıkrasında başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu hallerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Karayolları Trafik Kanunu’nun 97. maddesi kapsamında zorunlu başvuru şartının yerine getirilmesi halinde arabuluculuk şartının aranmayacağı gibi bu hususun dahi yerine [...] getirildiği gözetildiğinde işin esasına girilerek karar verilmesi gerekirken davanın reddine karar verilmesi yerinde olmadığından davacı vekilinin istinaf talebinin kabulü ile

<sup>48</sup> Akkanat Öztürk (n 5) 473.

<sup>49</sup> Yargıtay 4 HD, 14429/5729, 29.09.2021 (Lexpera). Aynı yönde bkz. Yargıtay 4 HD, 3476/3999, 30.6.2021 (Lexpera).



ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılmasına karar verilerek aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.”<sup>50</sup>

## **B. Arabuluculuğa Başvurulmasının Karayolları Trafik Kanunu’nun 97. Maddesindeki Yazılı Başvurunun Yerine Geçip Geçmediği**

Hemen yukarıda belirttiğimiz üzere, Karayolları Trafik Kanunu’nun 97. maddesinde öngörülmüş olan müzakerenin Hukuk Uyuşmazlıkları Kanunu’nun 18/A maddesinin 18. fıkrası uyarınca bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak kabulü gerektiğinden, zarar gören üçüncü kişinin zorunlu arabuluculuğa başvurması söz konusu değildir. Ancak dava açmadan yanılığ veya her ne sebeple olursa olsun, zarar gören üçüncü kişi arabulucuya başvurmuş olabilir. Fakat belirtmek gerekir ki, arabuluculuğa başvurulması, kanaatimizce Karayolları Trafik Kanunu’nun 97. maddesindeki sigortacıya yazılı başvuru yapılması şartının tamamlanmasını sağlamaz. Zira Karayolları Trafik Kanunu’nun 97. maddesinde yazılı başvuru yapılırken, başvurunun içeriği ve başvuruya eklenecek belgeler öngörülmüştür. Tarafların arabulucu önünde yürüttükleri müzakere, her ne kadar Karayolları Trafik Kanunu’nun 97. maddesindeki “müzakere”ye eşdeğer olsa da, Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası Genel Şartları’nda öngörülen zorunlu belgelerin başvuruya eklenmemesi hâlinde, sigortacıdan zararı hesaplaması beklenemez. Gerekli belgeler elinde bulunmayan sigortacı, olayı anlamak, olayın teminat kapsamında gerçekleşip gerçekleşmediğini kavrayabilmek ve zarar tespiti yapabilmek noktasında bir imkânsızlıkla karşı karşıyadır. Dolayısıyla yazılı başvuru yerine arabuluculuğa başvurulması, Karayolları Trafik Kanunu’ndaki yazılı başvuru şartını sağlamaz. Ancak kanaatimizce arabuluculuğa başvurulması, Karayolları Trafik Kanunu’nun 97. maddesindeki sigortacıya yazılı başvuru yapılması şartını, ancak yazılı başvuruda aranan belgelerin arabulucuya başvuruya eklenmiş olması durumunda sağlar. Dolayısıyla arabuluculuk sürecinin tamamlanmasından sonra zarar görenin, sigortacıya başvurmadan dava açabileceği; yazılı başvuruya ilişkin dava şartının arabuluculuk sürecinin yürütülmesi sebebiyle tamamlanmış sayılacağı sonucuna, ancak yazılı başvuruya eklenmesi gereken belgelerin eklenmiş olması

<sup>50</sup> Gaziantep 17 BAM, 1021/1368, 01.07.2022 (Lexpera). “Somut olayda, davacı vekilinin 10/04/2018 tarihli dilekçesi ile davalı sigorta şirketine bedensel zarardan doğan tazminat için başvuruda bulunduğu ancak davalının ödeme talebine cevap vermediği anlaşılmaktadır. Özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvuru zorunluluğu bulunduğu hallerde dava şartı olarak arabuluculuğa başvurulamayacağı düzenlenmiş olmasına göre, davacı vekilinin özel dava şartı olarak düzenlenen Karayolları Trafik Kanunu’nun 97. maddesi kapsamında zorunlu başvuru şartını yerine getirdiği gözetilerek işin esası hakkında karar verilmesi gerekirken, davanın usulden reddine karar verilmesi doğru olmamış, bu yönde davacı vekili tarafından yapılan istinaf itirazının kabulü le mahkeme kararının kaldırılmasına karar vermek gerekmiştir.” Gaziantep 17 BAM, 1053/1017, 25.02.2022 (Lexpera). “Davacı vekili, müvekkiline ait davalı [...] şirketine sigortalı bulunan aracın kusuruyla gerçekleşen kaza neticesinde ödediği tazminatın sigorta şirketinden tahsilini talep ve dava etmiştir. İlk derece mahkemesince görevsizlik kararı ile gelen davada arabuluculuğa başvurulmadığı gerekçesiyle dava şartı yokluğundan davanın reddine karar verilmiştir. Davacı vekili görevsizlik kararı sonrasında arabuluculuğa başvurulduğunu ileri sürerek istinaf talebinde bulunmuştur. Dava şartı olarak sigorta şirketine başvuru tarihinde arabuluculuk dava şartının aranmayacağı artık hem mahkememizin hem de ilgili Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin kararı ile uygulamada yerleşmiştir.” Gaziantep 17 BAM, 831/1382, 05.07.2022 (Lexpera). Aynı yönde bkz. Gaziantep 17 BAM, 996/979, 24.05.2022 (Lexpera); Gaziantep 17 BAM, 1789/1730, 07.10.2022 (Lexpera); Gaziantep 17 BAM, 1010/1025, 26.05.2022 (Lexpera).



hâlinde varılmalıdır. Aksi takdirde sigortacıdan teminat kapsamında meydana gelen zararı hesaplaması beklenemez. Bu hesaplamanın yapılması için arabulucuya yapılan başvuruda olaya dair ve zararın tespitine yarayan, Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nda öngörülen belgelerin ve gerekli bilgilerin eklenmesi gerekir. Aksi takdirde Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. maddesindeki sigortacıya yazılı başvuruda bulunulması prosedürü anlamını yitirir.

Öte yandan taraflar arabulucu önünde anlaşmaya varamazsa, bu durum tarafların söz konusu uyuşmazlık bakımından artık uzlaşmalarının çok zor ya da imkânsız olduğunu da gösterir. Zaten anlaşmaya varması çok zor ya da imkânsız olan taraflar bakımından ayrıca sigortacıya yazılı başvuru şartının aranması, şayet arabulucuya yapılmış olan başvuruya gerekli belgeler de eklenmemişse anlamsız olup, gereksiz zaman kaybına da neden olur.

Yargı kararlarında genel olarak arabuluculuğa başvurunun, sigortacıya yazılı başvuru şartını kaldırdığı kabul edilmektedir. Konuyla ilgili Yargıtay'ın bir kararında katılmadığımız şu ifadeler yer verilmiştir: “Somut olayda, davacı vekilinin 04/08/2020 tarihli dilekçesi ile davalı [...] şirketine araç hasarı ve değer kaybına ilişkin tazminat talebi için başvuruda bulunduğu, ancak davalının ödeme talebine cevap vermediği anlaşılmaktadır. Özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvuru bulunduğu hallerde dava şartı olarak arabuluculuğa başvurulamayacağının düzenlemesine göre davacı vekilinin özel dava şartı olarak düzenlenen Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. maddesi kapsamında zorunlu başvuru şartını yerine getirdiği gözetilerek işin esasına girilerek karar verilmesi gerekirken davanın usulden reddine karar verilmesi doğru olmamış, hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir.”<sup>51</sup>,

Ancak aksi yönde yargı kararlarına da rastlanmaktadır. Örneğin, “Bu yasa maddelerinden de açıkça anlaşıldığı üzere, zorunlu ya da ihtiyari mali mesuliyet sigortasına karşı tazminat davası açılmadan önce ilgili sigorta şirketine yazılı olarak

<sup>51</sup> Yargıtay 4 HD, 23273/901, 20.01.2022 (Lexpera). “2918 sayılı KTK'nın 97. maddesi belirtilen sigorta şirketine başvuruya ilişkin dava şartı incelendiğinde, işbu başvurunun yazılı şekil şartı dışında başka bir şekil şartına bağlanmadığı ve yine bu başvurunun arabulucu vasıtasıyla yapılmasını engelleyen bir hükümden bulunmadığı dikkate alındığında; davacılar vekilinin özel dava şartı olarak düzenlenen Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. maddesi kapsamında zorunlu başvuru şartını (6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 18/A maddesinin birinci fıkrasında) zorunlu arabuluculuk vasıtası ile yerine getirdiği gözetilerek işin esasına girilmesi gerekir.” Adana 3 BAM, 3319/477, 06.04.2023 (Lexpera). “Somut olayda, davacılar vekilinin, hem asıl hem de birleşen dosyada, 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 18/A maddesinin birinci fıkrasında; ‘İlgili kanunlarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiş ise arabuluculuk sürecine ilişkin aşağıdaki hükümler uygulanır.’ hükmü gereği arabulucuya başvurduğu ve taraflar arasında yapılan arabuluculuk görüşmesi neticesinde, düzenlenen 25.09.2019 ve 26.09.2019 tarihli arabuluculuk son tutanaklarından tarafların anlaşamadıkları görülmüş ve her iki taraf vekilinin de iş bu görüşmede hazır bulunduğu ve arabuluculuk son tutanağı anlaşmazlık belgeleri üzerinde imzalarının bulunduğu görülmüştür. 2918 Sayılı KTK'nın 97. maddesi belirtilen sigorta şirketine başvuruya ilişkin dava şartı incelendiğinde, işbu başvurunun yazılı şekil şartı dışında başka bir şekil şartına bağlanmadığı ve yine bu başvurunun arabulucu vasıtasıyla yapılmasını engelleyen bir hükümden bulunmadığı dikkate alındığında; davacılar vekilinin özel dava şartı olarak düzenlenen Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. maddesi kapsamında zorunlu başvuru şartını (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 18/A maddesinin birinci fıkrasında) zorunlu arabuluculuk vasıtası ile yerine getirdiği gözetilerek işin esasına girilerek karar verilmesi gerekirken davanın usulden reddine karar verilmesine ilişkin istinaf başvurusu haksız bulunmuştur.” Adana 3 BAM, 1838/2492, 27.12.2022 (Lexpera).

başvuru zorunludur. Dava açılması, dava dilekçesinin sigorta şirketine tebliğ edilmesi ya da davadan önce arabulucuya başvurulması bu zorunluluğun tamamlandığı anlamına gelmeyecektir.”<sup>52</sup> Kanaatimizce anılan karar sonucu itibariyle isabetlidir. Ancak arabulucuya yapılan yazılı başvuruya gerekli belgelerin tam ve eksiksiz biçimde eklenmesi hâlinde, arabuluculuk neticesinde taraflar anlaşmaya varamasa da, zarar gören kişinin bu kez sigortacıya yazılı başvuruda bulunması şartı aranmamalıdır. Aksi takdirde kendisi açısından ek bir külfet söz konusu olur ve mahkemeye erişim hakkı olumsuz etkilenir. Zira arabulucuya yapılan başvuruya gerekli belgelerin tam ve eksiksiz eklenmesi durumunda sigortacının borcu sigorta hukuku anlamında muaccel hâle gelir. Sigortacı artık olayı anlayabilme ve zarar tespiti yapabilme olanağına kavuşmuştur. Bu nedenle anılan yargı kararında gerekli belgelerin sunulmuş olup olmaması hususu tartışılmadan ve bu konuda bir değerlendirme (ve ayırım) yapılmadan sonuca gidilmesi isabetli değildir. Nitekim gereken belgelerin eklenmiş olduğu arabuluculuk başvurusundan sonra bu kez sigortacıya başvuruda bulunulması, gereksiz zaman emek ve masraf harcaması anlamına gelmekte olup, “zararlarının daha hızlı tazmin edilmesi” ilkesiyle de çelişir.

## Sonuç

Çalışma kapsamında varılan sonuçlar şu şekildedir:

1. Karayolları Trafik Kanunu’nun 97. maddesine göre zarar gören üçüncü kişiye sigortacıya doğrudan dava açma hakkının tanınması, sigorta sözleşmesini üçüncü kişi yararına sözleşme hâline getirmez. Zarar gören üçüncü kişiye tanınmış olan bu hak, kanundan doğan ve zarar gören kişiyi korumak için kabul edilmiş olan bir haktır. Üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğinde bulunmadığından, sözleşmede yer alan usulî hükümler üçüncü kişi (zarar gören) bakımından geçerli değildir.

2. Karayolları Trafik Kanunu’nun 97. maddesine göre zarar görenin sigortacıya yazılı başvurusunun geçerli olabilmesi, bu başvuruya Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası Genel Şartları’nda öngörülen gerekli belgelerin eklenmesine bağlıdır. Yazılı başvuruya gerekli belgelerin eklenmemesi hâlinde, alacak muaccel hâle gelmez ve bu nedenle temerrüt gerçekleşmez. Bu sebeple dava açmakta hukukî yarar da mevcut olmaz. Sigorta hukukunda muacceliyet ile temerrüt, genel hükümlerde olduğundan daha farklı şekilde ortaya çıkmaktadır.

<sup>52</sup> Antalya 4 BAM, 1191/2050, 29.12.2022 (Lexpera). Adana Bölge Adliye Mahkemesi’nin arabuluculuğa başvuru, yazılı başvuru şartı için yeterli gören bir kararındaki muhalefet şerhinde, arabuluculuğun yazılılık şartı için yeterli olmadığı hususuna ilişkin olarak şu ifadelere yer verilmiştir: “Davadan önce arabulucuya başvurulması bu zorunluluğun tamamlandığı anlamına gelmeyecektir. Eldeki davanın açılabilmesi için gerçekleşmesi gereken iki farklı dava şartının varlığının kabulü gerekmektedir, her iki özel düzenlemenin de yürürlükte olduğu, başvuru şekli, başvuru amacı ve başvuru sonuçlarının birbirinden farklı ve bağımsız olduğu değerlendirildiğinde, eldeki davada davalı sigorta şirketi yönünden KTK’nun 97. maddesi gereğince zorunlu başvurunun bulunmaması nedeniyle başvurunun kabulüyle davanın dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmesi gerektiği kanaatindedir olduğundan; KTK’nun 97. maddesi kapsamında düzenlenen zorunlu başvuru şartının, zorunlu arabuluculuk vasıtası ile yerine getirildiğine dair sayın çoğunluğun görüşüne iştirak etmemekteyim.” Adana 3 BAM, 1838/2492, 27.12.2022, (Lexpera).

3. Muacceliyet, temerrüt konusu ile gerekli belgelerle geçerli bir başvuru yapma zorunluluğu dikkate alındığına, yazılı başvuru prosedürünün tamamlanabilir bir dava şartı olmadığı sonucuna varılmaktadır. Aksi hâlde zaten sigorta şirketine başvuru prosedürü tüm anlamını yitirmiş olacak; sadece basit ve yaptırımsız bir formaliteden ibaret kalacaktır.

4. Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. maddesinde öngörülen dava açılmadan önce sigortacıya yazılı olarak başvurulması, özel dava şartı niteliğindedir. Yazılı başvuru prosedürü aynı zamanda genel dava şartlarından, hukukî yarar şartına da doğrudan bağlı, onun özel görünümü olan; somut plânda uygulanma şeklindedir.

5. Yazılı başvuru yapılmadan dava açılması durumunda, bu eksikliğin tamamlanabilmesi mümkün değildir. Başka bir anlatımla, yazılı başvuru usûlü, tamamlanamaz nitelikte olan özel bir dava şartıdır. Zira aksi takdirde emredici nitelikteki Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. maddesindeki sigortacıya yazılı başvuruda bulunulması prosedürün amacına aykırı hareket edilmiş olur. Sadece istisnaen yargılama devam ederken bu şart mahkemece herhangi bir süre verilmeden, kendiliğinden tamamlanabilir. Bu hâlde dava usûlden reddedilmeyip, esasa ilişkin karar verilmelidir.

6. Yazılı başvuru aynı zamanda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından müzakere niteliğini haizdir. Bu nedenle, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesinin 18. fıkrasına göre, yazılı başvuru sürecinin tamamlanması, sonrasında açılacak dava bakımından (mevcutsa) dava şartı arabuluculuğa başvuru zorunluluğunu ortadan kaldırır.

7. Arabuluculuğa başvurulması, Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. maddesindeki sigortacıya yazılı başvuru yapılması şartını, ancak yazılı başvuruda aranan belgelerin arabuluculuk için yapılan başvuruya eklenmiş olması durumunda sağlar. Dolayısıyla arabuluculuk sürecinin tamamlanmasından sonra zarar görenin, sigortacıya başvurmadan dava açabileceği; yazılı başvuruya ilişkin dava şartının arabuluculuk sürecinin yürütülmesi sebebiyle tamamlanmış sayılacağı sonucuna, ancak yazılı başvuruya eklenmesi gereken belgelerin eklenmiş olması hâlinde varılmalıdır. Aksi takdirde sigortacıdan teminat kapsamında meydana gelen zararı hesaplaması beklenemez. Bu hesaplamanın yapılması için arabulucuya yapılan başvuruya olaya dair ve zararın tespitine yarayan, Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nda öngörülen belgelerin ve gerekli bilgilerin eklenmesi gerekir. Aksi takdirde Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. maddesindeki sigortacıya yazılı başvuruda bulunulması prosedürü anlamını yitirir. Ancak arabulucuya yapılan başvuruya gerekli belgelerin eklenmesi hâlinde, arabuluculuk neticesinde tarafların uzlaşamaması durumunda, zarar gören kişinin bu kez sigortacıya da yazılı başvuru yapması şartının aranması, zarar gören üçüncü kişi bakımından

ek bir külfet getirmekte ve mahkemeye erişim hakkını olumsuz etkilemektedir. Zira arabulucuya yapılan başvuruya gerekli belgelerin tam ve eksiksiz eklenmesi durumunda sigortacının borcu sigorta hukuku anlamında muaccel hâle gelir. Sigortacı artık olayı anlayabilme ve zarar tespiti yapabilme olanağına kavuşmuştur. Buna rağmen arabuluculuk kapsamında taraflar arasında kısmen de olsa uyuşmazlığın çözümlenmemiş olması durumunda üçüncü kişinin sigortacıya tekrar başvuru yapması zorunlu tutularak farklı bir sonuç alınacağını beklemek isabetli değildir.

## **KISALTMALAR**

**Aufl.:** Auflage

**Bd.:** Band

**BGB:** Bürgerliches Gesetzbuch

**C.:** Cilt

**Ed.:** Editor

**HD:** Hukuk Dairesi

**HMK:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu

**HUAK:** Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu

**İKİD:** İlmî ve Kazaî İçtihatlar Dergisi

**İşMK:** İş Mahkemeleri Kanunu

**İzBD:** İzmir Barosu Dergisi

**Jus:** Juristische Schulung

**KTK:** Karayolları Trafik Kanunu

**Lexpera:** [www.lexpera.com](http://www.lexpera.com)

**m.:** madde

**MüKo:** Münchener Kommentar

**N.:** Nummer

**RG:** Resmî Gazete

**Rn.:** Randnummer

**s.:** sayfa

**S.:** Sayı

**TBK:** Türk Borçlar Kanunu

**TBMM:** Türkiye Büyük Millet Meclisi

**TKHK:** Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

**TTK:** Türk Ticaret Kanunu

**vd.:** ve devamı

**Vor.:** Vorbemerkung

**Y.:** Yıl

**yuk.:** yukarıda

---

**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 Öztürk EB, ‘Sorumluluk Sigortalarında Zarar Görenin Doğrudan Dava Hakkı’ (2020) 11 TAAD 471

Akyol Ş, *Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme* (Fakülteler Matbaası 1976)

Alangoya Y, Yıldırım MK and Deren-Yıldırım N, *Medenî Usul Hukuku Esasları* (8. Bası, Alkım Yayınları 2011)

Ansay SŞ, ‘Tesbit Davaları’ (1940) 2 Adliye Ceridesi

Arslan R and others, *Medenî Usul Hukuku* (8. Bası, Yetkin Yayınları 2022)

Atalı M, *Pekcanutez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (15. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017)

Atalı M, Ermenek İ and Erdoğan E, *Medeni Usul Hukuku* (5. Bası ed, Yetkin Yayınları 2022)

Ayhan R, Çağlar H and Özdamar M, *Sigorta Hukuku* (6. Bası, Yetkin Yayınları 2023)

Bilge N and Önen E, *Medenî Yargılama Hukuku Dersleri* (3. Bası, Sevinç Matbaası 1978)

Bozer A, *Sigorta Hukuku Genel Hükümler, Bazı Sigorta Türleri* (2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2009)

Bühning-Uhle C, *Arbitration and Mediation in International Business: Designing Procedures for Effective Conflict Management* (Kluwer Academic Publisher 1996)

- Çeker M, *Sigorta Hukuku* (23. Baskı, Karahan Kitabevi 2021)
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (27. Bası, Yetkin Yayınları 2022)
- Hägel U, *Mediationsgesetz (Klowait/Gläßer)* (2. Auflage, Nomos 2018)
- Hanağası E, *Davada Menfaat* (Yetkin Yayınları 2009)
- Karasu R, *Karayolları Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası)* (Yetkin Yayınları 2016)
- Kılıçoğlu A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları 2022)
- Köroğlu A, ‘Görevsizlik Kararının Dava Şartı Arabuluculuk Üzerindeki Etkileri’, *Selçuk Hukuk Kongresi 2020, Özel Hukuk Tebliğleri Tam Metin Kitabı* (2020)
- , *Medenî Usûl Hukuku Bakımdan Ortaklığın Giderilmesi Davası* (On İki Levha Yayıncılık 2020)
- Kuru B, ‘“Dava Şartları”’, *Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1964)
- Kuru B, Arslan R and Yılmaz E, *Medenî Usul Hukuku* (25. Bası, Yetkin Yayınları 2014)
- Kuru B and Aydın B, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı* (2. Bası, Yetkin Yayınları 2021)
- Manfred L, *Von Staudingers Kommentar Zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Vertrag Zugunsten Dritter, Draufgabe, Vertragsstrafe* (Sellier - de Gruyter 2004)
- Memiş T, ‘Zorunlu Trafik Mali Mesuliyet Sigortasında Sigortacının Sorumluluğunun Niteliği ve Sebepsiz Zenginleşme’, *XX. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu* (2005)
- Oğuzman K and Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (16. Bası, Vedat Kitapçılık 2021)
- Özbek MS, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (5. Bası, Yetkin Yayınları 2022)
- Özekes M, ‘Muaccel Olmayan Alacak için Açılan Dava Usûlü mü Esası mı İlgilendirir?’, (*Hukukî Haber*, 09.11.2022) <<https://www.hukukihaber.net/muaccel-olmayan-alacak-icin-acilan-dava-uslu-mu-esasi-mi-iligilendirir>> Erişim Tarihi 10.06.2023
- Pekcanitez H, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (15. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017)
- Pekcanitez H, Atalay O and Özekes M, *Medeni Usul Hukuku* (10. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2022)
- Postacıoğlu İE, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (6. Bası, 1975)
- Säcker F and others, *Münchener Kommentar Zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Gesamtwerk* (7. Auflage, CHBeck 2016)
- Schonewille M and Fox KH, *ADR in Business Practice and Issues across Countries and Cultures* (Volume II, Alphen aan den Rijn 2011)
- Seven V, ‘Mahkemeye Tahkime Başvurmadan Önce Sigorta Şirketine Başvuru Zorunluluğu’ (2018) 83 İzmir Barosu Dergisi 95
- , ‘Mahkemeye-Tahkime Başvurmadan Önce Sigorta Şirketine Başvuru Zorunluluğunda Sunulacak Belgelerin (Özellikle Sağlık Kurulu Raporu) Dava Şartı ve Temerrüt İle İlişkisi’ [2022] Hacettepe HFD 142
- Sopacı Öztuna B, ‘Türk ve Alman Hukukunda Yeni Düzenlemeler Işığında Sorumluluk Sigortasında Doğrudan Talep Hakkı’ (2011) 27 BATİDER 15
- Tanrıver S, *Medenî Usûl Hukuku*, (C. II, 2. Bası, Yetkin Yayınları 2022).
- , *Medenî Usûl Hukuku*, C. I (C. I, 4. Bası, Yetkin Yayınları 2021).

Ulrike R, *Schlichtungs-, Schieds- Und Andere Verfahren Außergerichtlicher Streitbeilegung - Versuch Einer Begrifflichen Klarstellung* (JuS 2003)

Ünan S, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi (Altıncı Kitap Sigorta Hukuku)* (C 1, On İki Levha Yayıncılık 2016)

Wegen G, Barth M and Wexler-Uhlich R, *International Arbitration in Germany* (Beck/Hart/Nomos 2022)







# İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 19.06.2023  
Revizyon Talebi: 20.06.2023  
Son Revizyon Tarihi: 22.06.2023  
Kabul: 15.10.2023  
Online Yayın: 19.12.2023

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

## Hapis Hakkı ile Güvence Altına Alınan Alacağın Devredilmesi Hâlinde Hapis Hakkının Devralana Geçiş Geçmeyeceği Sorunu

Hayrunnisa Altın Şahin\*

### Öz

Hapis hakkı, alacaklıya borçlunun rızası ile ziyeydi olduğu taşınır eşya veya kıymetli evrakı alıkoyma ve paraya çevirme yetkisi veren bir sınırlı aynı haktır. Hapis hakkının alacağına bağlı hak olarak alacağı teminat altına alma işlevi bulunmaktadır. Genel hapıs hakkının şartları Türk Medeni Kanunu'nun 950-953. maddelerinde düzenlenmektedir. Hapis hakkının doğması için alacaklının alacağının muaccel olması, alacaklının hapıs hakkına konu eşyaya borçlunun rızası ile zilyet olması ve hapıs hakkına konu eşya ile alacak arasında bağlantının bulunması gerekir. Hapis hakkı, alacaklının yükümlülükleri, borçlunun talimatı veya kamu düzeni ile bağdaşmayan hâllerde kullanılmaz. Hapis hakkı ile güvence altına alınan alacağın devredilmesi hâlinde hapıs hakkının devralana geçiş geçmeyeceği tartışmalıdır. Bazı yazarlar, hapıs hakkının alacakla birlikte devralana geçişini tamamen veya sadece ticari hapıs hakkı yönünden reddetmektedirler. Bazı yazarlar ise hapıs hakkının alacakla birlikte devralana geçeceğini savunmaktadır. Bu görüşlerin gerekçelerinde, hapıs hakkının niteliği, alacağı devralanın hapıs hakkının şartlarını taşıyıp taşımadığı, hapıs hakkının Türk Borçlar Kanunu madde 189/1 uyarınca devralana alacakla birlikte geçen bağlı haklardan olup olmadığı gibi pek çok husus incelenmektedir. Bu çalışmada, hapıs hakkı ile güvence altına alınan alacağın devredilmesi hâlinde hapıs hakkının alacakla birlikte devralana geçmesinin mümkün olup olmadığı konusundaki görüşler değerlendirilmektedir. Bu kapsamda, hapıs hakkının ayrıma tabi olmaksızın Türk Borçlar Kanunu madde 189/1 uyarınca devralana geçeceği savunulmaktadır. Hapis hakkının devralana geçmesi için alacağın devrinden önce doğması yeterlidir. Hapis hakkının şartları devralan bakımından aranmamalıdır.

### Anahtar Kelimeler

Hapis Hakkı, Teminat, Zilyetlik, Alacak, Bağlantı, Alacağın Devri, Devralan, Bağlı Hak

## The Issue of Whether the Special Lien is Transferred to the Assignee in Case of the Assignment of the Claim Secured by the Special Lien

### Abstract

Special lien is a limited real right that authorizes the creditor to retain and realize chattels and securities that have come into his or her possession with the debtor's consent. As an accessory right, a special lien serves to secure the claim. The conditions of the general special lien are regulated under Articles 950-953 of the Turkish Civil Code no. 4721. For the special lien to arise, the creditor's claim must be due, the creditor must possess the retained object with the debtor's consent, and there must be a connection between the retained object and the claim. Special lien may not be exercised in cases that are incompatible with the obligations of the creditor, the instructions of the debtor, or public policy. Whether the special lien is transferred to the assignee when the claim secured by the special lien is assigned remains debatable. Some authors argue that the special lien is not transferred to the assignee, whereas others state that only the commercial special lien is not transferred to the assignee. Meanwhile, some authors agreed that the special lien is transferred to the assignee. In the justifications of these opinions, many issues are examined: the legal nature of the special lien, whether the assignee of the claim fulfills the conditions of the special lien, and whether the special lien is one of the accessory rights that can be transferred to the assignee pursuant to Article 189/1 of the Turkish Code of Obligations no. 6098. In

\* **Sorumlu Yazar:** Hayrunnisa Altın Şahin (Dr. Öğr. Üyesi), Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: hayrunnisa.altin@asbu.edu.tr ORCID: 0000-0002-7959-7174

**Atf:** Altın Şahin H, "Hapis Hakkı ile Güvence Altına Alınan Alacağın Devredilmesi Hâlinde Hapis Hakkının Devralana Geçiş Geçmeyeceği Sorunu" (2023) 81(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 675. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2023.81.3.0003>



this study, opinions are evaluated on whether the special lien can be transferred to the assignee in the case of the assignment of the claim secured by the special lien. In this context, it is accepted that the special lien is transferred to the assignee without distinction according to Article 189/I of the Turkish Code of Obligations. It is sufficient for the special lien to arise prior to the claim's assignment. The conditions of the special lien are not required to be fulfilled by the assignee.

**Keywords**

Special Lien, Security, Possession, Claim, Connection, Assignment of Claims, Assignee, Accessory Right

**Extended Summary**

The special lien is a right that authorizes the creditor to retain and realize chattels and securities that have come into his or her possession with the debtor's consent until the creditor's claim has been satisfied with performance or security has been provided for his or her claim. The special lien is a type of legal pledge of chattels and is a limited real right. The special lien arises upon fulfilling the conditions regulated in Articles 950-953 of the Turkish Civil Code no. 4721.

The special lien can be asserted over realizable chattels. The claim must be valid and due for the special lien to arise. Moreover, the creditor must acquire the possession of chattels and securities with the debtor's consent. Furthermore, a connection must exist between the retained objects and the claim. The connection condition is regulated in two ways in Article 950 of the Turkish Civil Code in terms of civil and commercial special lien. When the negative conditions of this right are not met, the special lien arises. In other words, the special lien cannot be asserted in cases that are incompatible with a creditor obligation, debtor instructions prior to or upon transfer of possession of the chattel, or public policy.

In the case of the assignment of the claim secured by the special lien, whether the special lien is transferred to the assignee remains controversial. In this regard, some authors argue that the special lien is not transferred to the assignee, whereas others accept that the special lien except the commercial special lien is transferred. Meanwhile, some authors agreed that the special lien is transferred to the assignee without distinction. This disagreement in the doctrine first stems from the uncertainty about whether the assignee must fulfill the conditions of the special lien. Second, whether the special lien is within the scope of Article 189/I of the Turkish Code of Obligations no. 6098 regarding the transfer of accessory rights in the assignment of claims leads to this disagreement.

The authors who reject the transfer of the special lien to the assignee in the case of assignment of the claim secured by the special lien argue that the assignee does not fulfill the conditions of the special lien. Meanwhile, some authors reject only the transfer of commercial special lien. These authors agree that the commercial special lien is one of the rights that cannot be separated from the assignor's person. As a result, they contend that, in the case of claim assignment, the commercial special

lien is not transferred to the assignee following Article 189/I of the Turkish Code of Obligations. According to this opinion, only the civil special lien is transferred to the assignee.

Some authors accepted that all types of special lien are transferred to the assignee in the case of assignment of the claim secured by the special lien. Some of these authors reached this conclusion on the basis of the legal nature of the special lien. However, some of them argued that the special lien is one of the accessory rights in accordance with Article 189/I of the Turkish Code of Obligations without any distinction.

The issue of whether the special lien is transferred to the assignee in case of the assignment of the claim secured by the special lien is discussed in this article. Findings reveal that it is sufficient for the special lien to arise prior to the assignment of the claim for it to be transferred to the assignee. The assignee is not required to fulfill the conditions of the special lien. The legal reason for transferring the special lien to the assignee is Article 189/I of the Turkish Code of Obligations, which regulates the transfer of accessory rights in the assignment of claims. This provision transfers both civil and commercial special liens to the assignee. This solution in favor of the assignee of the claim does not worsen the debtor's position, but the rejection of this solution leads to a disadvantageous result for the creditor.

## Giriş

Kanuni taşınır rehninin bir türü olan hapis hakkı, alacaklıya, borçlunun rızasıyla zilyedi olduğu taşınır eşyayı veya kıymetli evrakı, buna bağlı borç ödeninceye veya karşılığında bir teminat gösterilinceye kadar alıkoyma ve şartları gerçekleştiğinde paraya çevirme yetkisi veren bir haktır. Bu hak, kanunda yer alan şartların gerçekleşmesi hâlinde, tarafların bu yöndeki iradesi aranmaksızın kendiliğinden doğar. Hapis hakkı, alacaklının alacağını tahsil etmeden, borçlunun eşyasını iade etmekle yükümlü tutulmasını engellemekte ve alacaklı açısından bir teminat işlevi görmektedir. Genel hapis hakkı, Türk Medeni Kanunu madde 950-953'te medeni hapis hakkı ve ticari hapis hakkı olmak üzere iki türde düzenlenmektedir. Bunun yanında, Türk hukukunda bazı sözleşmeler bakımından hapis hakkı ile ilgili özel düzenlemeler, başka bir ifadeyle özel hapis hakkı türlerine de yer verilmektedir.

Hapis hakkı, asıl alacağa bağlı yan haklardan biridir. Bu sebeple hapis hakkı alaktan bağımsız olarak tek başına devredilemez<sup>1</sup>. Bunun yanında, alacaklı borçlunun eşyasına zilyet olduktan sonra borçluya karşı alacağın devri yoluyla bir alacak hakkı elde ederse, bu eşya üzerinde sonradan hapis hakkını kullanamaz. Bu durumda, her ne kadar alacaklı eşyanın zilyetliğini borçlunun rızası ile kazanmış olsa da eşyanın zilyetliğinin elde edilmesi ve alacak arasında bağlantı bulunmamaktadır<sup>2</sup>.

Hapis hakkı ile güvence altına alınan bir alacağın devri hâlinde hapis hakkının devralana geçip geçmeyeceği tartışmalıdır. Bu tartışmada, öncelikle, hapis hakkının kurulmasına ilişkin şartların alacağın devri hâlinde devralan bakımından gerçekleşmesinin aranıp aranmayacağı önem arz etmektedir. Hapis hakkının şartlarından olan, alacaklının borçlunun rızası ile hapis hakkı konusu eşyaya zilyet olması ve hapis hakkı konusu eşya ile alacak arasında bağlantı bulunması alacağı devralan bakımından genellikle sağlanmamaktadır. Bunun yanında, Türk

<sup>1</sup> Hans Geiger, *Begriff und Arten der Konnexität im Retentionsrecht nach Schweiz Recht* (Buchdruckerei Zofinger Tagblatt AG 1920) 57; Franz Studer, *Das Retentionsrecht in der Zwangsvollstreckung* (Schulthess Juristische Medien AG 2000) N 111; Oscar Brander, *Das Retentionsrecht nach schweizerischem Zivilrecht* (Buchdruckerei Dr. J. Weiss 1933) 14; Dieter Zobl, *BK - Berner Kommentar Band/Nr IV/2/5/2, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Das Fahrnispfand, Art. 888-906 ZGB* (2. Auflage, Stämpfli Verlag AG 1996) Art 895 ZGB, N 179; Halûk Tandoğan, 'Hapis Hakkının Temliki' (1954) 11(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 222, 222; Erol Cansel, Türk Hüsusi Hukukunda Hapis Hakkı (Yeni Desen Matbaası 1961) 105; Zahit İmre, 'Hapis Hakkı Üzerine Bir Tetkik' (1952) 18(3-4) İstanbul Hukuk Mecmuası 742, 776; Bilgehan Çetiner, *Hapis Hakkı* (Filiz Kitabevi 2010) 148; Etem Kara, 'Genel Olarak Türk Hukukunda Hapis Hakkı' (2016) 11 Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 101,114.

<sup>2</sup> Karl Oftinger und Rolf Bär, *ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr IV/2c, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Das Fahrnispfand, Art. 884-918 ZGB* (3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG 1981) Art 895 ZGB, N 124; Geiger (n 1) 61; Brander (n 1) 16, 17; Studer (n 1) N 112; Tandoğan (n 1) 222; Cansel (n 1) 105, 106; Çetiner (n 1) 148, 149; Eda Sarp, 'Hapis Hakkı' (2014) 38(94) Bursa Barosu Dergisi 77, 88. Bu durumda, ticari hapis hakkının da alacağı devralan tarafından kullanılmayacağı yönünde ayrıca bakınız Oftinger und Bär (n 1) Art 895 ZGB, N 124; Corrado Rampini, Hermann Schulin und Nedim Peter Vogt, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch (Art. 457-977 ZGB - Art. 1-61 SchlT ZGB)* 23. Titel: *Das Fahrnispfand* (6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag 2019) Art 895 ZGB, N 44; Cansel (n 1) 76, 77. Doktrinde, kıymetli evrak bakımından bu konuda bir istisnanın bulunduğu kabul edilmektedir. Buna göre, kıymetli evrak ticari bir iş kapsamında borçlu tarafından tedavüle çıkarılırsa ve alacaklı senedi ticari bir iş kapsamında elde ettiyse, alacaklı senet üzerinde hapis hakkını kullanabilmelidir. Bu konuda bakınız Oftinger und Bär (n 1) Art 895 ZGB, N 124; Geiger (n 1) 63, 64; Tandoğan (n 1) 222; Cansel (n 1) 105, 106; Çetiner (n 1) 148. Ayrıca bakınız ve karşılaştırınız Zobl (n 1) Art 895 ZGB, N 240 ve devamı.

Borçlar Kanunu madde 189/I (İsviçre Borçlar Kanunu madde 170/I) hükmünde alacağın devrinde devredenın kişiliğine özgü olmaması şartıyla öncelik hakları ve bağı hakların devralana geçeceği düzenlenmektedir<sup>3</sup>. Hapis hakkının bu hüküm kapsamındaki niteliği ve hapis hakkının devredenın kişiliğine özgü olup olmadığı da bu tartışma bakımından önem arz eden diğer hususlardır.

Hapis hakkıyla teminat altına alınan alacağın devri hâlinde hapis hakkının devralana geçip geçmeyeceği, özel hapis hakkı türlerinden olan ve Türk Borçlar Kanunu madde 368’de düzenlenen kiraya verenin hapis hakkında da gündeme gelmektedir. Doktrinde, alacağın devrinde kiraya verenin hapis hakkının devralana geçeceği üzerinde büyük ölçüde görüş birliği sağlanmıştır<sup>4</sup>. Kiraya verenin hapis hakkının alacağın devriyle devralana geçeceğinin genel hapis hakkının geçişine kıyasla daha büyük bir çoğunlukla kabul edilmesinin sebebi, bu hapis hakkının şartlarının genel hapis hakkından farklı olmasıdır<sup>5</sup>.

Bu çalışmada, genel hapis hakkı ile güvence altına alınan alacağın devredilmesi hâlinde hapis hakkının devralana geçip geçmeyeceği sorunu incelenmektedir. Bu kapsamda, öncelikle hapis hakkının niteliği, konusu ve şartları üzerinde durulmaktadır. Hapis hakkı ile güvence altına alınan alacağın devredilmesi hâlinde hapis hakkının devralana geçip geçmeyeceği konusunda doktrinde ileri sürülen

<sup>3</sup> Türk Borçlar Kanunu madde 189/I (İsviçre Borçlar Kanunu madde 170/I) hükmünün emredici olmadığı yönünde bakınız Alfred Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (4. Auflage, Stämpfli Verlag 2017), N 84.95; Eugen Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht* (Schulthess Polygraphischer Verlag AG 1979) 518; Hermann Becker, *BK - Berner Kommentar Band/Nr VI/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR* (2. Auflage, Stämpfli Verlag AG 1945) Art 170 OR, N 4; Daniel Girsberger und Johannes Lukas Hermann, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), Fünfter Titel: Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme* (7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag 2020) Art 170 OR, N 1; Peter Gauch, Walter R Schluep, Jörg Schmid und Susan Emmenegger, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band II* (11. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2020) N 3457, 3458. Karşılaştırınız M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2* (17. Bası, Vedat Kitapçılık 2022) N 1734; Turgut Öz, *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Cilt: 2-3 (Madde 83-206)* (edr. Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla ve Murat Develioğlu, Vedat Kitapçılık 2019) TBK madde 189, N 1.

<sup>4</sup> Becker (n 3) Art 170 OR, N 2; Bruno von Büren, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (Schulthess & Co. AG 1964) 327; Girsberger und Hermann (n 3) Art 170 OR, N 8; Eugen Spirig, *ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr V/1k, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Erste Lieferung, Art. 164-174 OR* (3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG 1993) Art 170 OR, N 40; Andreas von Tuhr und Arnold Escher, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band II* (3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG 1984) § 95, 354-355; Theo Guhl und Alfred Koller, *Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts* (9. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2000) § 34, N 30; Bucher (n 3) 519. Bu durumda devrin sorumlu görüldüğü yönünde bakınız Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler Birinci Cilt* (11. Baskı, Beta 2022) 553. Kira konusunun el değiştirmesi hâlinde ise kiraya verenin hapis hakkının devredilip devredilemeyeceği tartışmalıdır. Türk Borçlar Kanunu madde 310 uyarınca kiralananı devralan yeni malik kira sözleşmesine taraf olur. Bu andan itibaren doğan alacaklar bakımından yeni malikin Türk Borçlar Kanunu madde 336 uyarınca hapis hakkını kullanması mümkündür. Buna karşılık, kiralananı devreden önceki malikin devirden önce muaccel olmuş ve ödenmemiş kira alacakları için sahip olduğu hapis hakkının devirle birlikte yeni malike geçip geçmeyeceği tartışmalıdır. Bu konuda bir görüş, kiralananın devri ile önceki kiracının hapis hakkının da yeni malike geçeceğini kabul etmektedir; bakınız Peter Higi, *ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr V/2b, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Die Miete, Zweite Lieferung, Art. 266-268b OR* (4. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG 1995) Art 268 - Art 268b OR, N 22; Brander (n 1) 115. Diğer görüş ise, yeni malikin hapis hakkına sahip olmasının ancak devirden önceki alacakların da yeni malike devredilmesi ile mümkün olduğunu savunmaktadır; bakınız Yavuz, Acar ve Özen (n 4) 553; Cansel (n 1) 110; Çetiner (n 1) 237-238.

<sup>5</sup> Bu çalışmada kabul edilen görüş uyarınca, alacağın devri ile kiraya verenin hapis hakkı da devralana geçer.

görüşler açıklanmaktadır. Son olarak, hapis hakkının şartlarının alacağın devri hâlinde devralan bakımından gerçekleşmesinin gerekip gerekmediği ve hapis hakkının alacağın devrine ilişkin Türk Borçlar Kanunu madde 189/I (İsviçre Borçlar Kanunu madde 170/I) kapsamında alacakla birlikte devralana geçen haklardan olup olmadığı tartışılmaktadır.

## I. Hapis Hakkının Niteliği, Konusu ve Şartları

### A. Genel Olarak

Hapis hakkı, Türk Medeni Kanunu'nun 939 vd. maddelerinde yer alan “*Taşınır Rehni*” bölümünde düzenlenmektedir. Bu hak ile alacaklı, kural olarak borçluya ait olan ve borçlunun rızası ile zilyedi olduğu taşınır eşya veya kıymetli evrakı, alacağı ödeninceye veya alacağına karşılık bir teminat gösterilinceye kadar alıkoyma ve şartları gerçekleştiğinde paraya çevirme yetkisini haiz olmaktadır. Bu hak, kanunda yer alan şartların gerçekleşmesi hâlinde, tarafların bu yöndeki iradesi aranmaksızın kendiliğinden doğacağı için kanuni rehin hakkıdır<sup>6</sup>. Katıldığımız hâkim görüşe göre, hapis hakkı, hakkın konusunu alıkoyma ve paraya çevirme yetkisi veren bir sınırlı aynı hak<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Oftinger und Bär (n 1) Art 895 ZGB, N 15; Rampini, Schulin und Vogt (n 2) Art 895 ZGB, N 1, 6, 7; Stephanie Hrubesch-Millauer, Barbara Graham-Siegenthaler und Vito Roberto, *Sachenrecht* (5. Auflage, Stämpfli Verlag 2017) N 10.89; Jörg Schmid und Bettina Hürlimann-Kaup, *Sachenrecht* (6. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2022) N 1919; Studer (n 1) N 22; Zobl (n 1) Art 895 ZGB, N 15; Urs Ch Nef, *Grundzüge des Sachenrechts* (vdf Hochschulverlag AG an der ETH Zürich 2004) 130; Bülent Köprülü ve Selim Kaneti, *Sınırlı Aynı Haklar* (2. Baskı, Fakülteler Matbaası 1982-1983) 512; Ayşe Lâle Sirmen, *Eşya Hukuku* (8. Baskı, Yetkin 2020) 740; Nevzat Koç, ‘Vedia Alanın Ödemezlik Def’i ve Hapis Hakkı’ iç *Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan* (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını 2000) 425-431; Mehmet Serkan Ergüne, *Hukukumuzda Taşınır Rehminin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehminin Kuruluşu* (2. Baskı, Filiz Kitabevi 2022) N 14; Halük Nami Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku* (9. Baskı, On İki Levha 2022) N 1313; Turhan Esener ve Kudret Güven, *Eşya Hukuku* (7. Baskı, Yetkin 2017) 607; Hayriye Şen Doğramacı, ‘Kira Bedelinin Ödenmesini Teminat Altına Almaya Yönelik Hukuki Çareler’ (2019) 5(2) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 291, 297. Bu yöndeki Yargıtay kararı için ayrıca bakınız Yargıtay 8 HD, 5990/1979, 04.11.2014. Hapis hakkının kanuni rehin hakkı olarak nitelendirilemeyeceği yönünde bakınız Osman Tolun, ‘Ticarî Hapis Hakkı’ (1956) 47(3) Adalet Dergisi 315, 319, 320; Çetiner (n 1) 43 ve devamı. Hapis hakkının bir tür def’i niteliği taşıdığı ve bu sebeple sonuç doğurması için alacaklı tarafından ileri sürülmesi gerektiği yönünde bakınız İmre, ‘Hapis Hakkı’ (n 1) 158, 159.

<sup>7</sup> Oftinger und Bär (n 1) Art 895 ZGB, N 14; Rampini, Schulin und Vogt (n 2) Art 895 ZGB, N 7; Studer (n 1) N 21; Zobl (n 1) Art 895 ZGB, N 20; Köprülü ve Kaneti (n 6) 512, 513; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku* (24. Baskı, Filiz Kitabevi 2022), N 3750; Sirmen (n 6) 740; Suat Sarı, *Alıkoyma Hakkı* (Alfa 1997) 91; Nomer ve Ergüne (n 6) N 1312; Mehmet Akçaal, *Eşya Hukuku* (Yetkin 2021) 743; Abuzer Kendigelen, ‘Anonim Ortaklık Payı (Pay Senedi) Üzerinde Hapis Hakkı ve Bu Hakka Konu Oluşturan Paya İlişkin Oy Hakkının Kime Ait Olduğu Sorunu’ (1997) 19(1) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 105, 114; Kara (n 1) 102, 103. Hapis hakkının aynı hak olduğu yönündeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bakınız BGE 86 II 355, 358; Yargıtay kararı için bakınız Yargıtay 8 HD, 5990/1979, 04.11.2014. Hapis hakkının aynı hak olarak nitelendirilemeyeceği yönünde bakınız Peter Jabornegg, *Zurückbehaltungsrecht und Einrede des nicht erfüllten Vertrages* (Juristische Schriftenreihe 1982) 156; Brander (n 1) 9; Tolun (n 6) 319, 320. Hapis hakkının hukuki niteliğini belirlerken paraya çevirme yetkisinin kullanıldığı dönem ile hapis hakkının doğumundan bu hakkın kullanılmasına kadar geçen dönem arasında bir ayırım yapan ve hapis hakkının aynı hakla yaklaşmakla birlikte aynı hakkın bütün özelliklerini taşımadığını ileri süren görüş için bakınız Cansel (n 1) 21 ve devamı; Koç (n 6) 431, 432. Hapis hakkının aynı etkiye sahip bir def’i olduğu yönünde bakınız Çetiner (n 1) 47 ve devamı. Hapis hakkının aynı bir hak olmakla birlikte def’i hakkına ilişkin özellikleri de taşıdığı yönünde bakınız İmre, ‘Hapis Hakkı’ (n 1) 745, 746.

Türk Medeni Kanunu madde 950/I ve Türk Medeni Kanunu madde 951/I hükümlerine göre hapis hakkının konusu paraya çevrilmeye elverişli taşınır eşyadır<sup>8</sup>. Paraya çevrilmeye elverişli olmayan fotoğraf, mektup ya da ispat aracı olarak kullanılabilen ve parasal değeri olmayan senet, kimlik belgesi gibi şeyler üzerinde hapis hakkı kurulamaz<sup>9</sup>. Gelecekte ortaya çıkacak eşya, üzerinde zilyetlik kurulması mümkün olmayan doğal güçler ve maddi varlığı bulunmayan haklar hapis hakkının konusunu oluşturamaz<sup>10</sup>. Taşınır rehninde belirlilik ilkesi gereğince eşya birliği üzerinde, birliğin tamamı bakımından hapis hakkı kullanılamaz. Bu durumda her bir eşya üzerinde ayrı ayrı hapis hakkının kullanılması gerekir<sup>11</sup>. Türk Medeni Kanunu madde 950 hükmünde hapis hakkının konusu taşınır eşya veya kıymetli evrak olarak sınırlandırıldığından, taşınmazlar üzerinde hapis hakkı kurulamaz<sup>12</sup>.

Hapis hakkının şartları, bu hakkın düzenlendiği Türk Medeni Kanunu madde 950-953 hükümlerinde yer almaktadır. Bu hükümlere göre, hapis hakkının doğması için alacaklının alacağının muaccel olması, alacaklının hapis hakkı konusu eşyaya borçlunun rızası ile zilyet olması, hapis hakkına konu eşya ile alacak arasında bir bağlantının bulunması gerekir. Hapis hakkı, alacaklının yükümlülükleri, borçlunun talimatı veya kamu düzeni ile bağdaşmayan hâllerde kullanılamaz.

Hapis hakkının doğması için geçerli bir alacağın mevcut olması gerekir<sup>13</sup>; zira bu hakta alacağına bağlılık esastır<sup>14</sup>. Alacak, hapis hakkının doğduğu sırada zamanaşımına

<sup>8</sup> Rampini, Schulin und Vogt (n 2) Art 895 ZGB, N 19; Studer (n 1) N 50; Zobl (n 1) Art 895 ZGB, N 123; Köprülü ve Kaneti (n 6) 517; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 7) N 3754; İmre, 'Hapis Hakkı' (n 1) 765; Ergüne (n 6) N 17; Nomer ve Ergüne (n 6) N 1315; Sarp (n 2) 77. Ayrıca bakınız Yargıtay 11 HD, 2150/10250, 19.9.2008.

<sup>9</sup> Hrubesch-Millaue, Graham-Siegenthaler und Roberto (n 6) N 10.95; Nef (n 6) 130; Köprülü ve Kaneti (n 6) 517; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 7) N 3754; İmre, 'Hapis Hakkı' (n 1) 765; Ergüne (n 6) N 17; Nomer ve Ergüne (n 6) N 1315; Akçaal (n 7) 743; Sarp (n 2) 80; Kara (n 1) 108. Para üzerinde hapis hakkının kullanılıp kullanılmayacağı konusunda bakınız Oftinger und Bär (n 1) Art 895 ZGB, N 26; Rampini, Schulin und Vogt (n 2) Art 895 ZGB, N 19; Cansel (n 1) 38; Çetiner (n 1) 62, 63. Para üzerinde hapis hakkının kullanıldığı bir olayda Yargıtay, hapis hakkının şartlarının somut olay bakımından sağlanıp sağlanmadığının hapis hakkının para üzerinde kurulduğunun da dikkate alınarak tartışılmadığı gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur; bakınız Yargıtay 11 HD, 2150/10250, 19.9.2008.

<sup>10</sup> Rampini, Schulin und Vogt (n 2) Art 895 ZGB, N 19; Çetiner (n 1) 63.

<sup>11</sup> Oftinger und Bär (n 1) Art 895 ZGB, N 26; Cansel (n 1) 37, 38; İmre, 'Hapis Hakkı' (n 1) 747, 748; Çetiner (n 1) 63; Ergüne (n 6) N 16 dipnot 35; Nomer ve Ergüne (n 6) N 1315.

<sup>12</sup> Oftinger und Bär (n 1) Art 895 ZGB, N 28; Rampini, Schulin und Vogt (n 2) Art 895 ZGB, N 19; Zobl (n 1) Art 895 ZGB, N 89; Zahit İmre, 'Gayrimenkuller Üzerinde Hapis Hakkı Dermeyan Edilebilir mi?' (1952) 26(3) İstanbul Barosu Dergisi 129, 142; Çetiner (n 1) 61; Ergüne (n 6) N 16; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 7) N 3755; Sarı (n 2) 92; Nomer ve Ergüne (n 6) N 1317. Bu konuda, iyi niyetli haksız zilyedin iade borcuna ilişkin Türk Medeni Kanunu madde 994 hükmü ele alınmalıdır. Bu hükme göre, iyiniyetli zilyedin zilyetlik konusu mal üzerinde yapmış olduğu zorunlu ve yararlı giderler iadeyi talep eden tarafından tazmin edilinceye kadar iyi niyetli zilyet o malı iadedden kaçınabilir. Bu hükümde, hapis hakkının içerdiği paraya çevirme yetkisi bulunmamaktadır, alacaklıya sadece malı iadedden kaçınma imkânı tanınmıştır. Bu sebeple bu hükümde düzenlenen hak hapis hakkı değil, alıkoyma hakkıdır; bakınız İmre, 'Gayrimenkuller' (n 12) 141 ve devamı; Cansel (n 1) 40, 41; Köprülü ve Kaneti (n 6) 517; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 7) N 3755; Faruk Acar, *Rehin Hukuku Dersleri* (2. Baskı, Vedat Kitapçılık 2017) N 356; Nomer ve Ergüne (n 6) N 1317; Kendigelen (n 7) 116, 117; Ergüne (n 6) N 16 dipnot 37.

<sup>13</sup> Rampini, Schulin und Vogt (n 2) Art 895 ZGB, N 33; Studer (n 1) N 85; Köprülü ve Kaneti (n 6) 519; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 7) N 3761, 3762; Sirmen (n 6) 741; Ergüne (n 6) N 21; Nomer ve Ergüne (n 6) N 1324.

<sup>14</sup> Oftinger und Bär (n 1) Art 895 ZGB, N 76; Zobl (n 1) Art 895 ZGB, N 166; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 7) N 3763; Sirmen (n 6) 741; Ergüne (n 6) N 21; Nomer ve Ergüne (n 6) N 1324. Ayrıca bakınız BGER, 21.12.2005, 4C.275/2005, N 4.2.



uğramamış olmalıdır<sup>15</sup>. Bunun yanında, hapis hakkı ile güvence altına alınacak alacağın muaccel olması gerekir. Muacceliyet, hapis hakkı konusunun eşyanın zilyetliğinin alacaklı tarafından elde edildiği an için aranmamaktadır. Alacağın muaccel olması hapis hakkının kullanılma anı bakımından önemlidir<sup>16</sup>. Gelecekte doğacak veya şarta bağlı alacaklar için hapis hakkı kullanılamaz<sup>17</sup>.

Alacaklının hapis hakkı konusu eşyaya borçlunun rızası ile zilyet olması ve hapis hakkına konu eşya ile alacak arasında bağlantı bulunması şartları hapis hakkının alacağın devri sonucunda devralan alacaklıya geçip geçmeyeceğini tartışmalı hâle getiren şartlardır. Bunun sebebi, alacağın devri hâlinde, alacağı devralan bakımından hapis hakkına ilişkin bu şartların genellikle gerçekleşmemiş olmasıdır. Hapis hakkının geçişine ilişkin tartışmanın temelini oluşturan bu şartların ayrıca incelenmesi gerekmektedir<sup>18</sup>.

Son olarak, hapis hakkının doğması için bu hakkın olumsuz şartlarının gerçekleşmemiş olması gerekir. Hapis hakkı, Türk Medeni Kanunu madde 951/II uyarınca alacaklının bu haktan feragat etmesi hâlinde veya borçlunun en geç hapis hakkına konu eşyayı teslim ettiği sırada verdiği talimat sebebiyle kullanılamayabilir. Bazı hâllerde ise, işin niteliği gereği ya da hâl ve şartlara bağlı olarak hapis hakkının kullanılması mümkün olmayabilir. Son olarak, Türk Medeni Kanunu madde 951/II uyarınca kamu düzeniyle bağdaşmayan hâllerde hapis hakkı kullanılamaz.

## B. Hapis Hakkı ile Teminat Altına Alınan Alacağın Devrinde Hapis Hakkının Devralana Geçişini Tartışmalı Hâle Getiren Şartlar

### 1. Alacaklının Hapis Hakkı Konusu Eşyaya Borçlunun Rızası ile Zilyet Olması

Türk Medeni Kanunu 950/I hükmüne göre, alacaklının eşya üzerinde hapis hakkını kullanabilmesi için eşyaya borçlunun rızası ile zilyet olması gerekir. Borçlunun

<sup>15</sup> Oftinger und Bär (n 1) Art 895 ZGB, N 75; Studer (n 1) N 98; Rampini, Schulin und Vogt (n 2) Art 895 ZGB, N 35; Zobl (n 1) Art 895 ZGB, N 172; Cansel (n 1) 56; Köprülü ve Kaneti (n 6) 519; Sirmen (n 6) 741; İmre, 'Hapis Hakkı' (n 1) 758; Nomer ve Ergüne (n 6) N 1324; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 7) N 3764; Ergüne (n 6) N 21. Türk Borçlar Kanunu madde 159 hükmü uyarınca, taşınır rehni ile güvenceye alınmış bir alacak zamanlaşımına uğrasa da alacaklının alacağının rehinden tahsil etme imkânı devam eder. Bu hükmüne göre hapis hakkı doğduktan sonra alacak zamanlaşımına uğrasa da alacaklı hapis hakkının sağladığı yetkileri kullanabilir; bakınız Oftinger und Bär (n 1) Art 895 ZGB, N 75; Studer (n 1) N 98; Zobl (n 1) Art 895 ZGB, N 173; Rampini, Schulin und Vogt (n 2) Art 895 ZGB, N 35; Hrubesch-Millauer, Graham-Siegenthaler und Roberto (n 6) N 10.108; Peter Tuor, Bernhard Schnyder, Jörg Schmid und Alexandra Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (14. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2015) § 119, N 6; Cansel (n 1) 56; Köprülü ve Kaneti (n 6) 519; Bülent Davran, *Rehin Hukuku Dersleri* (Fakülter Matbaası 1972) 93; İmre, 'Hapis Hakkı' (n 1) 758, 759; Sirmen (n 6) 741; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 7) N 3764; Nomer ve Ergüne (n 6) N 1324 dipnot 204. Bu konuda ayrıca bakınız BGE 86 II 355, 358-359.

<sup>16</sup> Schmid und Hürlimann-Kaup (n 6) N 1925; Studer (n 1) N 91; Rampini, Schulin und Vogt (n 2) Art 895 ZGB, N 37; Brander (n 1) 10; Cansel (n 1) 58; Köprülü ve Kaneti (n 6) 519; Çetiner (n 1) 81; Acar (n 12) N 355; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 7) N 3765; Sirmen (n 6) 741, 742; Ergüne (n 6) N 22. Ayrıca bakınız BGE 115 IV 207, 212-213. Bu kuralın istisnası, Türk Medeni Kanunu madde 952 hükmünde düzenlenmektedir. Bu hükmüne göre, borçlunun ödemediği aczi söz konusu ise, muaccel olmayan alacaklar için de hapis hakkı kullanılabilir.

<sup>17</sup> Studer (n 1) N 90.

<sup>18</sup> Bu konudaki açıklamalar için bakınız I/B/1 ve I/B/2/a-b.



zilyetliğin alacaklıya devredilmesine sonradan onay vermesi hâlinde de bu şart gerçekleşmiş sayılır<sup>19</sup>. Alacaklının hapis hakkı konusu eşyaya zilyet olması, rehin hukukuna hâkim olan ilkelere kamuya açıklık ilkesini sağlar<sup>20</sup>. Bu şart, eşya üzerinde borçlunun dolaysız zilyetliğinin sona erdirilmesi ve alacaklının dolaysız zilyetliğinin sağlanması hâlinde gerçekleşmiş olur<sup>21</sup>. Bunun yanında, üçüncü kişinin alacaklı için zilyet olduğu durumlarda, alacaklının dolaylı zilyetliği de bu şartın gerçekleşmesi için yeterlidir<sup>22</sup>. Alacaklının kıymetli evrak üzerinde hapis hakkını kullanabilmesi için kıymetli evrak üzerinde borçlunun rızası ile zilyetliğinin bulunması yeterlidir. Bu durumda, kıymetli evrakın ciro ya da temlik gibi kendine özgü devir yolları ile devredilmesine gerek yoktur<sup>23</sup>.

Borçlu ve alacaklının hapis hakkı konusu eşyaya ortak (müşterek) zilyet olmaları hâlinde bu eşya üzerinde hapis hakkı kullanılamaz. Bu durumda, borçlunun eşya üzerinde münhasıran fiili hâkimiyetinin bulunması, hapis hakkının doğmasına engel olur<sup>24</sup>. Buna karşılık, alacaklı ve borçlunun eşyaya elbirliği ile zilyet olması hâlinde, zilyetlerin bir araya gelmesiyle kullanabilecek yetkiler söz konusu olduğundan alacaklı bu eşya üzerinde hapis hakkını kullanabilir<sup>25</sup>.

Alacaklı, hapis hakkı konusu üzerindeki zilyetliğini borçlunun rızası dışında; mesela yanlışlıkla, tesadüfen veya gasp gibi hukuka aykırı bir yolla elde etmişse eşya üzerinde hapis hakkı kullanamaz<sup>26</sup>. Aynı şekilde, üçüncü kişilerin borçlunun rızası olmaksızın alacaklıya teslim ettiği eşya üzerinde de hapis hakkının kullanılması mümkün değildir<sup>27</sup>. Borçlunun ayırt etme gücünün bulunmadığı<sup>28</sup> veya borçlunun eşya

<sup>19</sup> Rampini, Schulin und Vogt (n 2) Art 895 ZGB, N 30; Studer (n 1) N 77; Çetiner (n 1) 75.

<sup>20</sup> Oftinger und Bär (n 1) Art 895 ZGB, N 54; Köprülü ve Kaneti (n 6) 516; Çetiner (n 1) 69; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 7) N 3757; Nomer ve Ergüne (n 6) N 1320.

<sup>21</sup> Rampini, Schulin und Vogt (n 2) Art 895 ZGB, N 25; Brander (n 1) 17; Cansel (n 1) 51; Köprülü ve Kaneti (n 6) 516; Çetiner (n 1) 73; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 7) N 3757; Ergüne (n 6) N 18; Nomer ve Ergüne (n 6) N 1320.

<sup>22</sup> Rampini, Schulin und Vogt (n 2) Art 895 ZGB, N 25; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 7) N 3757; İmre, 'Hapis Hakkı' (n 1) 755; Sirmen (n 6) 741; Çetiner (n 1) 73. Alacaklının bir başkası için zilyet olması durumunda eşya üzerinde hapis hakkını kullanamayacağı yönündeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bakınız BGer, 31.7.2007; 4A\_134/2007, N 2.1.

<sup>23</sup> Oftinger und Bär (n 1) Art 895 ZGB, N 65; Çetiner (n 1) 63; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 7) N 3758; Sirmen (n 6) 741; Ergüne (n 6) N 18; Nomer ve Ergüne (n 6) N 1320.

<sup>24</sup> Cansel (n 1) 53; İmre, 'Hapis Hakkı' (n 1) 755; Sirmen (n 6) 741; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 7) N 3757; Çetiner (n 1) 73; Sarp (n 2) 83. Ortak zilyetlik, paylı mülkiyetten farklıdır. Paylı mülkiyette, paydaşlardan biri olan alacaklı, borçlunun payı üzerinde hapis hakkını kullanabilir; bakınız Oftinger und Bär (n 1) Art 895 ZGB, N 70; Zobl (n 1) Art 895 ZGB, N 118; Studer (n 1) N 64; Cansel (n 1) 38, 53; Sarp (n 2) 83.

<sup>25</sup> Cansel (n 1) 52; İmre, 'Hapis Hakkı' (n 1) 755; Sirmen (n 6) 741; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 7) N 3757; Sarp (n 2) 83. El birliği ile zilyetlik, elbirliği ile mülkiyetten farklıdır. Elbirliği ile mülkiyette maliklerin somut ve belirli payları olmadığından alacaklının hapis hakkını kullanması mümkün değildir; bakınız Oftinger und Bär (n 1) Art 895 ZGB, N 71; Zobl (n 1) Art 895 ZGB, N 119; Studer (n 1) N 65; Cansel (n 1) 38, 53; Sarp (n 2) 83.

<sup>26</sup> Oftinger und Bär (n 1) Art 895 ZGB, N 56; Studer (n 1) N 77; Rampini, Schulin und Vogt (n 2) Art 895 ZGB, N 31; Cansel (n 1) 53; Köprülü ve Kaneti (n 6) 516, 517; Çetiner (n 1) 75; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 7) N 3759; Sirmen (n 6) 741; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku* (Turhan Kitabevi 2021) N 3709; İmre, 'Hapis Hakkı' (n 1) 757; Ergüne (n 6) N 19; Akçaal (n 7) 744; Sarı (n 2) 93; Nomer ve Ergüne (n 6) N 1321; Esener ve Güven (n 6) 609.

<sup>27</sup> Oftinger und Bär (n 1) Art 895 ZGB, N 56; Hrubesch-Millauer, Graham-Siegenthaler und Roberto (n 6) N 10.98; Studer (n 1) N 77; Rampini, Schulin und Vogt (n 2) Art 895 ZGB, N 31; Nef (n 6) 129; Cansel (n 1) 53; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 7) N 3759.

<sup>28</sup> Oftinger und Bär (n 1) Art 895 ZGB, N 59; Çetiner (n 1) 76, 77; İmre, 'Hapis Hakkı' (n 1) 757; Ergüne (n 6) N 19.

üzerinde tasarruf yetkisinin bulunmadığı<sup>29</sup> durumlarda zilyetliğin rıza ile devredildiği kabul edilemez. Bu sebeple bu durumlarda da alacaklının hapis hakkını kullanamaz.

Türk Medeni Kanunu madde 950/III uyarınca, alacaklının borçluya ait olmayan taşınırlar üzerinde hapis hakkını kullanması mümkündür. Bunun için alacaklının, borçlunun maliki olmadığı eşya üzerinde borçlunun malik olduğu veya tasarruf yetkisinin bulunduğu düşüncesiyle iyiniyetli olarak zilyet olması gerekir<sup>30</sup>. Alacaklının iyiniyeti zilyetliğin geçişi anında mevcut olmalıdır<sup>31</sup>. Alacaklı, üçüncü kişinin eşyası üzerinde bu kişinin rızası ile de hapis hakkını kullanabilir. Bunun için üçüncü kişinin eşyanın zilyetliğinin alacaklıya devredilmesine açık veya örtülü olarak izin vermesi veya zilyetliğin devrini sonradan onaylamış olması gerekir<sup>32</sup>.

## 2. Hapis Hakkına Konu Eşya ile Alacak Arasında Bağlantı Bulunması

### a. Medeni Hapis Hakkında Bağlantı Kavramı

Türk Medeni Kanunu madde 950/I hükmüne göre eşya üzerinde hapis hakkı kurulabilmesi için eşya ile alacak arasında bağlantı bulunmalıdır<sup>33</sup>. Alacak ile hapis hakkına konu taşınır eşya veya kıymetli evrak arasında bağlantının bulunup bulunmadığı, dürüstlük kuralına göre belirlenmelidir. Borç ifa edilmeden hapis hakkına konu eşyanın iadesinin istenmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ediyorsa, alacak ve eşya arasında bağlantı bulunmaktadır<sup>34</sup>.

Doktrinde, bazı durumlarda alacak ve eşya arasında bağlantının bulunduğu kabul edilmektedir. Türk Medeni Kanunu madde 950/I kapsamındaki bu durumlar, “medeni” bağlantı kavramı altında ele alınmaktadır<sup>35</sup>. Buna göre, hapis hakkı konusu eşyaya yapılan masraflarla veya eşya sebebiyle uğranılan zararlardan doğan alacaklarla

<sup>29</sup> Oftinger und Bär (n 1) Art 895 ZGB, N 59; İmre, ‘Hapis Hakkı’ (n 1) 757.

<sup>30</sup> Oftinger und Bär (n 1) Art 895 ZGB, N 132-134; Hrubesch-Millaue, Graham-Siegenthaler und Roberto (n 6) N 10.94; Studer (n 1) N 67; Rampini, Schulini und Vogt (n 2) Art 895 ZGB, N 49; Tuor, Schnyder und Schmid (n 15) § 119, N 2; Cansel (n 1) 47; Çetiner (n 1) 69 ve devamı; Ergüne (n 6) N 20 dipnot 47; Nomer ve Ergüne (n 6) N 1322. Ayrıca bakınız ve karşılaştırmız Sirmen (n 6) 740.

<sup>31</sup> Rampini, Schulini und Vogt (n 2) Art 895 ZGB, N 50.

<sup>32</sup> Hrubesch-Millaue, Graham-Siegenthaler und Roberto (n 6) N 10.94; Studer (n 1) N 68; Rampini, Schulini und Vogt (n 2) Art 895 ZGB, N 49; Zobl (n 1) Art 895 ZGB, N 117; Cansel (n 1) 47; Çetiner (n 1) 69; Nomer ve Ergüne (n 6) N 1323; Esener ve Güven (n 6) 607.

<sup>33</sup> 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi madde 864 hükmünde “*tabii bir irtibat*” şartı aranmaktayken; Türk Medeni Kanunu madde 950/I’de daha genel bir ifade tercih edilmiştir. Bir görüş, bu değişiklik ile bu hükmün tabii bağlantı dışında, hukuki bağlantı da kapsayacak şekilde genişletilmiş olduğu ifade etmektedir; bakınız Ergüne (n 6) N 26. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi döneminde, tabii bağlantıyı hukuki bağlantıyı kapsamayacak şekilde ele alan görüş için bakınız Davran (n 15) 93. Buna karşılık, Türk Medeni Kanunu öncesi bu dönemde bazı yazarlar “*tabii irtibat*” kavramını hukuki bağlantıyı da kapsayacak şekilde açıklamışlardır; bakınız Cansel (n 1) 62 ve devamı; Köprülü ve Kaneti (n 6) 520 ve devamı; İmre, ‘Hapis Hakkı’ (n 1) 760 ve devamı.

<sup>34</sup> Oftinger und Bär (n 1) Art 895 ZGB, N 83, 85; Zobl (n 1) Art 895 ZGB, N 184; Hrubesch-Millaue, Graham-Siegenthaler und Roberto (n 6) N 10.103; Schmid und Hürliemann-Kaup (n 6) N 1926; Köprülü ve Kaneti (n 6) 520; Çetiner (n 1) 83; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 7) N 3767; Sirmen (n 6) 742; Ergüne (n 6) N 24; Nomer ve Ergüne (n 6) N 1326; Şen Doğramacı (n 6) 298. Bu yönde ayrıca bakınız BGE 115 IV 207, 213.

<sup>35</sup> Studer (n 1) N 101; Geiger (n 1) 3 ve devamı; Brander (n 1) 26 ve devamı; Rampini, Schulini und Vogt (n 2) Art 895 ZGB, N 40; Cansel (n 1) 63 ve devamı.

eşya arasında bağlantı vardır<sup>36</sup>. Bu bağlantı, doktrinde objektif (maddi)<sup>37</sup>, tabii<sup>38</sup> veya doğal<sup>39</sup> bağlantı olarak da adlandırılmaktadır. Alacak ve hapis hakkına konu eşya arasında hukuki bir bağlantı da bulunabilir. Buna göre, alacaklının eşya üzerindeki zilyetliği, alacağın doğmasına sebep olan hukuki ilişki çerçevesinde sağlanmışsa alacak ve eşya arasında bağlantı bulunmaktadır<sup>40</sup>. Aynı şekilde, alacaklının eşya üzerindeki zilyetliğinin ve alacağın ortak amaca dayanan bir ilişki demetinden doğduğu durumlarda eşya ve alacak arasında bir bağlantı vardır<sup>41</sup>.

## b. Ticari Hapis Hakkında Bağlantı Kavramı

Türk Medeni Kanunu madde 950/II'de ticari ilişkiler bakımından hapis hakkına konu eşya ve alacak arasındaki bağlantı şartı daha esnek tanımlanmaktadır<sup>42</sup>. Ticari ilişkilerde, eşyanın zilyetliğinin devri ve alacak, tacirler arasındaki ticari ilişkiden doğmuşsa aralarında bağlantının varlığı kabul edilir. Farklı sözleşmelere konu olan iş ilişkilerinden kaynaklansa da tacir olan taraflardan birinin diğerinden alacağının olması ve diğerinin eşyası üzerinde zilyetliğinin bulunması ticari hapis hakkını kullanması için yeterlidir<sup>43</sup>. Ticari işlerde eşyanın zilyetliği ve alacak arasında bağlantıdan söz edilebilmesi için ticari ilişkinin her iki taraf bakımından ticari işletmenin niteliğine ve mutad faaliyetlerine uygun düşmesi gerekir<sup>44</sup>. Ticari işlerde bağlantının esnek tanımlanmasının sebebi, ticari ilişkilerde hukuki işlemlerin çok sayıda olması ve bireysel olarak incelenmesinin zor olmasıdır<sup>45</sup>.

<sup>36</sup> Oftinger und Bär (n 1) Art 895 ZGB, N 87-91; Zobl (n 1) Art 895 ZGB, N 188-194; Studer (n 1) N 102, 103; Geiger (n 1) 3 ve devamı; Rampini, Schulin und Vogt (n 2) Art 895 ZGB, N 41; Brander (n 1) 26-28; Tuor, Schnyder und Schmid (n 15) § 119, N 3; Cansel (n 1) 63 ve devamı; Çetiner (n 1) 84, 85; Köprülü ve Kaneti (n 6) 520, 521; İmre, 'Hapis Hakkı' (n 1) 760, 761; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 7) N 3768; Sirmen (n 6) 742; Ergüne (n 6) N 25; Nomer ve Ergüne (n 6) N 1326.

<sup>37</sup> Tandoğan (n 1) 229.

<sup>38</sup> Davran (n 15) 93.

<sup>39</sup> Çetiner (n 1) 87.

<sup>40</sup> Oftinger und Bär (n 1) Art 895 ZGB, N 82-102; Zobl (n 1) Art 895 ZGB, N 195; Studer (n 1) N 104; Geiger (n 1) 21 ve devamı; Rampini, Schulin und Vogt (n 2) Art 895 ZGB, N 42; Brander (n 1) 28; Tuor, Schnyder und Schmid (n 15) § 119, N 3; Cansel (n 1) 66 ve devamı; Çetiner (n 1) 84, 85; Köprülü ve Kaneti (n 6) 521; İmre, 'Hapis Hakkı' (n 1) 761; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 7) N 3769; Sirmen (n 6) 742; Nomer ve Ergüne (n 6) N 1326. Bir aracın onarımından doğan alacak hakkını güvence altına almak amacıyla yüklenicinin araç üzerinde hapis hakkını kullanabileceği konusundaki karar için bakınız Yargıtay 15 HD, 3866/3896, 12.6.2008.

<sup>41</sup> Oftinger und Bär (n 1) Art 895 ZGB, N 103-112; Zobl (n 1) Art 895 ZGB, N 221; Studer (n 1) N 105; Geiger (n 1) 47 ve devamı; Rampini, Schulin und Vogt (n 2) Art 895 ZGB, N 42; Brander (n 1) 2830; Tuor, Schnyder und Schmid (n 15) § 119, N 3; Cansel (n 1) 71; Çetiner (n 1) 85, 86; Köprülü ve Kaneti (n 6) 521, 522; İmre, 'Hapis Hakkı' (n 1) 761, 762; Sirmen (n 6) 742; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 7) N 3770; Nomer ve Ergüne (n 6) N 1326.

<sup>42</sup> Oftinger und Bär (n 1) Art 895 ZGB, N 81; Rampini, Schulin und Vogt (n 2) Art 895 ZGB, N 40; Köprülü ve Kaneti (n 6) 521, 522; Çetiner (n 1) 91, 92; Sirmen (n 6) 742; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 7) N 3771; Ergüne (n 6) N 27; Nomer ve Ergüne (n 6) N 1327.

<sup>43</sup> Oftinger und Bär (n 1) Art 895 ZGB, N 113; Zobl (n 1) Art 895 ZGB, N 236; Rampini, Schulin und Vogt (n 2) Art 895 ZGB, N 44; Geiger (n 1) 54; Cansel (n 1) 73; Çetiner (n 1) 94. Yargıtay da bir kararında, cari hesap borcu için alacaklının borçluya ait döküm kalıplarına el koymasını hapis hakkı olarak nitelendirmiştir; bakınız Yargıtay 19 HD, 5756/3273, 20.02.2014.

<sup>44</sup> Oftinger und Bär (n 1) Art 895 ZGB, N 117; Rampini, Schulin und Vogt (n 2) Art 895 ZGB, N 44; Studer (n 1) N 108; Geiger (n 1) 54; Cansel (n 1) 73, 76; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 7) N 3771; Çetiner (n 1) 94; Sirmen (n 6) 742.

<sup>45</sup> Oftinger und Bär (n 1) Art 895 ZGB, N 114; Studer (n 1) N 106; Cansel (n 1) 73, 74; Köprülü ve Kaneti (n 6) 521.

Ticari hapis hakkının hüküm ve sonuçlarının doğması için hapis hakkının paraya çevrilmesi anına kadar tarafların tacir sıfatının devam etmesinin gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Kanaatimizce, bu tartışma, ticari hapis hakkı ile güvence altına alınan alacağın devrinde ticari hapis hakkının devralana geçip geçmeyeceği konusunda da önem arz etmektedir. Bu konuda ileri sürülen görüşler şu şekilde açıklanabilir:

Bir görüşe göre, ticari hapis hakkının kullanılabilmesi için hem alacağın hem zilyetliğin taraflar tacirirken ve ticari ilişki devam ederken doğması gerekir. Hapis hakkının sağladığı paraya çevirme yetkisi bu hakka sahip olan tacirlere aittir ve hapis hakkı konusu eşyanın paraya çevrilmesi anına kadar taraflar tacir sıfatlarını korumalıdır. Bu görüş uyarınca tarafların tacir sıfatlarını kaybetmeleri, ticari hapis hakkının sona ermesine yol açar<sup>46</sup>. Tacir sıfatının kaybedilmesi hâlinde ticari hapis hakkının sona ereceğini savunan görüş, ticari hapis hakkının sağladığı paraya çevirme yetkisinin ancak bir tacir tarafından kullanılabileceğini kabul etmektedir. Bu görüş çerçevesinde, kanaatimizce, ticari hapis hakkı ile güvence altına alınan bir alacağın tacir olmayan bir kişiye devredilmesi hâlinde, devralanın ticari hapis hakkının sağladığı yetkileri kullanıp kullanamayacağı tartışmalı hâle gelmektedir.

Katıldığımız görüşe göre, hapis hakkının doğması için tacir sıfatı bulunan tarafların ticari ilişkileri devam ederken zilyetlik ve alacak elde edilmelidir. Ancak hapis hakkının doğmasından sonra tarafların tacir sıfatlarını kaybetmeleri bu hakkın varlığını etkilemez<sup>47</sup>. Gerçekten, ticari hapis hakkı kanuni rehnin bir türü olarak kanundaki şartların kümülatif olarak gerçekleşmesi ile kendiliğinden doğar ve alacağın teminatını oluşturur. Bu hak doğduktan sonra tarafların statüsündeki değişikliklerden etkilenmez.

Son olarak bir görüş ise tacir sıfatının ticari hapis hakkına etkisini incelerken ticari hapis hakkının ileri sürülmesi anını esas almaktadır. Bu görüşe göre, taraflar, alacağın ve zilyetliğin elde edilmesini sağlayan ticari ilişkinin devamı sırasında tacir olmalıdırlar ve aynı zamanda tacir sıfatlarının devam ettiği esnada hapis hakkını ileri sürmelidirler. Hapis hakkının ileri sürülmesinden sonra tarafların tacir sıfatlarını kaybetmeleri hapis hakkını sona erdirmez<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> Brander (n 1) 34; Geiger (n 1) 68; Cansel (n 1) 75, 77.

<sup>47</sup> Oftinger und Bär (n 1) Art 895 ZGB, N 120; Zobl (n 1) Art 895 ZGB, N 233; İmre, 'Hapis Hakkı' (n 1) 765.

<sup>48</sup> Studer (n 1) N 107; Çetiner (n 1) 92, 93. Bu görüşü savunan bazı yazarlar, hapis hakkını bir tür def'i hakkı olarak nitelendirmektedirler; bakınız Çetiner (n 1) 158, 159.

## II. Hapis Hakkı ile Güvence Altına Alınan Alacağın Devredilmesi Hâlinde Hapis Hakkının Devralana Geçip Geçmeyeceği Konusunda Doktrinde İleri Sürülen Görüşler

### A. Alacağın Devrinde Hapis Hakkının Devralana Geçmeyeceği Görüşü

Bu görüşe göre, hapis hakkı ile güvence altına alınan alacağın devrinde hapis hakkının devralana geçmesinin önündeki engel, hapis hakkının şartlarının devralan bakımından sağlanmamış olmasıdır. Bu görüşü savunan yazarlar, devralanın hapis hakkını kullanabilmesinin ancak hapis hakkının doğması için aranan şartların devralanın şahsında da gerçekleşmesi hâlinde mümkün olduğunu kabul etmektedirler.<sup>49</sup> Devralan tarafından sağlanması tartışmalı olan şartlar, alacaklının hapis hakkına konu eşyaya borçlunun rızası ile zilyet olması ve hapis hakkına konu eşya ile alacak arasında bağlantının bulunmasıdır.

Hapis hakkının alacağın devri ile devralana geçmeyeceği görüşüne göre alacağın devrinde hapis hakkına konu eşyanın zilyetliği borçlunun rızası ile devralana geçmemektedir<sup>50</sup>. Bu durumda, devralanın, eşyayı alacağı devreden için elinde bulundurduğunu savunmak da mümkün değildir<sup>51</sup>. Bunun yanında, alacağın devrinde hapis hakkına konu olan eşya ile alacak arasında medeni bağlantı da bulunmamaktadır<sup>52</sup>. Bu çerçevede, devralan açısından, eşyaya yapılan masraflar veya eşya sebebiyle uğranılan zararlardan doğan alacak söz konusu değildir. Alacak, devreden taraf olduğu bir hukuki ilişkiden kaynaklanmışsa bu bağlantı da devralan açısından geçerli değildir.

Bu görüşün taraftarlarına göre, hapis hakkının amacı göz önünde bulundurulduğunda da alacağın devri hâlinde alacak ile eşya arasındaki bağlantının ortadan kalktığı kabul edilmelidir. Hapis hakkı, tarihsel gelişimi göz önüne alındığında borçluya karşı ödemezlik def'i olarak kullanılan bir tür baskı aracı işlevi görmüştür. Devralan açısından bu amacın geçerli olmaması devralanın alacağı ile eşya arasında bağlantının bulunmadığı düşüncesini güçlendirmektedir<sup>53</sup>.

Türk hukukunda da hapis hakkının amacından yola çıkan bir görüş, alacağın devrinde hapis hakkının devralana geçmeyeceğini savunmaktadır. Bu görüşe göre, hapis hakkı, alacağını elde edemeyen alacaklının zilyetliğindeki eşyayı borçluya iade etmeye zorlanmasının dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağı düşüncesine dayanır. Alacağı devralan bakımından bu amaç geçerli olmadığı için devralan hapis hakkını kullanamamalıdır<sup>54</sup>.

<sup>49</sup> von Tuhr und Escher (n 4) § 95, 354, 355; Kara (n 1) 115.

<sup>50</sup> Geiger (n 1) 58; von Tuhr und Escher (n 4) § 95, 354, 355; Kara (n 1) 115.

<sup>51</sup> Geiger (n 1) 59, 60. Aksi yönde bakınız Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 7) N 3789.

<sup>52</sup> Geiger (n 1) 58; Kara (n 1) 115.

<sup>53</sup> Geiger (n 1) 58.

<sup>54</sup> Köprülü ve Kaneti (n 6) 528.

Medeni hapis hakkının alacağın devri ile devralana geçmeyeceği görüşünü savunan bazı yazarlar, ticari hapis hakkının devralana geçebilmesi için de hapis hakkının şartlarının devralan bakımından da gerçekleşmesi gerektiğini ifade etmektedirler. Her ne kadar ticari ilişkilerden doğan hapis hakkında bağlantı şartı daha geniş yorumlanıyor olsa da, bu görüşe göre ticari hapis hakkı da devralana geçmez. Bunun sebebi, alacağın devrinde eşyanın zilyetliğinin ve alacağın borçlu ve alacağı devralan arasındaki hukuki ilişkiden doğmamış olmasıdır.<sup>55</sup>

## B. Alacağın Devrinde Hapis Hakkının Devralana Gececeği Görüşü

### 1. Alacağın Devrinde Bağlı Hakların Geçişine İlişkin Türk Borçlar Kanunu madde 189/I Hükmünü Esas Alan Görüş

Doktrinde bir görüş, hapis hakkı ile güvence altına alınan alacağın devri hâlinde hapis hakkının devralana geçeceğini ileri sürmektedir.<sup>56</sup> Bu görüşü savunan yazarlardan bazıları Türk Borçlar Kanunu madde 189/I (İsviçre Borçlar Kanunu madde 170/I) hükmünden yola çıkmaktadır. Bu hükümde, alacağın devri hâlinde devreden kişiliğine özgü olanlar dışındaki öncelik hakları ve bağlı hakların devralana geçeceği düzenlenmektedir. Bu yazarlara göre hapis hakkı yan hak olduğu için bu hüküm çerçevesinde devralana geçer. Hapis hakkının geçişi konusunda medeni hapis hakkı ve ticari hapis hakkı arasında ayırım yapılmamalıdır.<sup>57</sup> Bu görüşe göre, hapis hakkının devralana geçebilmesi için hapis hakkının şartlarının hakkın doğduğu anda devreden şahsında gerçekleşip gerçekleşmediği önemlidir. Geçerli

<sup>55</sup> Geiger (n 1) 58, 59.

<sup>56</sup> Oftinger und Bär (n 1) Art 895 ZGB, N 167; Zobl (n 1) Art 895 ZGB, N 177; Rampini, Schulin und Vogt (n 2) Art 895 ZGB, N 7; von Büren (n 4) 327; Brander (n 1) 14 ve devamı; Schmid und Hürlimann-Kaup (n 6) N 1936; Studer (n 1) N 113; Andreas Furrer und Markus Müller-Chen, *Obligationenrecht Allgemeiner Teil (3. Auflage, Schulthess 2018)* N 54; Koller (n 3) N 84.99; Bernhard Berger, *Allgemeines Schuldrecht* (3. Auflage, Stämpfli Verlag 2018) N 2161; İmre, 'Hapis Hakkı' (n 1) 777, 778; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 7) N 3789; Oğuzman ve Öz (n 3) N 1738; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26. Baskı, Yetkin 2021) N 3885; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25. Baskı, Turhan Kitabevi 2021) N 5254; Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku* (n 26) N 3725; Fikret Eren ve Ünsal Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt:3* (Yetkin 2022) TBK madde 189, N 21; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Yetkin 2021) 1120; Andreas Furrer, Markus Müller-Chen ve Bilgehan Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On İki Levha 2021) N 1852; Akçaal (n 7) 747, 748; Sarp (n 2) 87, 88; Ramazan Turan, 'Teminat Altına Alınmış Alacakların Devri' (2021) 45 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 53, 68-69.

<sup>57</sup> Oftinger und Bär (n 1) Art 895 ZGB, N 167; Zobl (n 1) Art 895 ZGB, N 177; Rampini, Schulin und Vogt (n 2) Art 895 ZGB, N 7; Schmid und Hürlimann-Kaup (n 6) N 1936; Studer (n 1) N 113; Furrer und Müller-Chen (n 56) N 54; Koller (n 3) N 84.99; Berger (n 56) N 2161; İmre, 'Hapis Hakkı' (n 1) 777, 778; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 7) N 3789; Eren (n 56) N 3885; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku* (n 56) N 5254; Eren ve Dönmez (n 56) TBK madde 189, N 21; Gümüş (n 56) 1120; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 56) N 1852; Sarp (n 2) 87, 88; Turan (n 56) 68, 69. Hapis hakkının bağlı olduğu alacakla aynı hukuki kadere tabi olarak devralana geçeceği yönünde bakınız Rampini, Schulin und Vogt (n 2) Art 895 ZGB, N 7. Yargıtay, bir kararında, Türk Borçlar Kanunu madde 189/I uyarınca alacağın devrinde devralana geçen bağlı hakları örneklendirirken hapis hakkına da yer vermiştir; bakınız Yargıtay 3 HD, 9367/8606, 16.9.2021.

olarak doğmuş bir hapis hakkı varsa, alacağın devri anında hapis hakkının şartlarının devralanda bulunması gerekli değildir<sup>58</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi, bir kararında, alacağın devrinde medeni hapis hakkının alacaklıya geçip geçmeyeceğini incelemiştir<sup>59</sup>. Bu kararda, Mahkeme, medeni hapis hakkının İsviçre Borçlar Kanunu madde 170/I (Türk Borçlar Kanunu madde 189/I) uyarınca devreden kişiye özgü bir hak olmadığından alacağın devri ile alacaklıya geçeceğini ve bu durumun borçlunun hukuki durumunu ağırlaştırmayacağını ifade etmiştir. Alacağın devrinde hapis hakkının devralana geçmeyeceğinin kabul edilmesi, devralanı bir yan haktan mahrum bırakacak ve devir işlemini onun açısından değersiz kılacaktır. Bu kararda, alacağın devrinde ticari hapis hakkının geçişine ilişkin bir değerlendirmeye ise yer verilmemiştir.

## 2. Alacağın Devrinde Bağlı Hakların Geçişine İlişkin Türk Borçlar Kanunu madde 189/I Hükmünün Yanında Hapis Hakkının Şartlarının Devralan Bakımından Gerçekleşip Gerçekleşmediğini Dikkate Alan Görüş

Alacağın devri ile hapis hakkının da alacakla birlikte devralana geçeceğini savunan bazı yazarlar ise, hapis hakkının Türk Borçlar Kanunu madde 189/I (İsviçre Borçlar Kanunu madde 170/I) uyarınca devreden kişiye özgü haklardan olmadığını kabul etmekle birlikte, bu hükmün hapis hakkının geçişi için tek başına belirleyici olmadığını savunmaktadırlar<sup>60</sup>. Bu görüşe göre, alacağın devri ile hapis hakkının devralana geçmesi için hapis hakkının şartlarının devralan bakımından da gerçekleşmesi gerekir.

Alacağı devralan pek çok durumda hapis hakkına konu eşyaya borçlunun rızası ile zilyet olmamıştır. Ancak alacağın devri durumunda, hapis hakkına konu eşyanın devralanın zilyetliğine geçmesinde borçlunun rızasının bulunduğu kabul edilmesi gerekmektedir. Bunun sebebi, hapis hakkının devralana geçmesinin borçlunun durumunu kötüleştirmeyecek olmasıdır. Buna karşılık, hapis hakkına konu eşyanın borçlunun rızası ile devralanın zilyetliğine geçmediği ileri sürülerek hapis hakkının

<sup>58</sup> Oftinger und Bär (n 1) Art 895 ZGB, N 168; Zobl (n 1) Art 895 ZGB, N 177; İmre, 'Hapis Hakkı' (n 1) 777, 778; Turan (n 56) 68, 69. Alacağı devralanın hapis hakkına konu eşyanın zilyetliğini devralmasının gerekmediği yönünde bakınız Schmid und Hürlimann-Kaup (n 6) N 1936; Studer (n 1) N 113; Akçaal (n 7) 747, 748. Alacağın devri anından itibaren eski alacaklının zilyetliğinin yeni alacaklı adına "başkası için zilyelik" olduğu yönünde bakınız Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 7) N 3789. Buna karşılık, alacağın devrinde medeni ve ticari hapis hakkının İsviçre Borçlar Kanunu madde 170/I (Türk Borçlar Kanunu madde 189/I) uyarınca devralana geçeceği ancak bunun için hapis hakkının şartlarının devir anında gerçekleşmesi gerektiği yönünde bakınız Koller (n 3) N 84.99.

<sup>59</sup> Bu karar için bakınız BGE 80 II 109, 115-117. (İsviçre Federal Mahkemesinin bu kararının çevirisi için bakınız Şeref Gözübüyük, 'Federal Mahkeme Kararları' (1955) 46(4) Adalet Dergisi 400, 404; Semih Özmert, 'II - İsviçre Federal Mahkeme Kararları' (1958) 3(4) İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 205, 208. İsviçre Federal Mahkemesinin bir başka kararında, hapis hakkının alacağın devri sonucunda devralana geçip geçmeyeceği hususu gündeme gelmiştir. Ancak bu karardaki olayda, hapis hakkının doğmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Bu sebeple Mahkeme, İsviçre Borçlar Kanunu madde 170/I (Türk Borçlar Kanunu madde 189) uyarınca devralana geçen bir yan hakkın da bulunmadığını ifade etmiştir; BGer, 31.7.2007; 4A\_134/2007, N 2.2.

<sup>60</sup> Brander (n 1) 14. Ticari hapis hakkı bakımından bakınız Brander (n 1) 32-34.



devralana geçişinin reddedilmesi, alacaklıyı bir tür rehin teminatından mahrum bırakarak zor duruma düşürecektir<sup>61</sup>.

Bu görüşe göre, alacağın devri sonucunda devralan ve borçlu arasında oluşan durum, hukuki bağlantı olarak nitelendirilebilir. Bu durumda, medeni hapis hakkında bağlantı şartı da sağlanacağından hapis hakkı devralan tarafından da ileri sürülebilir<sup>62</sup>. Alacağın devrinde, devralanın alacağının borçlu ile aralarındaki ticari ilişkiden kaynaklanmamış olduğu gerekçesiyle ticari hapis hakkının devralana geçişinin reddedilmesi, pek çok durumda ticari hapis hakkına ilişkin hükmün amacıyla bağdaşmamaktadır<sup>63</sup>.

### C. Alacağın Devrinde Sadece Medeni Hapis Hakkının Devralana Gececeği Görüşü

Alacağın devrinde öncelik hakları ve bağlı hakların geçişine ilişkin Türk Borçlar Kanunu madde 189/I (İsviçre Borçlar Kanunu madde 170/I) hükmünü esas alan bu görüş, alacağın devri ile sadece medeni hapis hakkının devralana geçeceğini kabul etmektedir<sup>64</sup>. Bu görüşe göre, Türk Borçlar Kanunu madde 189/I (İsviçre Borçlar Kanunu madde 170/I) kapsamında alacaklının kişiliğine özgü haklar, alacaklının doğal veya mesleki özellikleri ile bağlantılı haklardır<sup>65</sup>. Ticari hapis hakkı da Türk Borçlar Kanunu madde 189/I uyarınca tacir olan devredenin kişiliğine özgü olduğundan devralana geçmemektedir<sup>66</sup>. Bu görüşü savunan bazı yazarlar, aynı gerekçeyle ticari hapis hakkının tacir olan devralana geçebileceğini ancak tacir olmayan devralana geçmeyeceğini kabul etmektedirler<sup>67</sup>.

Hapis hakkı ile güvence altına alınan alacağın devrinin sonuçlarını sadece ticari hapis hakkı bakımından inceleyen bir başka görüşe göre, ticari hapis hakkının doğması için gereken ticari bağlantı alacağın devri hâlinde ortadan kalkar. Bu sebeple, ticari hapis hakkının devralana geçmeyeceği kabul edilmelidir<sup>68</sup>.

<sup>61</sup> Brander (n 1) 15, 16.

<sup>62</sup> Brander (n 1) 14, 15.

<sup>63</sup> Brander (n 1) 32, 33.

<sup>64</sup> Ingeborg Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (7. Auflage, Stämpfli Verlag 2016) N 90.38; Becker (n 3) Art 170 OR, N 5; Girsberger und Hermann (n 3) Art 170 OR, N 9; Gauch, Schluep, Schmid und Emmenegger (n 3) N 3459, 3460, 3469, 3470; Spirig (n 4) Art 170 OR, N 30, 35, 66. Genel hapis hakkının İsviçre Borçlar Kanunu madde 170/I (Türk Borçlar Kanunu madde 189/I) uyarınca devralana geçeceği, buna karşılık ticari hapis hakkının devreden kişiliğine özgü olmadığı durumlarda devralana geçeceği yönünde bakınız Guhl und Koller (n 4) § 34, N 30, 31.

<sup>65</sup> Spirig (n 4) Art 170 OR, N 62.

<sup>66</sup> Becker (n 3) Art 170 OR, N 5; Gauch, Schluep, Schmid und Emmenegger (n 3) N 3460, 3469, 3470; Spirig (n 4) Art 170 OR, N 30, 35, 66.

<sup>67</sup> Girsberger und Hermann (n 3) Art 170 OR, N 9.

<sup>68</sup> Tolun (n 6) 332.



#### **D. Alacağın Devrinde Hapis Hakkının Eşya ile Alacak Arasında Objektif (Maddî) Bağlantı Bulunması Hâlinde Devralana Gececeği Görüşü**

Bu görüşe göre, hapis hakkının geçişi için hapis hakkının şartlarından olan zilyetliğin borçlunun rızası ile alacaklıya geçmesi devralan bakımından aranmaz. Rehin hakkı için geçerli olan bu kural hapis hakkı için de uygulanmalıdır. Buna karşılık, hapis hakkının devralana geçebilmesi için hapis hakkına konu eşya ile alacak arasındaki bağlantının varlığı aranmalıdır. Bunun sebebi, bu bağlantı olmaksızın hapis hakkının kullanılmasının hakkaniyete ve dürüstlük kuralına uygun olmamasıdır<sup>69</sup>.

Hapis hakkının devralana geçebilmesi için hapis hakkına konu eşya ile alacak arasında bir bağlantının varlığını arayan bu görüş, alacağın devri hâlinde sadece eşya ile alacak arasındaki maddî (objektif) bağlantının korunabileceğini ifade etmektedir. Buna göre, hapis hakkına konu eşya ile bu eşyaya yapılan masraflar veya bu eşya sebebiyle uğranılan zararlardan doğan alacaklar arasındaki bağlantı alacağın devriyle sona ermez. Bu içerikteki bir alacağı devralan kişi, eşya üzerinde hapis hakkını kullanabilir<sup>70</sup>.

Bu görüşe göre, alacak ile alacaklının hapis hakkına konu eşya üzerindeki zilyetliği arasında hukuki bağlantının bulunduğu durumlarda, hapis hakkı alacağı devralana geçmez. Başka bir ifadeyle, alacağın doğmasına sebep olan hukuki ilişki ile alacaklının eşya üzerinde zilyetliğini sağlayan hukuki ilişkinin aynı olduğu veya alacağın ve alacaklının eşya üzerindeki zilyetliğinin ortak amaca dayanan bir ilişki demetinden doğduğu durumlarda, alacağın devri ile bu bağlantı ortadan kalkar. Alacağı doğuran hukuki sebep ile hapis hakkına konu eşyanın zilyetliğinin devralana geçmesini sağlayan hukuki sebep birbirinden farklı olduğundan bu durumda hukuki bir bağlantının varlığından söz edilemez. Aynı şekilde, ticari hapis hakkında alacak ve zilyetlik tacirlerin karşılıklı iş ilişkilerinden kaynaklandığından alacağın devri durumunda ticari bağlantı da ortadan kalkar. Bu görüşü savunan yazarlara göre, hukuki bağlantı, alacağı alacaklının kişiliğine özgü hâle getirmektedir. Bu sebeple bu görüşün Türk Borçlar Kanunu madde 189/I ile de uyumlu olduğu ileri sürülmektedir<sup>71</sup>.

Türk hukukundaki bir diğer görüş, eşya ile alacak arasında objektif (maddî) bağlantı bulunması hâlinde hapis hakkının devralana geçeceği görüşüne katılmakla birlikte, hukuki bağlantının bulunduğu bazı durumlarda da hapis hakkının devralana geçebileceğini kabul etmektedir. Diğer bir ifadeyle bu görüş, zilyetlik ile alacak arasında hukuki bağlantı bulunan durumlarda hapis hakkının hiçbir şekilde geçmeyeceğine karşı çıkmaktadır. Alacaklının borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü olmadığı durumlarda, borcunu da alacağıyla birlikte devretmesi mümkündür. Bu

<sup>69</sup> Tandoğan (n 1) 228.

<sup>70</sup> Tandoğan (n 1) 229.

<sup>71</sup> Tandoğan (n 1) 229.

durumda, borç ilişkisi tamamen devredilmiş olur ve hapis hakkı da devralana geçer. Bu ihtimal, hem genel hem de ticari hapis hakkı bakımından gerçekleştirilebilir<sup>72</sup>.

### **E. Hapis Hakkının Alacağın Devrinden Önce İleri Sürülmesi Şartıyla Devralana Gececeği Görüşü**

Hapis hakkının alacağın devrinden önce ileri sürülmesi şartıyla devralana geçeceği görüşü, hapis hakkının hukuki niteliğinin def'i olduğunu kabul eden yazarlar tarafından ileri sürülmektedir<sup>73</sup>. Bu görüşe göre, hapis hakkı bir def'i olduğundan sonuç doğurması için ileri sürülmesi gerekir. Hapis hakkının şartlarının doğması üzerine, alacaklı bu hakkı kullanıp kullanmamakta serbesttir. Alacağı devreden alacaklı, devirden önce bu alacağı için hapis hakkını kullandığına yönelik iradesini ortaya koymuşsa, bu hak devralana geçer. Bu durumda, hapis hakkına konu eşyanın zilyetliğinin devralana geçmesi gerekmez. Nitekim Türk Borçlar Kanunu madde 189/I uyarınca devri mümkün olan hakların devralana geçişinde ek bir şart aranmamaktadır. Aynı şekilde, ticari hapis hakkı bakımından da bu hakkın devralana geçtiğinin kabul edilebilmesi için devirden önce ileri sürülmesi dışında bir şart aranmamalıdır<sup>74</sup>. Bu görüşe göre, hapis hakkı alacağın devrinden önce ileri sürülmemişse devralanın bu hakka dayanması, ancak hapis hakkının şartlarının devralan bakımından da oluşması hâlinde mümkündür<sup>75</sup>.

### **Değerlendirme ve Sonuç**

Hapis hakkı, alacaklının borçlunun rızası ile zilyedi olduğu taşınır eşya veya kıymetli evrakı alacağı için bir teminat olarak alkoymasını ve şartları gerçekleştiğinde eşyayı paraya çevirmesini sağlayan sınırlı ayni haktır. Türk Medeni Kanunu'nda taşınır rehline ayrılan bölümde düzenlenen bu hak, kanunda belirtilen şartların gerçekleşmesi ile kendiliğinden doğan bir kanuni rehin türüdür. Hapis hakkı, paraya çevrilebilir taşınır eşya veya kıymetli evrak üzerinde geçerli ve muaccel bir alacak için kullanılabilir. Hapis hakkının doğması için alacaklının bu hakka konu eşyaya borçlunun rızası ile zilyet olması ve eşya ile alacak arasında bir bağlantının bulunması gerekmektedir. Alacaklının hapis hakkından feragat etmesi, hapis hakkının borçlunun talimatıyla veya kamu düzeni ile bağdaşmaması hâllerinde alacaklı bu hakkı kullanamaz.

Hapis hakkının zilyetliğin kaybedilmesi durumunda sona ermesi ve sadece

<sup>72</sup> Cansel (n 1) 109, 110.

<sup>73</sup> Hapis hakkının def'i niteliğinde olduğunu savunan bu görüşe göre, hapis hakkı, sahibine ayni hakkın tanıdığı koruyucu yetkileri, başka bir ifadeyle istihkak davası açma hakkını vermemektedir. Eşya üzerindeki zilyetliğin kaybedilmesi ile hapis hakkı sona ermektedir. Bu sebeple hapis hakkının sınırlı ayni hak olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bu görüşe göre, hapis hakkı, sahibinin ifadan kaçınma hakkını güvence altına alan ayni etkiye sahip bir def'idir. Bu konudaki açıklamalar için bakınız Çetiner (n 1) 47 ve devamı.

<sup>74</sup> Bu görüş için bakınız Çetiner (n 1) 157-160.

<sup>75</sup> Çetiner (n 1) 160, 161.

zilyetliğin korunması yolları ile korunabilmesi bu hakkın niteliğini tartışmalı hâle getirmektedir. Hapis hakkının bu özelliği, bu hakkın aynı yetkiler içeren bir def'i hakkı olarak nitelendirilmesine yol açmaktadır. Kanaatimizce, hapis hakkı, kendine özgü niteliklerine rağmen, bu hakka konu olan eşyanın paraya çevrilerek alacaklının alacağını elde etmesini sağlayan bir tür sınırlı aynı hak olarak nitelendirilmelidir. Hapis hakkının gerek kanunun sistematigiindeki yeri gerekse alacaklının alacağını elde etmesini sağlama amacına yönelik temel fonksiyonu bu hakkın sınırlı aynı hak olarak nitelendirilmesini gerektirmektedir. Hapis hakkı, alıkoyma ve def'i haklarından farklı olarak alacaklıya eşya üzerinde tasarruf yetkisi veren bir teminat türüdür.

Hapis hakkı, rehnin bir türü olarak alacaklının asıl alacağına bağlı, bu alacağı kuvvetlendiren ve teminat altına alan bir yan haktır. Yan haklar, asıl alacakla birlikte doğan, varlığını sürdüren ve sona eren haklardır. Bu sebeple, hapis hakkının asıl alaktan bağımsız olarak devredilmesi mümkün değildir. Hapis hakkının devri, sadece hapis hakkının bağlı olduğu asıl alacağın devri ile mümkün olabilir. Ancak, hapis hakkı ile güvence altına alınan bir alacağın devri hâlinde, hapis hakkının devralana geçip geçmeyeceği doktrinde tartışmalıdır.

Hapis hakkı ile güvence altına alınan bir alacağın devri hâlinde hapis hakkının devralana geçip geçmeyeceği tartışmasının temelinde hapis hakkının şartlarının devralan bakımından da aranıp aranmayacağı sorunu yatmaktadır. Alacağın devri hâlinde hapis hakkının devralana geçmeyeceği, sadece medeni hapis hakkının devralana geçeceği ve hapis hakkının eşya ile alacak arasında objektif (maddî) bağlantı bulunması hâlinde devralana geçeceği görüşlerinin tamamı, hapis hakkının doğma şartlarının tamamının veya bir kısmının devralan bakımından da aranması gerektiğinden yola çıkmaktadır.

Alacağın devri hâlinde, hapis hakkının doğması için alacaklının bu hakka konu eşyaya borçlunun rızası ile zilyet olması ve eşya ile alacak arasında bağlantı bulunması şartlarının devralan bakımından gerçekleştiğini savunmak genellikle mümkün değildir. Devreden, hapis hakkı konusuna borçlunun rızası ile zilyet olmuş olsa da, borçlunun bu eşyanın devralanın zilyetliğine geçmesine rıza göstermeyeceği açıktır. Aynı şekilde, alacak ve hapis hakkına konu eşya arasında hukuki bir bağlantının bulunduğu medeni hapis hakkında, alacağın devri, bağlantının ortadan kalkmasına yol açacaktır. Bu durum, hukuki bağlantıya dayanarak kurulan ticari hapis hakkı bakımından da geçerlidir. Bu sebeple alacağın devrinde hapis hakkının devralana geçişini reddeden veya sınırlandıran görüşlerin hapis hakkının şartlarının devralan bakımından gerçekleşmediğine ilişkin iddiası yerindedir. Ancak kanaatimizce, hapis hakkının devralana geçip geçmeyeceği konusunda, hapis hakkının şartlarının devralan bakımından gerçekleşmiş olup olmadığının bir önemi bulunmamaktadır. Türk Borçlar Kanunu madde 189/I hükmü de bu görüşü destekler niteliktedir.

Türk Borçlar Kanunu madde 189/I'e göre, alacağın devri sonucunda, devredenin kişiliğine özgü olanlar dışındaki öncelik hakları ve teminatları da içeren bağlı haklar devralana geçer. Bu hüküm emredici olmadığından taraflar, aralarındaki sözleşmede bazı hakların geçişini sınırlandırabilirler veya bu haklardan feragat edebilirler. Bu hüküm çerçevesinde aksi kararlaştırılmadığı müddetçe hapis hakkı da alacakla birlikte devralana geçer; zira hapis hakkı da bir teminat türü olarak bu hükmün kapsamındaki yan haklardan biridir. Hapis hakkının geçişi için devredenin şahsında geçerli olarak doğmuş olması yeterlidir. Bu hak doğduktan sonra bu hakkın bağlı olduğu alacak devredilirse, devirle birlikte devralan herhangi bir irade beyanına gerek kalmaksızın hapis hakkını elde etmelidir.

Hapis hakkı ile güvence altına alınan bir alacağın devri hâlinde bu hakkın devralana geçmesi için hapis hakkının şartlarının gerçekleşmesi gerekmemektedir. Nitekim teslimine bağlı rehnin kurulması için de kamuya açıklık ilkesinin bir gereği olarak taşınının zilyetliğinin rehin alana devredilmesi gerekir. Buna karşılık, alacağın devri hâlinde, rehnin devralana geçişi için devralan bakımından bu şartın gerçekleşmesi aranmaz. Teslime bağlı rehnin geçişi bakımından aranmayan bu şartın hapis hakkı için aranmasının kanuni bir dayanağı bulunmamaktadır.

Hapis hakkı ile güvence altına alınan alacağın devrinde hapis hakkının geçmeyeceğini savunan veya hapis hakkının geçişini sınırlandıran bazı yazarlar, farklı gerekçelerle, eşyanın zilyetliğinin borçlunun rızası ile devralana geçmemiş olmasının hapis hakkının geçişine engel olmayacağını ifade etmektedirler. Buna karşılık, hapis hakkını geçişini reddeden veya sınırlandıran görüşlerin temel dayanağını alacağın devri hâlinde alacak ile hapis hakkına konu eşya arasındaki bağlantının ortadan kalkması oluşturmaktadır. Bu kanaatin oluşmasının en önemli sebebi hapis hakkının amacıdır. Hapis hakkı, alacağını elde edemeyen alacaklının borçlunun eşyasını iadeyle yükümlü kılınmasının dürüstlük kuralına aykırı olmasına dayanır. Borç ifa edilmeden hapis hakkına konu eşyanın iadesinin istenmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ediyorsa, alacak ve eşya arasında bağlantının bulunduğu kabul edilmelidir. Hapis hakkının bu amacının alacağı devralan taraf bakımından pek çok durumda gerçekleşmeyeceği söylenebilir. Ancak, kanaatimizce hapis hakkının amacını dürüstlük kuralı ile sınırlandırmak alacağı devralan bakımından dezavantajlı sonuçlara yol açar. Bu konunun dürüstlük kuralı yanında hapis hakkının teminat amacının da dikkate alınarak incelenmesi gerekmektedir.

Alacağını elde etmesi risk altında olan alacaklıya hapis hakkı tanınmasının bir sebebi dürüstlük kuralıdır. Ancak hapis hakkının niteliğiyle de bağlantılı önemli bir amacı da teminat amacıdır. Hapis hakkı, güvence altına aldığı alacağın elde edilememesi hâlinde hapis hakkı konusu eşyanın paraya çevrilerek alacaklının zarara uğramasının engellenmesi amacını taşıyan bir aynı haktır. Bu bakımdan

hapis hakkının teminat işlevi, hapis hakkının alıkoyma hakkından ayrılmasını sağlayan temel bir yönünü oluşturur. Dürüstlük kuralından kaynaklanan bağlantı şartının ortadan kalktığı, başka bir ifadeyle hapis hakkının bir amacının sona erdiği gerekçesiyle alacağın devrinde alacağı devralanın teminattan mahrum bırakılmaması gerekir. Hapis hakkının devralana geçişinin kabul edilmesi, borçlunun durumunda bir değişiklik oluşturmamaktadır. Başka bir ifadeyle, bu hakkın geçişi borçlunun durumunu kötüleştirmemektedir. Buna karşılık, alacağın devri ile hapis hakkının sona erdirilmesi, alacaklının alacağını teminatsız bırakmaktadır.

Hapis hakkı ile teminat altına alınan alacağın devri hâlinde Türk Borçlar Kanunu madde 189/I uyarınca hapis hakkının devralana geçmesi kuralı, hem medeni hem de ticari hapis hakkı bakımından geçerlidir. Katıldığımız görüşe göre, ticari hapis hakkının alacağın devrinden önce doğmuş olması alacakla birlikte devredilmesi için yeterlidir. Medeni hapis hakkında olduğu gibi ticari hapis hakkında da, hakkın şartlarının alacağı devralan bakımından gerçekleşmesi gerekli değildir.

Ticari hapis hakkının tarafların mesleki özellikleri ile ilişkili olması, bu hakkın Türk Borçlar Kanunu madde 189/I uyarınca alacaklının kişiliğine özgü haklardan olup olmadığı tartışmasını gündeme getirmektedir. Ticari hapis hakkı, taraflar arasındaki ticari ilişkiden kaynaklanan bir alacağın teminat altına alınması amacıyla alacaklının bu ilişki kapsamında zilyetliğini kazandığı eşya üzerinde doğar. Ticari hapis hakkının doğması için alacak ve zilyetliği sağlayan ticari ilişkinin bulunması, bu ilişkinin taraflarının tacir olması ve bu ilişkinin tarafların ticari işletmelerinin niteliğine ve mutat faaliyetlerine uygun olması gerekir. Bu şartlar sağlandığı anda hapis hakkı kendiliğinden doğar. Kanaatimizce, ticari hapis hakkının doğmasından sonra tarafların tacir sıfatlarını kaybetmeleri ticari hapis hakkını sona erdirmez. Aynı şekilde, ticari hapis hakkını güvence altına alan alacağın devri hâlinde devralanın tacir olmaması da bu hakkın geçişine engel olmamalıdır. Alacağa bağlı bu teminat, devirle birlikte alacaklıya geçmelidir. Alacaklının menfaatine olan bu çözüm, medeni hapis hakkında olduğu gibi borçlunun durumunu kötüleştirmeyecektir.

Son olarak, hapis hakkının bir def'i hakkı olduğunu kabul eden ve alacağın devrinden önce devreden tarafından ileri sürülmesi şartıyla devralana geçeceğini ileri süren görüşe katılmamaktayız. Kanaatimizce, hapis hakkı, rehlin bir türü olarak sınırlı aynı haktır. Bu hakkın devri, alacağı teminat altına alan bir yan hak olarak Türk Borçlar Kanunu madde 189/I hükmü çerçevesinde ele alınmalıdır.

Alacağı devralanın devirden önce borçlunun rızası ile zilyedi olduğu eşya üzerinde alacağın devrinden sonra hapis hakkını kullanıp kullanamayacağı, hapis hakkının devri ile ilgili değildir. Bu ihtimalde, devir esnasında alacağa bağlı bir yan haktan söz edilemez. Bu sebeple bu konu alacağın devrinde bağlı hakların geçişine ilişkin Türk Borçlar Kanunu madde 189/I hükmünün kapsamına girmemektedir. Bu

sebeple, alacağı devralanın devirden önce zilyedi olduğu eşya üzerinde hapis hakkını kullanabilmesi, hapis hakkının şartlarının devralan bakımından da gerçekleşmesine bağlıdır.

Sonuç olarak, hapis hakkı ile teminat altına alınmış bir alacağın devri hâlinde hapis hakkı da bu alacakla birlikte devralana geçer. Bunun için hapis hakkının alacağın devrinden önce doğması yeterlidir. Hapis hakkının şartlarının devralan bakımından gerçekleşmesine ise gerek yoktur. Hapis hakkının devralana geçişinin hukuki dayanağı, alacağın devrinde yan hakların geçişini düzenleyen Türk Borçlar Kanunu madde 189/I hükmüdür. Bu hüküm, hem medeni hem de ticari hapis hakkı bakımından uygulanır.

---

**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

- Acar F, *Rehin Hukuku Dersleri* (2. Baskı, Vedat Kitapçılık 2017).
- Akçaal M, *Eşya Hukuku* (Yetkin 2021).
- Becker H, *BK - Berner Kommentar Band/Nr. VI/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR* (2. Auflage, Stämpfli Verlag AG 1945).
- Berger B, *Allgemeines Schuldrecht* (3. Auflage, Stämpfli Verlag 2018).
- Brander O, *Das Retentionsrecht nach schweizerischem Zivilrecht* (Buchdruckerei Dr. J. Weiss 1933).
- Bucher E, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht* (Schulthess Polygraphischer Verlag AG 1979).
- Cansel E, *Türk Hususî Hukukunda Hapis Hakkı* (Yeni Desen Matbaası 1961).
- Çetiner B, *Hapis Hakkı* (Filiz Kitabevi 2010).
- Davran B, *Rehin Hukuku Dersleri* (Fakülteler Matbaası 1972).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26. Baskı, Yetkin 2021).
- Eren F ve Dönmez Ü, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt:3* (Yetkin 2022).
- Ergüne MS, *Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu* (2. Baskı, Filiz Kitabevi 2022).
- Esener T ve Güven K, *Eşya Hukuku* (7. Baskı, Yetkin 2017).
- Furrer A und Müller-Chen M, *Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (3. Auflage, Schulthess 2018).
- Furrer A, Müller-Chen M ve Çetiner B, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On İki Levha 2021).

- Gauch P, Schluep WR, Schmid J und Emmenegger S, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band II* (11. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2020).
- Geiger H, *Begriff und Arten der Konnexität im Retentionsrecht nach Schweiz Recht* (Buchdruckerei Zofinger Tagblatt AG 1920).
- Girsberger D und Hermann JL, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), Fünfter Titel: Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme* (7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag 2020).
- Gözübüyük Ş, 'Federal Mahkeme Kararları' (1955) 46(4) Adalet Dergisi 400-404.
- Guhl T und Koller A, *Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts* (9. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2000).
- Gümüş MA, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Yetkin 2021).
- Higi P, *ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. V/2b, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Die Miete, Zweite Lieferung, Art. 266-268b OR* (4. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG 1995).
- Hrubesch-Millauer S, Graham-Siegenthaler B und Roberto V, *Sachenrecht* (5. Auflage, Stämpfli Verlag 2017).
- İmre Z, 'Hapis Hakkı Üzerine Bir Tetkik' (1952) 18(3-4) İstanbul Hukuk Mecmuası 742-781. ('Hapis Hakkı')
- İmre Z, 'Gayrimenkuller Üzerinde Hapis Hakkı Dermeyan Edilebilir mi?' (1952) 26(3) İstanbul Barosu Dergisi 129-145. ('Gayrimenkuller')
- Jabornegg P, *Zurückbehaltungsrecht und Einrede des nicht erfüllten Vertrages* (Juristische Schriftenreihe 1982).
- Kara E, 'Genel Olarak Türk Hukukunda Hapis Hakkı' (2016) 11 Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 101-120.
- Kendigelen A, 'Anonim Ortaklık Payı (Pay Senedi) Üzerinde Hapis Hakkı ve Bu Hakka Konu Oluşturan Paya İlişkin Oy Hakkının Kime Ait Olduğu Sorunu' (1997) 19(1) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 105-140.
- Kılıçoğlu AM, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25. Baskı, Turhan Kitabevi 2021). (*Borçlar Hukuku*)
- Kılıçoğlu AM, *Eşya Hukuku* (Turhan Kitabevi 2021). (*Eşya Hukuku*)
- Koç N, 'Vedia Alanın Ödemezlik Def'i ve Hapis Hakkı' iç Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını 2000) 425-438.
- Koller A, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (4. Auflage, Stämpfli Verlag 2017).
- Köprülü B ve Kaneti S, *Sınırlı Aynî Haklar* (2. Baskı, Fakülteler Matbaası 1982-1983).
- Nef UC, *Grundzüge des Sachenrechts* (vdf Hochschulverlag AG an der ETH Zürich 2004).
- Nomer HN ve Ergüne MS, *Eşya Hukuku* (9. Baskı, On İki Levha 2022).
- Oftinger K und Bär R, *ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/2c, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Das Fahrnispfand, Art. 884-918 ZGB* (3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG 1981).
- Oğuzman MK ve Öz MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2* (17. Bası, Vedat Kitapçılık 2022).
- Oğuzman MK, Seliçi Ö ve Oktay-Özdemir S, *Eşya Hukuku* (24. Baskı, Filiz Kitabevi 2022).
- Öz T, *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Cilt: 2-3 (Madde 83-206)* (edr. Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla ve Murat Develioğlu, Vedat Kitapçılık 2019).



- Özmerit S, 'II - İsviçre Federal Mahkeme Kararları' (1958) 3(4) İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 205-208.
- Rampini C, Schulin H und Vogt NP, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch (Art. 457-977 ZGB - Art. 1-61 SchlT ZGB) 23. Titel: Das Fahrnispfand* (6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag 2019).
- Sarı S, *Alkoyma Hakkı* (Alfa 1997).
- Sarp E, 'Hapis Hakkı' (2014) 38(94) Bursa Barosu Dergisi 77-91.
- Schmid J und Hürliemann-Kaup B, *Sachenrecht* (6. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2022).
- Schwenzer I, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (7. Auflage, Stämpfli Verlag 2016).
- Sirmen AL, *Eşya Hukuku* (8. Baskı, Yetkin 2020).
- Spirig E, *ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. V/1k, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Erste Lieferung, Art. 164-174 OR* (3. Auflage Schulthess Polygraphischer Verlag AG 1993).
- Studer F, *Das Retentionsrecht in der Zwangsvollstreckung* (Schulthess Juristische Medien AG 2000).
- Şen Doğramacı H, 'Kira Bedelinin Ödenmesini Teminat Altına Almaya Yönelik Hukuki Çareler' (2019) 5(2) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 291-311.
- Tandoğan H, 'Hapis Hakkının Temliki' (1954) 11(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 222-230.
- Tolun O, 'Ticarî Hapis Hakkı' (1956) 47(3) Adalet Dergisi 315-341.
- Tuor P, Schnyder B, Schmid J und Jungo A, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (14. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2015).
- Turan R, 'Teminat Altına Alınmış Alacakların Devri' (2021) 45 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 53-75.
- von Büren B, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (Schulthess & Co. AG 1964).
- von Tuhr A und Escher A, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band II* (3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG 1984).
- Yavuz C, Acar F ve Özen B, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler Birinci Cilt* (11. Baskı, Beta 2022).
- Zobl D, *BK - Berner Kommentar Band/Nr. IV/2/5/2, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Das Fahrnispfand, Art. 888-906 ZGB* (2. Auflage, Stämpfli Verlag AG 1996).





# İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 12.04.2022  
Revizyon Talebi: 02.04.2023  
Son Revizyon Tarihi: 09.10.2023  
Kabul: 15.10.2023

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

## İhbarcılık Kavramının Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Şirketler Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi

Meltem Karatepe Kaya\*, Ekrem Solak\*\*

### Öz

İhbarcılar, genel olarak bir organizasyon çatısı altındaki hukuka aykırı eylemleri, suiistimalleri, yolsuzlukları veya etik dışı işlemleri, organizasyon içindeki yetkili birime, ilgili idari kuruluşa veya kamuya bildiren kişi olarak tanımlanmaktadır. İhbarcılarının kamunun ve ilgili idari kuruluşların haberdar olmasını sağlayarak şirketlerdeki hukuka aykırılıkları önledikleri birçok örnek bulunsa da ihbarcılar şirketler hukukunda hak ettiği değeri görmüş değildir. Özellikle ihbarcılar için kanuni bir koruma mekanizmasının bulunmaması nedeniyle şirketlerde ihbarcı faaliyetleri oldukça kısıtlanmıştır. Günümüzde bu sorunun önüne geçebilmek adına birçok ülkede ihbarcılarının şirket içerisindeki faaliyetlerine yönelik hukuki düzenlemeler mevcuttur. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri'nde Enron ve WorldCom skandallarında ihbarcılarının önemi anlaşılmiş ve akabinde kabul edilen Sarbanes-Oxley Yasasında ve 2007-2008 finansal krizinden sonra kabul edilen Dodd-Frank Yasasında ihbarcılarının korunmasına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Benzer şekilde Birleşik Krallık'ta 1998 yılında Kamu Yararına Aydınlatma Kanunu (Public Interest Disclosure Act (PIDA)) yasalaşmıştır. Avrupa Birliği de 2019 yılında özel ve kamu sektörlerinde ihbarcılığın düzenlenmesi ve ihbarcılarının korunması amacıyla 2019/1937 sayılı Avrupa Birliği İhbarcılık Direktifini kabul etmiştir. Belirtmeliyiz ki, ülkemizde ihbarcılık mekanizmasının şirketlerde işletilerek hukuka aykırılıkların tespitine ve devamında ihbarcılarının korunmasına yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Çalışmamızda, ilk olarak, ihbarcılık kavramının teorik altyapısı kurumsal yönetim ve uyum (compliance) bağlamında açıklanacak, sonrasında kavramın karşılaştırmalı hukuktaki yeri ve önemi incelenerek Türk hukuku bakımından alınması gereken örnekler tespit edilecek ve son olarak da ihbarcılığa Türk kurumsal yönetim yapılarında yer verilmesinin şirketlerde gerçekleşen suiistimalleri ve hukuka aykırılıkları azaltabileceğinden bahisle Türk şirketler hukukunda ihbarcılık düzenlemesine ilişkin değerlendirmeler sunulacaktır.

### Anahtar Kelimeler

İhbarcılık, Karşılaştırmalı Şirketler Hukuku, Kurumsal Yönetim, Uyum, Yetki Devri

### Evaluation of the Concept of Whistleblowing in Turkish Company Law from A Comparative Corporate Law Perspective

### Abstract

Individuals who report illegal activities, abuses, corruption, or unethical practices within an organization to the relevant authorized unit within the organization, applicable administrative body, or the general public are considered whistleblowers. In several cases, whistleblowers prevent illegal activity in corporations by informing the public and appropriate administrative entities; however, the significance of whistleblowers in company law has not been recognized. In particular, the whistleblowers' actions in corporations are severely limited due to the absence of a legal protection system for whistleblowers. Today, to prevent this problem, many countries have implemented legal regulations on whistleblower activities within the company. In the wake of the Enron and WorldCom scandals in the United States, for instance, the significance of whistleblower protection was recognized. Moreover, the Sarbanes-Oxley Act and the

\* **Sorumlu Yazar:** Meltem Karatepe Kaya (Dr. Öğr. Üyesi), İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: meltemkaratepe.kaya@medeniyet.edu.tr ORCID: 0000-0003-3428-0293

\*\* Ekrem Solak (Dr. Öğr. Üyesi), İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: ekrem.solak@medeniyet.edu.tr ORCID: 0000-0002-2694-892X

**Atf:** Karatepe Kaya M, Solak E, "İhbarcılık Kavramının Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Şirketler Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi" (2023) 81(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 699. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2023.81.3.0001>



Dodd–Frank Act, which were enacted subsequent to the 2007–2008 financial crisis, respectively, incorporated provisions for safeguarding the whistleblowers. Similarly, the Public Interest Disclosure Act was adopted in the United Kingdom in 1998. In addition, the European Union adopted the European Union Notification Directive No. 2019/1937 in 2019 to regulate and protect whistleblowers in the commercial and public sectors. However, no law in Turkey guides the recognition of unlawful violations and the protection of whistleblowers by implementing a whistleblowing system in companies. Therefore, first, this article will establish the theoretical basis underpinning whistleblowing in the context of corporate governance and compliance. Second, the role and significance of whistleblowing in comparative law and the lessons that can be applied in Turkish law will be addressed. Finally, evaluations of the Turkish corporate law provisions about whistleblowing will conclude the paper, suggesting that incorporating whistleblowing mechanisms into Turkish corporate governance frameworks could potentially aid in minimizing corporate abuses and wrongdoing.

**Keywords**

Whistleblowing, Comparative Company Law, Corporate Governance, Compliance, Delegation of Power

***Extended Summary***

The failure of major corporations such as Enron, Tyco, and Lehman Brothers in the past 25 years due to corporate misconduct has caused an examination of the company’s corporate management. It is widely acknowledged that corporate misconduct contributes to global crises. The estimated economic repercussions of the 2007–2008 financial crisis is \$17 trillion. Corporate misconduct substantially influences the global economy, highlighting the need for strong corporate governance. The current financial crisis has demonstrated that the interconnection of global corporations can affect multiple nations’ economies concurrently, and physical borders alone cannot be relied upon to safeguard national economies.

Given that the adverse impacts of corporate abuses affect beyond the firm itself to encompass a wide range of stakeholders, such abuses must be exposed before they produce a crisis. Therefore, stakeholders must promote the transmission of information by activating the “whistleblowing” mechanism within the organization. This is one of the strategies established to avoid abuses, corruption, and mismanagement in companies.

Whistleblowers effectively fight against corruption, international crime, and environmental degradation worldwide. Because of their connections or positions, whistleblowers can easily obtain clear information on internal business fraud. According to the breadth of our research, over the last decade, whistleblowing has developed into a crucial instrument for corporate management, decreasing agency costs and in-house audits. Consequently, the result of whistleblowers as instruments for detecting and preventing corruption, abuse, and other forms of misconduct is widely recognized. Reported abuses often include breaches of the law, corruption, bribery, or activities that endanger public health or safety.

Whistleblowing has been controlled in several legal systems and international conventions because of its relevance. For instance, 44 nations, including Turkey,

ratified the “Convention on the Prevention of Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions,” established by the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD). In addition, following Article 7 of the 2016 “Recommendation on Development Cooperation Actors in Managing the Risk of Corruption” by the OECD, the necessary measures must be taken to establish whistleblowing and protect certain whistleblowers. Another example is the United Nations Convention Against Corruption. The Anti-Corruption Convention was drafted between January 21, 2002, and October 1, 2003, and it became effective on December 14, 2005. This treaty had 188 signatories, including the Republic of Turkey, as of August 11, 2021. Individuals who make a report are protected by Article 33 of this treaty.

In several cases, whistleblowers prevent illegal activity in corporations by informing the public and appropriate administrative entities around the world, but the importance of whistleblowers in company law has not been recognized in Turkey. Moreover, no regulation exists regarding the protection of whistleblowers and the identification of unlawful violations through the use of a whistleblowing mechanism. However, as elucidated in our article, legislation safeguarding whistleblowers was incorporated into the Sarbanes–Oxley Act and the Dodd–Frank Act in the United States after the Enron and WorldCom scandals (2007–2008). The Public Interest Disclosure Act in the United Kingdom was similarly enacted in 1998. In addition, the European Union adopted the European Union Notification Directive No. 2019/1937 in 2019 to regulate and protect public and private sector whistleblowers.

This article explores the role of whistleblowers in promoting corporate governance and preventing internal misbehavior. According to our research, the successful application of whistleblowing in corporate governance will contribute to the long-term viability of Turkish companies and, eventually, the country’s economy. Furthermore, although there is no law regarding direct whistleblower activities in companies in Turkey, this article also examines the situation and responsibilities of the members of the board of directors and/or compliance officers in the face of possible whistleblowers within the framework of current TCC provisions.

## Giriş

Son 25 yılda Enron, Tyco, Lehman Brothers gibi önemli şirketlerin suiistimallerden (corporate misconduct) dolayı iflas etmesi şirketin kurumsal yönetimlerinin incelenmesini bir zorunluluk haline getirmiştir<sup>1</sup>. Hatta bu şirketlerdeki suiistimaller küresel krizlerin sebeplerinden bir tanesi olarak da değerlendirilmektedir<sup>2</sup>. 2007-2008 finansal krizinin ekonomiye yaklaşık 17 trilyon \$'lık maliyetinin olduğu tahmin edilmektedir<sup>3</sup>. Şirketlerdeki suiistimallerin küresel ekonomiyi bu derecede etkilemesi güçlü kurumsal yönetime olan ihtiyacı da bir o kadar net bir biçimde ortaya koymaktadır. Özellikle 2007-2008 finansal krizi, uluslararası şirketlerin kendi aralarındaki bağ nedeniyle farklı ülkelerin ekonomilerinin de aynı anda etkilenebileceğini ve coğrafi sınırların ülke ekonomilerini korumaya yetmeyeceğini göstermiştir.

Şirketlerdeki suiistimallerin menfi etkilerinin sadece şirketin kendisini değil aynı zamanda pek çok menfaat grubunu ilgilendirmesi, söz konusu suiistimallerin bir krize neden olmadan tespit edilmesini önemli bir hale getirmiştir. Şirketlerdeki suiistimallerin, yolsuzluklar ve kötü yönetimin önlenmesi için geliştirilen yöntemlerden bir tanesi de “whistle-blowing” mekanizmasının şirket içinde etkinleştirilerek bilgi iletiminin teşvik edilmesidir<sup>4</sup>. İngilizce’de “whistle-blowing” olarak bilinen, Türkçe’ye “ihbar etme”<sup>5</sup>, “bilgi ifşası”<sup>6</sup>, “ifşa”<sup>7</sup>, “bilgi uçurma”<sup>8</sup>, gibi farklı şekillerde çevrilebilecek olan kavram bizim çalışmamızda “ihbarcılık” olarak kullanılacaktır<sup>9</sup>. Ayrıca “whistleblower” ifadesi de “ihbarcı” olarak kullanılacaktır<sup>10</sup>. İhbarcılık kavramının ortaya çıkışı 1971 yılında Amerika Birleşik Devletlerindeki tüketici aktivisti Ralph Nader’a dayanmaktadır<sup>11</sup>.

<sup>1</sup> Uchechukwu Nwoke, ‘Whistle-blowing as a corporate governance mechanism: South Africa and Nigeria in perspective’ (2019) 19(2) *Journal of Corporate Law Studies* 421.

<sup>2</sup> P Alleyne ve A Pierce, ‘Whistleblowing as a Corporate Governance Mechanism in the Caribbean’ in A Bissessar and S Ryan (eds) *Snapshots in Governance: The Caribbean Experience* (University of the West Indies Pub 2017).

<sup>3</sup> Matt Reeder, ‘You Can’t Stop What You Can’t See: Complementary Risk Mitigation Through Compensation Disclosure’ 8 *William & Mary Business Law Review* 241, 245.

<sup>4</sup> Deborah Beim, Alexander V. Hirsch ve Jonathan P. Kastellec, ‘Whistleblowing and Compliance in the Judicial Hierarchy’ (2014) 58(4) *American Journal of Political Science*, 904-918.

<sup>5</sup> Senay Yürür ve Sima Nart, ‘Örgütsel Adalet Algısı Kamu Çalışanlarının İhbar Etme Niyetinin Belirleyicisi midir?’ (2016) 49(3) *Amme İdaresi Dergisi*, 117-148.

<sup>6</sup> Süleyman Uyar ve Esin Yelgen, ‘Bilgi İfşası (Whistleblowing) ve Denetim’ (2015) 13(1) *Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*, 85-106.

<sup>7</sup> Elif Türkan Arslan, Murat Kayalar, ‘Kamu ve Özel Sektör Çalışanlarının İfşa (Whistleblowing) Niyeti: Karşılaştırmalı Bir Analiz’ (2017) *KMÜ 19 Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, 15-26.

<sup>8</sup> Şenay Sezin Nartgün ve Ayça Kaya, ‘Öğretmenlerin Bilgi Uçurma Davranışları ve Bilgi Uçurma Nedenleri ile Bireysel Değerleri Arasındaki İlişki’ (2017) 54 *International Journal of Social Science* 1, 65-89; Cavit Celep ve Tuğba Konaklı, ‘Bilgi Uçurma: Eğitim Örgütlerinde Etik ve Kural Dışı Uygulamalara Yönelik Bir Tepki’ (2012) 3(4) *E-International Journal of Educational Research*, 65-88.

<sup>9</sup> Çeviri için ve kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Seda Aydan, ‘İhbarcılık: Bir Kavram Analizi’ (2018) 15(41) *Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 78-100.

<sup>10</sup> Gökçe Konyalı, ‘Uluslararası Hukukta İhbarcılık Kavramı ve İhbarcılarının Korunması’ (2021) 12(1) *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 412-428.

<sup>11</sup> Nicholas M Rongine, ‘Toward a Coherent Legal Response to the Public Policy Dilemma Posed by Whistleblowing’ (1985) 23(2) *American Business Law Journal* 281, 282-3.

İhbarcılarının dünyanın dört bir yanında yolsuzluğa, ulus ötesi suçlara ve çevresel yıkıma karşı güçlü bir rol oynayabileceği görülmüştür<sup>12</sup>. İhbarcılarının sahip oldukları ilişkiler veya konumdan ötürü şirket içi suiistimler hakkında bilgi sahibi olmaları daha kolaydır<sup>13</sup>. Çalışmamız kapsamında bakıldığında, ihbarcılık müessesesi son 10 yılda şirket içi denetimin ve vekil maliyetinin (agency cost) azaltılmasında önemli bir kurumsal yönetim aracı olarak ortaya çıkmıştır<sup>14</sup>. Bu nedenle, ihbarcılarının yolsuzlukları, suiistimleri ve diğer ihlalleri ortaya çıkarmak ve ortadan kaldırmak için etkili bir araç olabileceği kabul edilmektedir<sup>15</sup>. İhbara konu suiistimler genellikle bir hukuk kuralının ihlaline, yolsuzluğa, rüşvete veya kamu sağlığına veya güvenliğine tehdit teşkil eden eylemlere ilişkin olmaktadır<sup>16</sup>.

Öneminden dolayı ihbarcılık müessesesi farklı hukuk sistemlerinde ve uluslararası antlaşmalarda düzenlenmiştir. Örneğin, İktisadi İş birliği ve Gelişme Teşkilatı (OECD), “Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Rüşvet Verilmesinin Önlenmesi Sözleşmesi”ni hazırlamış ve Türkiye Cumhuriyeti dahil olmak üzere 44 ülke tarafından imzalanmıştır<sup>17</sup>. OECD’nin 2016 yılında aldığı “Yolsuzluk Riskini Yönetmede Kalkınma İş birliği Aktörleri Hakkında Tavsiye Karar”ın 7. maddesinde ihbarcılık mekanizmasının kurulması ve bazı ihbarcılarının korunması için gerekli adımların atılması tavsiye edilmektedir. Başka bir örnek ise Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesidir. Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi 21 Ocak 2002 ve 01 Ekim 2003 tarihleri arasında hazırlanmış ve 14 Aralık 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir<sup>18</sup>. 11 Ağustos 2021 tarihi itibarıyla Türkiye Cumhuriyeti dahil 188 ülke bu sözleşmeye taraftır. Bu sözleşmenin 33. maddesi ihbarda bulunan kişilerin korunmasını düzenlemektedir. İlgili hüküm uyarınca, “*Taraf devletlerden her biri bu Sözleşmeye uygun olarak ihdas edilen suçlarla ilgili hususlarda yetkili makamlara makul gerekçelerle ve iyi niyetli olarak ihbarda bulunan kişileri haksız muamelelerden koruyacak uygun önlemleri iç hukuk sistemine dâhil etmeyi değerlendirecektir*”. Karşılaştırmalı hukukta ise Birleşik Krallık ihbarcılarının korunması için yasal düzenleme yapan ilk ülkelerdendir. Birleşik Krallık 1998 yılında Kamu Yararına

<sup>12</sup> ‘Whistleblower Laws Around The World - National Whistleblower Center’ (National Whistleblower Center, 2019) <<https://www.whistleblowers.org/whistleblower-laws-around-the-world/>> erişim tarihi 1 Eylül 2023.

<sup>13</sup> Alexander Dyck, Adair Morse ve Luigi Zingales, ‘Who Blows the Whistle on Corporate Fraud?’ (2010) 65 *Journal of Finance* 2213, 2240.

<sup>14</sup> Olivia Dixon, ‘Honesty without Fear? Whistleblower Anti-Retaliation Protections in Corporate Codes of Conduct’ (2016) 40/168 *Melbourne University Law Review* 182.

<sup>15</sup> Simon Wolfe et al, ‘Whistleblower Protection Laws in G20 Countries: Priorities for Action’ (Final Report, Blueprint for Free Speech, September 2014) 10.

<sup>16</sup> Janet Near ve Marcia Miceli, ‘Organisational Dissidence: The Case of Whistle-Blowing’ (1985) 4 *Journal of Business Ethics* 1, 5.

<sup>17</sup> OECD, “Ratification Status” < <https://www.oecd.org/daf/antibribery/WGBRatificationStatus.pdf> > erişim tarihi 20 Eylül 2023; Günseli Yastı, ‘OECD Rüşvete Mücadele Sözleşmesi ve Türkiye’ (Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı, 2005) 19 *Uluslararası Ekonomik Sorunlar Dergisi* 1 < <https://www.mfa.gov.tr/oecd-rusvetle-mucadele-sozlesmesi-ve-turkiye-.tr.mfa> > erişim tarihi 20 Eylül 2023.

<sup>18</sup> T.C. Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Genel Müdürlüğü, “Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi” < <https://diabgm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/sozlesme08012021120135> > erişim tarihi 20 Eylül 2023.

Aydınlatma Kanununu (Public Interest Disclosure Act (PIDA))<sup>19</sup> kabul etmiştir<sup>20</sup>. Amerika Birleşik Devletleri’nde ise Enron ve WorldCom skandallarında ihbarcılarının önemi anlaşılmış ve akabinde kabul edilen Sarbanes-Oxley Yasasında<sup>21</sup> ve 2007-2008 finansal krizinden sonra kabul edilen Dodd-Frank Yasasında ihbarcılarının korunmasına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir<sup>22</sup>. Avrupa Birliği de 2019 yılında özel ve kamu sektörlerinde ihbarcılığın düzenlenmesi ve ihbarcılarının korunması amacıyla 2019/1937 sayılı Avrupa Birliği İhbarcılık Direktifini kabul etmiştir.

Karşılaştırmalı hukukta gittikçe önem kazanan ihbarcılık müessesesi bu çalışmamızda şirket hukuku kapsamında ele alınacaktır. Bu makale, kurumsal yönetimin güçlendirilmesinde ve şirket içi suiistimallerin önlenmesinde ihbarcılarının rolünü uluslararası hukuk düzenlemeleriyle karşılaştırmalı olarak incelemektedir. Çalışmamızda temel olarak ihbarcılık müessesinin kurumsal yönetimde etkin bir şekilde kullanılmasının Türkiye’deki şirketlerin sürdürülebilirliğine ve en nihayetinde ülke ekonomisine katkı sağlayacağı ileri sürülmektedir.

## I. İhbarcılık Kavramı

### A. Uyum (Compliance) Sürecinde İhbarcılığın Yeri ve Önemi

Son 25 yılda uyum programlarının kapsamı ve büyüklüğü önemli bir ölçüde artmıştır<sup>23</sup>. Uyum (compliance) programlarının bütçelerinin ve bu programlarda görev alan insanların sayısının artmasıyla birlikte uyum programları şirketlerde pazarlama, finans ve muhasebe gibi kendi başına bir birim haline gelmiştir<sup>24</sup>. Terminolojik olarak “*compliance*” kelimesi “*itaat etmek, riayet etmek, uymak*” anlamlarına gelen “*to comply*” fiiline dayanmakta<sup>25</sup> ve uyum anlamına gelmektedir. Hukuki anlamda kullanılan *uyum* kavramı kurallara uygun davranma, belirli düzenlemelere uygunluk, hukuka uygun hareket etme gibi anlamları kapsamaktadır<sup>26</sup>. Buna ek olarak *uyum* kavramı hukuka uygun hareket edilmesini sağlamayı ve gözetlemeyi de içermektedir<sup>27</sup>.

<sup>19</sup> Çalışmamızda Kamu Yararına Aydınlatma Kanunu’nun özüne bağlı kalmak adına PIDA olarak kullanımı tercih edilecektir.

<sup>20</sup> Public Interest Disclosure Act 1998 (UK), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/23/contents>.

<sup>21</sup> Sarbanes-Oxley Act of 2002, Pub.L. No. 107-204, § 806, 116 Stat. 745, 802–04.

<sup>22</sup> Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub. L. No. 111-203, 124 Stat. 1376 (2010).

<sup>23</sup> Eugene Soltes, ‘Evaluating The Effectiveness Of Corporate Compliance Programs: Establishing A Model For Prosecutors, Courts, And Firms’ (2018) 14(3) *NYU Journal of Law & Business* 966, 967.

<sup>24</sup> Soltes (n 23) 967.

<sup>25</sup> Bkz Cambridge İngilizce-Türkçe sözlük. <https://dictionary.cambridge.org/tr/s%C3%B6zl%C3%BCK/ingilizce-t%C3%BCrk%C3%A7e/comply> erişim tarihi 20 Eylül 2023.

<sup>26</sup> Erhan Temel ve Adem Sözüer, *Türk - Alman Hukuk Sempozyumu Teori ve Uygulama Açısından İşletmelerde Hukuk Kurallarına Uygun Hareket Etme Compliance Tartışmaları* (Deutsch - Türkisches Rechtssymposium 2013); Ali Paşlı, ‘Compliance’ Kavramının Anonim Ortaklıklar Hukukundaki Anlamı ve Sorumluluk Sistemine Etkisi’ (2013) 71 *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 317-334,317; Hasan Pulaşlı, ‘Compliance Kavramı ve Yönetim Organının Compliance Sorumluluğu’ (2019) 35 (2) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 27-59.

<sup>27</sup> Tuğçe Nimet Yaşar, *Anonim Şirketler Hukukunda Uyum (Compliance)*, (1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2020) 18.

Her ne kadar yıllar içerisinde farklı ülkelerde de ihtiyaç neticesinde *uyum* kavramı üzerine çalışmalar olsa da kavramın temeli Amerikan hukukuna ve hatta Amerikan şirketlerinde son yıllarda adeta bir *akım* haline gelen şirketlerin iç işlerinin ülkede hâkim olan mevzuata uyumlaştırılması fikrine dayanmaktadır<sup>28</sup>. Yürürlükteki mevzuata uyum sağlanması yeni bir fikir olmasa ve yıllardır şirketlerin ortak amacı olsa da Amerikan kurumsal yönetiminin 2008 finansal krizi sonrası<sup>29</sup> girmiş olduğu dönüşüm süreci neticesinde tabiri yerinde ise Amerika’da bir “uyum çağı (era of compliance)” başlamıştır<sup>30</sup>.

Kanun koyucular, kurumsal pay sahipleri ve diğer paydaşlar *uyum* faaliyetleri aracılığıyla şirketlerin iş etiğine, yasalara ve normlara uymasını ve güvenilir olmayan politikardan ve davranışlardan vazgeçmesini sağlamayı amaçlamaktadır. Özellikle bağımsız idari otoriteler, şirketleri regülasyonlara uyumlarını artırmak için teşvik etmekte ve hatta yaptırım yetkilerini kullanarak zorlamaktadır. Bu bakımdan özellikle son yıllarda uyum kavramı şirketler bakımından son derece önemli bir konuma gelmiştir.

Son yıllarda “*uyum*” kavramının artan önemi ile birlikte sadece Amerika’da değil birçok ülkedeki şirketlerde “*uyum departmanları*” kurulmuştur<sup>31</sup>. Şirketleri uyum departmanı kurmaya iten en önemli neden aslında şirket yöneticilerinin ve çalışanlarının gün geçtikçe sayısı hızla artan karmaşık ve detaylı düzenlemelere uygun davranmalarını sağlamaktır<sup>32</sup>.

Modern uyum programlarının ne şekilde çalıştığını anlamak için uyum programlarının araçlarını iyi analiz etmek gerekmektedir. Genel olarak şirketlerde uyum süreci çeşitli aşamalardan oluşmaktadır<sup>33</sup>. Bu aşamalar uyum hatalarının en aza indirilebilmesi için önem arz etmektedir. Belirtmeliyiz ki, uyum süreci etik ihlallerinin ya da yasal ihlallerin önlenmesi ile sınırlandırılmaz. Nitekim her türlü

<sup>28</sup> Paslı (n 26) 320.

<sup>29</sup> Amerika’da 2008 yılında yaşanan küresel boyuta ulaşan finansal krize temelde sebebiyet veren Enron ve Worldcom gibi şirket krizlerinden sonra yapılan anketlerde bu kurumsal krizleri yaratan suiistimal türleri de dahil olmak üzere, çalışanların ve yöneticilerin görevi kötüye kullanmalarının ortadan kalkmaktansa yükselişte olduğu görülmüştür. Ayrıca şirketlerde meydana gelen ipotek teminatlı menkul kıymet piyasasındaki çöküşün ya da Bernard Madoff’ın kendi yatırım yönetimi işi aracılığıyla düzenlediği devasa Ponzi planına kadar birçok krizin, kamuda ve özelde güç sahibi farklı konumlarda bulunan insanların şirket içi politikalar gibi gerekçelerle sorunları ve şirkette yaşanan yasal ihlalleri görmelerinden kaynaklandığı tespit edilmiştir. Amerika’da 2008 yılındaki finansal çöküşe sebebiyet veren bunun gibi sorunlar mevcut düzenlemeler doğrultusunda mahkemelere intikal etmiş ve ilgili şahısların cezalandırılmaları amaçlanmıştır. Ancak bu süreç içinde ödzenetimin sağlanmaması ve şirketin yasal mevzuata uyumlu hale getirilerek bunun denetlenmemesinden kaynaklanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz Miriam Hechler Baer, ‘Governing Corporate Compliance’ (2009) 50(4) *Boston College Law Review*, 950 vd.

<sup>30</sup> Sean Griffith, ‘Corporate Governance in an Era of Compliance’ (2016) 57 (6) *William & Mary Law Review* 2075, 2077.

<sup>31</sup> Gregory Rubenfeld, ‘Compliance Officer: Dream Career?’ (WSJ, 2021) <<https://www.wsj.com/articles/SB10001424052702303330204579250722114538750>> Erişim tarihi 22 Eylül 2023; hatta birçok şirkette “uyum departmanları”, hukuk departmanlarına eşdeğer bir nitelik kazanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz Griffith (n 26) 2077.

<sup>32</sup> Donald Langevoort, ‘Monitoring: The Behavioral Economics of Inducing Agents’ Compliance with Legal Rules’ (2001) *Georgetown University Law Center Law and Economics Research Paper No. 276121*, 2.

<sup>33</sup> Soltes (n 23) 978.



önlem alınsa dahi şirketlerde yasal ihlallerin olmayacağına garanti verilemez<sup>34</sup>. Bu nedenle diyebiliriz ki, etkili bir uyum programının temel amacı ihlalleri önlemek, tespit etmek ve uyum sorunlarının varlığında eyleme geçmektir<sup>35</sup>. Bu aşamaların her biri ayrı öneme sahiptir. İhbarcılık da bu aşamalardan olan tespit etme aşamasının bir parçasıdır ve şirket içerisindeki hukuka veya etik kurallara aykırılıkların ortaya çıkartılmasında önemli bir yere sahiptir.

## B. Kurumsal Yönetim Bakımından İhbarcılık Kavramının Tanımlanması

İhbarcılık müessesesinin kurumsal yönetimde etkin bir şekilde işleyebilmesi ve ihbarcılarının teşvik edilmesi ve korunması için öncelikle ihbarcılık kavramının şirketler hukuku bakımından tanımlanması gerekmektedir. İhbarcılık kavramı için evrensel bir tanım yapabilmek mümkün gözükmemektedir; zira neyin ihbar sayılabileceğine ilişkin evrensel bir hukuki tanım bulunmamaktadır<sup>36</sup>. Ancak öğretilerde ve uluslararası hukukta ihbarcılığa ilişkin bazı tanımlamalar yapılmıştır. Bu tanımlamalar yardımıyla ihbarcılık kavramının özüne ulaşmak mümkün olacaktır.

İhbarcılık, “*eski ya da mevcut çalışanların işverenlerinin kontrolü altındaki yasa dışı, ahlaka aykırı ya da gayrimeşru uygulamalarının, bu uygulamaları önlemek için eyleme geçebilecek kişi ya da kuruluşlara açıklanması*” olarak tanımlanmaktadır<sup>37</sup>. Dolayısıyla ihbarcılık işverenlere, yöneticilere, idari kuruluşlara ve en nihayetinde kamuya (medya dahil olmak üzere) yapılan açıklamaları veya bildirimleri kapsamaktadır<sup>38</sup>. Çalışanların kişisel şikayetlerini paylaşması toplumun dikkatini çekse dahi ihbarcılık kapsamında kalmayacaktır. Calland ve Dehn’e göre, ihbarcılık bir çalışanın işyerinde gerçekleşen suiistimler hakkındaki endişelerini dile getirebilmesi için sunulan imkandır<sup>39</sup>.

İhbarcılığın bir organizasyon içinde gerçekleşebilmesi için üç aktöre ihtiyaç bulunmaktadır: suiistimal teşkil edebilecek bir eylemi gerçekleştiren kişi; bu eylemi gözlemleyen, tespit eden ve raporlayan ihbarcı ve bu raporun teslim edildiği

<sup>34</sup> Jochem Reicher, “Reaktionspflichten und Reaktionsmöglichkeiten der Organe auf (möglicherweise) strafrechtsrelevantes Verhalten innerhalb des Unternehmens” (2011) *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 113.

<sup>35</sup> U.S. Department of Justice Antitrust Division, ‘Evaluation of Corporate Compliance Programs in Criminal Antitrust Investigations’ (July 2019).

<sup>36</sup> Eric Connon, ‘Are Intelligence-Community Leakers Internationally Protected Whistleblowers or Simply “Whistling in the Dark”? Assessing the Protections Afforded to Intelligence-Community Whistleblowers Under International Law’ (2017) *67 Case W. Rsr. L. Rev.* 897, 906; OECD, ‘G20 Anti-corruption Action Plan, Protection of Whistleblowers: Study on Whistleblower Protection Frameworks, Compendium of Best Practices and Guiding Principles for Legislation’ (2011), <http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf> erişim tarihi 20 Eylül 2023; Konyalı (n 10) 413.

<sup>37</sup> Near ve Miceli (n 16) 4; Tanya M. Marcum et al, ‘Blowing the Whistle in the Digital Age: Are You Really Anonymous? The Perils and Pitfalls of Anonymity in Whistleblowing Law’ (2019) *17 DePaul Bus. & Comm. L.J.*, 2.

<sup>38</sup> Paul Latimer ve Alexander J Brown, ‘Whistleblower Laws: International Best Practice’ (2008) *31(3) UNSW Law Journal* 766, 768.

<sup>39</sup> Richard Calland ve Guy Dehn, ‘Introduction – Whistleblowing Around the World: the State of the Art’, in Richard Calland ve Guy Dehn (eds) *Whistleblowing Around the World: Law, Culture & Practice* (2004) 9.



muhataplar<sup>40</sup>. Başka bir ifadeyle ihbarcılık müessesesi en az üç aktörün dahil olduğu ve birbirlerinin eylemleri üzerine harekete geçtiği dinamik bir süreçtir.

Kurumsal yönetim özelinde ise Rubinstein ihbarcılığı bir şirket çalışanın şirketinde suiistimal teşkil ettiğini düşündüğü bir eylemi açığa çıkarması olarak tanımlanmaktadır<sup>41</sup>. Benzer şekilde Jones ihbarcılığı bir çalışanın bir yöneticinin veya işverenin hukuk dışı eylemlerini şirket yönetimine veya kolluk kuvvetlerine bildirmesi olarak tanımlamış ve ihbarcılığın amacının da suiistimalleri ortaya çıkarmak, engellemek ve önüne geçmek olduğunu belirtmiştir<sup>42</sup>.

Yukarıdaki tanımlardan da anlaşılacağı üzere öğretilerde ihbarcılık farklı şekillerde tanımlanmıştır. Ancak bu tanımlardaki ihbarcılığın amacı ve işlevi aynıdır. İhbarcı, şirket içindeki hukuka aykırı, ahlak dışı veya hileli eylemlerden ilgili kişileri veya kuruluşları haberdar ederek söz konusu eylemlerin daha fazla saklanmamasını ve sona erdirilmesini hedeflemektedir. İhbarcı, başkalarının zarar görmemesi için eyleme geçen, şirket içindeki suiistimal teşkil eden eylemleri kamuyla paylaşmadan önce şirket içi yolları kullanan, makul bir insanı ikna etmek için yeterli somut delile sahip olan, göz ardı edilemeyecek ciddi bir zararın söz konusu suiistimalden kaynaklanabileceğini düşünen, ihlali önlemek ve ifşa etmek için sorumluluğuna uygun bir şekilde hareket eden, makul bir başarıya ulaşma ihtimali olan eylemleri gerçekleştiren kişidir<sup>43</sup>. İhbarcının, ihbar ederek sona erdirmeyi hedeflediği suiistimal farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Örneğin, söz konusu ihlal, zehirli atıkların doğaya atılması veya güvenli olmayan araçların pazarlanması gibi fiziksel; ticari defterlerde manipülasyon gibi finansal veya hukuk kuralının ihlali gibi hukuki sebepten kaynaklanabilir. İhbarcı hangi türden ihbarda bulunursa bulunsun amacı şirketi tekrardan hukuk kurallarına uygun davranmaya yönlendirmektir.

Bu bilgiler ışığında, kanaatimizce, şirketler hukuku bağlamında ihbarcılığın şu şekilde tanımlanması mümkündür: İhbarcılık, bir şirket çalışanın, makul somut delillere dayanarak önemli bir zarar doğurma ihtimali bulunan şirket kontrolündeki hukuka aykırı, gayriahlaki veya meşru olmayan bir uygulamayı, öncelikle bu uygulamayı değiştirebilecek şirket içindeki kişi veya kişilerle, bu mümkün olmadığı takdirde ilgili kuruluşlarla ve son çare olarak kamuyla paylaşmasıdır.

İhbar, şirket içinde bir görevi kötüye kullanmanın, komuta zincirine uygun olarak, gizli telefon hatları aracılığıyla ifşa edilmesi<sup>44</sup> şeklinde olabileceği gibi; kurumsal

<sup>40</sup> Janet Near ve Marcie Miceli 'Whistleblowing: Myth and Reality' (1996) 22 *Journal of Management* 507, 508.

<sup>41</sup> Kevin Rubinstein, 'Corporate Governance Five Years After Sarbanes-Oxley: Is There Real Change?' (2007) 52 *N.Y.L. Sch. L. Rev.* 637, 640.

<sup>42</sup> Julie Jones, 'Given a Little Whistle: The Need for a More Board Interpretation of the Whistleblower Exception to the Employment-At-Will Doctrine' (2003) 34 *Tex. Tech Law Rev* 1133, 1136

<sup>43</sup> Myron Peretz Glazer ve Penina Migdal Glazer, *The Whistleblowers: Exposing Corruption in Government and Industry* (Basic Books 1989) 4.

<sup>44</sup> Marcia P. Miceli, Janet Pollex Near ve Terry M. Dworkin, *Whistle-Blowing in Organizations*, (1. Bası. Routledge 2008).

bir hatanın düzeltililebilmesi için şirket dışından birine bilgi uçurulması şeklinde de olabilir<sup>45</sup>. İhbarın şirket içindeki bir yetkiliye yapılması öncelikle tercih edilmesi gereken bir yöntemdir. Ancak şirket içerisinde bu ihbarın dikkate alınmaması halinde özellikle sabit hatlar aracılığıyla gizli telefonlarla veya e-posta yoluyla şirket içi etik ve hukuk kurallarına aykırılıklara ilişkin yapılan ihbarlar şirketlerde iyi bir kurumsal yönetim standardı yakalanması için de önemlidir<sup>46</sup>. Şirketler hukuku bakımından ihbarcılık mekanizmasının önemi daha detaylı olarak ele alınacaktır.

### C. Şirketler Hukuku ve Kurumsal Yönetim Bakımından İhbarcılığın Önemi

Şirketler hukukunda son yılların en önemli gündemlerinden biri kurumsal yönetim düzenlemeleridir<sup>47</sup>. Diğer birçok sosyal bilim dalıyla da ilişkili olan kurumsal yönetim<sup>48</sup> şirketler hukuku için de ayrıca önem arz etmektedir. Birçok farklı bilim dalını ilgilendirmesi sebebiyle net bir tanım ortaya koymak zordur<sup>49</sup>. Ancak temel olarak kurumsal yönetim, bir şirket veya organizasyonun yönetiminde uygulanan kuralların, uygulamaların ve süreçlerin toplamı olarak tanımlanabilir<sup>50</sup>. Bir şirketin işleyişinde düzeni sağlamak ve önceden belirlenmiş standartları uygulamak için kuralların konulması da kurumsal yönetim çerçevesinde gerçekleşmektedir<sup>51</sup>.

Kurumsal yönetim temel olarak, şirketlerin şeffaflık prensibine uygun olarak finansal durumu ya da performansı gibi hususlarda kamunun aydınlatması, hakkaniyete ve dürüstlük kurallarına uygun eşit işlem yapması, dışarıya karşı sorumluluk prensibinin işletilmesi ve içeride de zarara sebebiyet veren eylemlerden dolayı iç sorumluların belirlenebilmesi gibi unsurların üzerine inşa edilmiştir<sup>52</sup>.

<sup>45</sup> Uygulamada görülen örneklerin çoğunda ihbarcılar şirketin itibarını zedelememek ve kurumsal bir zarara sebebiyet vermemek adına ilk olarak şirket içinden yetkili isimlere bildirim yapmıştır. Zira çoğu durumda şirket dışından isimlere yapılan ihbarlar şirket içi suiistimallerin önlenemeyeceği süreçte gerçekleşmekte, uzun soruşturma ve yargılama süreçleriyle hatta büyük cezalarla sonuçlanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz Nwoke (n 1) 427; Benisa Berry, 'Organizational Culture: A Framework and Strategies for Facilitating Employee Whistle-Blowing' (2004) 16 *Employee Responsibilities and Rights Journal* 1, 9.

<sup>46</sup> Nwoke (n 1) 428.

<sup>47</sup> 2011 yılında halka açık şirketler için Sermaye Piyasası Kurulu tarafından "comply or explain" yani "uy ya da açıkla" prensibine uygun olarak hazırlanan Kurumsal Yönetim İlkeleri bizim ülkemizde bu kuruma verilen önemin ilk göstergelerinden olmuştur. Ayrıca sonrasında Kurul tarafından Kurumsal Yönetim Tebliği ile halka açık şirketler için uyulması zorunlu kurallar getirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz Muzaffer Eroğlu, 'Payları Borsada İşlem Gören Halka Açık Şirketlerde Kurumsal Yönetim İlkelerine İlişkin Yeni Sistem' (2014) 12 (136) *Legal Hukuk Dergisi* 31,33.

<sup>48</sup> Mehmet Arif Tuğ, 'Kurumsal Yönetim Kavramının Genel Çerçevesi ve Türk Hukukundaki Yansımaları' (2019) 5 (1) *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 203-227, 205.

<sup>49</sup> Eroğlu (n 47) 33; Tuğ (n 48) 205.

<sup>50</sup> Nwoke (n 1) 428.

<sup>51</sup> Hazlina Alam, 'Whistleblowing And Corporate Governance: Accidental Allies Or Lifetime Partners?' (2009) *International Conference on Corporate Law (ICCL) 1st - 3rd June 2009, Surabaya, Indonesia*, s. 3.

<sup>52</sup> Ali Paşlı, Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi (Corporate Governance), (Beta Basım, 2004) s. 69; Rauf Karasu, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Anonim Şirketlerde Kurumsal Yönetim İle İlgili Getirilen Yenilikler' (2013) 4(2) *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 35.

Bir şirketin hedeflerine ulaşmak için doğru yolu izleyip izlemediğini ve düzenleyici politikalara uyup uymadığını belirlemek kolay değildir. Dolayısıyla kurumsal çalışanların, özellikle yönetici kadrodakilerin davranışlarını izlemek için gözetim mekanizmalarının devreye alınması önem kazanmaktadır<sup>53</sup>. Şirketlerde uygun “izleme (*monitoring*)” yapılabilmesi ve ortaya çıkan olumsuz durumlarda sorumluların tespit edilebilmesi için çeşitli araçlar kullanılmaktadır. Bunlar halka açık şirketlerin mali tablolarını veya ilgili materyallerini denetleyen muhasebe firmaları; hangi şirketin yatırıma değer olduğunun tahmin edilmesine yardımcı olan kredi derecelendirme kuruluşları; kurumsal yönetimi teşvik etmek için kurallar yayınlayan organizasyonlar ve halka açık şirketler için kurulan piyasalar olarak sıralanabilir<sup>54</sup>. İşte bütün bunlara ek olarak, güçlü, uygulanabilir ve etkili bir ihbarcılık mekanizması kurmak kurumsal yönetimde özellikle şeffaflık ilkesinin doğru uygulanabilmesi bakımından şirketler için oldukça önemlidir<sup>55</sup>. Nitekim şirketler daha iyi ve daha etkili bir yönetim için standartları ve kontrolleri geliştirmeye çalıştıkça, ihbarcılığın kurumsal yönetimdeki rolü giderek daha belirgin hale gelmiştir<sup>56</sup>.

Şirketler tüzel kişilik olarak bünyesindeki gerçek kişi yöneticilerin eylem ve işlemleri ile idare edilirler. Şirket adına iş yapan yöneticilerin faaliyetleri şirket için bağlayıcıdır. Bu eylem veya işlemlerin suiistimal içerecek nitelikte olması adına hareket ettikleri şirket için de sorumluluk doğurabilmektedir. Öyle ki, bazen şirket yöneticilerinin şirket içi suiistimleri şirketin iflasına dahi yol açabilmektedir. Şirketlerin faaliyetleri ve finansal açıdan krize girerek iflas etmesi sadece şirketin kendisini değil aynı zamanda çalışanları, şirket alacaklılarını, ekonomiyi, toplumu ve diğer paydaşları etkilemektedir. Yine şirket içindeki suiistimler gözetimsiz bırakıldığında, işçiler işten atılır, hissedarlar yatırımlarını kaybeder, hükümetler vergi gelirlerinden mahrum kalır ve yerel topluluklar sosyal avantajları kaybeder<sup>57</sup>. Bu bakımdan suiistimallerin ortaya çıkarılması, şirket faaliyetlerine ilişkin şeffaflığı artırarak şirketin sürdürülebilirliğine olumlu katkı sağlayacak ve pay sahipleri ile diğer paydaşların uzun vadeli menfaatlerine hizmet edecektir.

Şirketlerin büyüklüğü ve kapasitesi arttıkça yapılan işlemlerin kapsamı ve derinliği de artmaktadır. Bu nedenle çalışanların ihbarcılık faaliyetinde bulunması şirket içindeki suiistimallerin ortaya çıkarılması için en önemli yollardan bir tanesi haline gelmiştir<sup>58</sup>. Zira bir organizasyonun dışındaki aktörlerin şirket içi suiistimallerden

<sup>53</sup> Nwoke (n 1) 428.

<sup>54</sup> John Coffee Jr, ‘Gatekeeper Failure and Reform: The Challenge of Fashioning Relevant Reforms’ (2004) 84 *BUL Rev* 301.

<sup>55</sup> David Schultz ve Khachik Harutyunyan, ‘Combating Corruption: The Development of Whistleblowing Laws in the United States, Europe, and Armenia (2015) 1/2 *International Comparative Jurisprudence* 87; Nwoke (n 1) 429.

<sup>56</sup> Alam (n 51) 3.

<sup>57</sup> Edwin Egboro, ‘The 2008/2009 Banking Crisis in Nigeria: The Hidden Trigger of the Financial Crash’ (2016) 12(2) *British Journal of Economics, Management & Trade* 1.

<sup>58</sup> Bkz Miceli, Near ve Dworkin (n 44) 980.

şirket çalışanlarının yardımı olmadan haberdar olması imkansız yakındır<sup>59</sup>. Bundan dolayı, ihbar, zarar verici sonuçlara yol açabilecek yasa dışı faaliyetlerin önlenmesinde önemli bir mekanizma haline gelmekte ve ihbarcılar da şirket içindeki suiistimallerin ortaya çıkarılmasında kilit rol oynamaktadır<sup>60</sup>. İhbarcılar olmadan şirket içindeki organizasyon problemlerini tespit etmek mümkün olmayabilir, bu yüzden ihbarları bir anlamda erken alarm sistemi olarak değerlendirmek isabetli olacaktır<sup>61</sup>. Özellikle potansiyel olarak tehlike arz eden bir durumu tüketicilere sunmadan önce uygun makamlara bildiren bir çalışan, şirketin gereksiz davalardan ve dolayısıyla ileride ortaya çıkabilecek olan itibar kayıplarından kaçınmasına yardımcı olur<sup>62</sup>. Bu nedenle ihbarcılığın düzenlenmesi ve kurallara bağlanması büyük önem taşımaktadır. Zira, ihbarcılar, şirketlerin üst düzey yöneticileri tarafından dolandırıcılık, yolsuzluk ve görevi kötüye kullanma gibi işlemler vesilesiyle bilgilerin ifşa edilmesi yoluyla milyarlarca doların ve sayısız hayatın kurtarılmasına yardımcı olacak, böylece vatandaşları, çalışanları ve tüketicileri koruyacak ve felaketlerin ve skandalların daha da kötüleşmesini önleyecektir<sup>63</sup>. Özellikle Enron ve WorldCom şirketlerinde yaşanan finansal skandalların önlenmesinde ihbarcılarının faaliyetlerinin ne kadar önemli olduğu bir kez daha anlaşılmıştır<sup>64</sup>. İlerleyen bölümlerde bu örnekler detaylı olarak analiz edilecektir.

#### D. İhbarın Yapılacağı Mercii

Şirketlerde uyum sürecinin artan önemine istinaden<sup>65</sup> büyük ya da küçük ölçekli, fark etmeksizin<sup>66</sup> birçok şirket yasal olarak aranan ölçülerin de ötesinde uyum politikaları uygulamaktadır<sup>67</sup>. Şirketler gibi organizasyon yapılarında en temel sorunlardan biri üst kademedeki yöneticilere yani yönetim kuruluna ya da yönetim kurulunun yetkilendirdiği uyum görevlilerine şirketin iş ve işleyişiyle alakalı eksik bilgilendirme yapılmasıdır. Zira bilgilendirme mekanizması işlemediği zaman uyum sorunları tespit edilemeyecek dolayısıyla denetleme yapılamayacaktır<sup>68</sup>. Özellikle

<sup>59</sup> Miceli, Near ve Dworkin (n 44) 2.

<sup>60</sup> Olorunfemi Adebisi Onakoya ve Chinonye Love Moses, Effect of System Factors on Whistleblowing Attitude of Nigerian Banks Employees: A Conceptual Perspective (African Development Issues 2016).

<sup>61</sup> Miceli, Near ve Dworkin (n 44) 2.

<sup>62</sup> Schultz ve Harutyunyan (n 55) 87.

<sup>63</sup> Nwoke (n 1) 429.

<sup>64</sup> Enron skandalında Sherron Watkins'ın şirketin mali sorunlarını ve şirketin üst düzey yöneticilerinin şirketi kullanarak yaptığı dolandırıcılığı ifşa etmesi üzerine bu duruma sebebiyet veren yöneticiler tutuklanmıştır. WorldCom'un eski Başkan Yardımcısı Cynthia Cooper, tartışmasız o dönemde tarihin en büyük kurumsal muhasebe dolandırıcılıklarından birinin haberini vermiştir. Leonardo Labriola, 'Paying Too Dearly for a Whistle: Properly Protecting Internal Whistleblowers' (2017) 85 *Fordham L. Rev.* 2839, 2846.

<sup>65</sup> Jeffrey Boles, Leora Eisenstadt ve Jennifer M. Pacella, 'Whistleblowing in the Compliance Era' (2020) 55 *Ga L Rev* 147, s. 151; Jennifer Pacella, 'The Regulation of Lawyers in Compliance' (2020) 95 *WASH. L. REV.* 947, 953.

<sup>66</sup> Geoffrey Parsons Miller, 'Compliance: Past, Present and Future' (2017) 48 *U. TOL. L. REV.* 437, 438.

<sup>67</sup> Boles, Eisenstadt ve Pacella (n 65) 151.

<sup>68</sup> Bkz Beim, Hirsch ve Kastellec (n 4) 904-918.

Enron, WorldCom ve diğer şirketlerde yaşanan skandalların<sup>69</sup> bir sonucu olarak halka açık şirketlerde denetçi bağımsızlığının artırılması, şirketlerde üst düzey yöneticilerin sorumluluğunun genişletilmesi ve finansal raporlama sürecinde şeffaflığın sağlanarak kurumsal yönetimin ve denetimin güçlendirilmesi amacıyla 2002 yılında Amerika’da yürürlüğe giren Sarbanes Oxley Kanunu’na<sup>70</sup> göre ABD’deki halka açık şirketler, muhasebe endişelerinin çalışanlar tarafından isimsiz ve gizli olarak sunulmasına izin verecek ihbarcılık gibi mekanizmalar oluşturmaldır<sup>71</sup>. İlgili kanun ayrıca bildirimden ihbar hattı vasıtasıyla şirkette denetimden sorumlu organlara yapılması gerektiğini düzenlemektedir<sup>72</sup>.

İhbarın kime yapılacağı hususu ihbar mekanizmasının doğru işletilebilmesi için önem arz etmektedir. İhbar doğrudan yönetim kuruluna veya kurula bağlı denetim komitesine yapılabileceği gibi<sup>73</sup> bağımsız denetim organları aracılığıyla da yapılabilir. İhbarın yapılacağı kurum şirket yapısına göre dahi değişkenlik gösterebilir. Nitekim, büyük şirketler ihbarda bulunmak isteyen çalışanların doğrudan ihbarları ele almak için eğitim almış uyum görevlisi gibi belirli bir departmanla iletişime geçmesini tercih edebilirken, daha küçük ölçekli şirketlerde bu şekilde birimler olmadığı için doğrudan yöneticilerle iletişime geçilmesi tercih edilebilir<sup>74</sup>. Buna göre, genel olarak söyleyebiliriz ki, ihbarcılık mekanizması işletilirken şirket içinde bazı çalışanlar ihbarcı gibi hareket ederek şirket içerisindeki hukuka ve şirket içi düzenlemelere aykırılıkları tespit edecek ve bunları hukuk departmanına, yönetim kuruluna, uyum görevlisine veya ilgili diğer birimlerden birine bildireceklerdir<sup>75</sup>.

İhbarın kime yapılabileceği hususunda Enron ihbarcısı Sherron Watkins’in yaşadıklarından bazı dersler çıkarılabilir. Şöyle ki, Watkins şirketin muhasebe ve finans hesaplarından fark ettiği usulsüzlükleri doğrudan yönetim kuruluna ihbar etmek yerine, Enron’un CEO’su Kenneth Lay’a iletmış ve bu durum usulsüzlüklerin üzerinin kapanması için Lay’a bir fırsat sunmuştur<sup>76</sup>. Nitekim Lay, ihbarcının öne sürdüğü usulsüzlükleri araştırmak için daha önce söz konusu usulsüzlükleri onaylayan Vinson & Elkins hukuki danışmanlık firmasıyla anlaşmış ve onlar da ortada usulsüz işlem olmadığı sonucuna varmıştır. Sonuç olarak Watkin’s iddiaları yönetim kurulunun ve halkın önüne filtrelenmiş şekilde gelmiştir<sup>77</sup>. İhbarcı Watkin’in cesareti takdir edilesi

<sup>69</sup> Labriola (n 64) 2846.

<sup>70</sup> Bu Kanun “*Public Company Accounting Reform and Investor Act*” ve “*Corporate and Auditing Accountability, Responsibility and Transparency Act*” olarak da isimlendirilmektedir. SOX, Menkul Kıymetler Borsası Yasasını önemli ihbar mekanizmaları içerecek şekilde değiştirmiştir; Ayrıntılı bilgi için bkz Marcum (n 37) 9.

<sup>71</sup> Marcum (n 37) 2.

<sup>72</sup> *Sarbanes Oxley Act-SOX m. 301*; ayrıca bkz. Marcum (n 37) 13.

<sup>73</sup> Yaşar (n 27) 387.

<sup>74</sup> Richard Moberly, ‘Sarbanes-Oxley’s Structural Model to Encourage Corporate Whistleblowers’ (2006) 5 *Brigham Young University Law Review* 1107, 1123.

<sup>75</sup> Yaşar (n 27) 386.

<sup>76</sup> Moberly (n 74)1123.

<sup>77</sup> Moberly (n 74) 1123.

olsa da ihbarı ilk yapacağı merciiyi yanlış seçmiş olması neticesinde şirketin kötü gidişatına engel olamamıştır. CEO'ya değil doğrudan yönetim kuruluna ya da halka gitseydi ihbarı daha başarılı sonuçlar doğurabilirdi<sup>78</sup>.

### E. İhbarın Şekli

İhbarın kime yapılacağı kadar şekli de önemlidir. Şirket içi mevzuat uyum sorunlarının tespit aşamasında birey olarak ihbarcılar (*whistleblower*) kullanılabilmesi gibi ihbar hatları (*whistleblowing hotline*) da kullanılabilir. Nitekim bağımsız denetim kuruluşları tarafından kontrol edilen ihbar hatları vasıtasıyla şirket yöneticileri anonim olarak uyum sorunları hakkında bilgi sahibi olabilmektedir. Bu ihbarlar şirket içinden yapılabileceği gibi şirket dışındaki üçüncü kişiler tarafından da yapılabilmektedir.

ACFE tarafından hazırlanan ve 16 Nisan 2020'de yayınlanan "2020 Mesleki Dolandırıcılık ve Kötüye Kullanıma İlişkin Küresel Araştırma Rapor"una<sup>79</sup> göre yolsuzluk ve suiistimallerin nasıl önleneceği ve tespit edilebileceği konusunda eğitimlerin düzenlendiği kurumlarda ihbar mekanizmaları aracılığıyla tespit edilen suiistimal oranı %56 iken, bu eğitimlerin yapılmadığı kurumlarda bu oran %37'dir. Şirket içi suiistimal ve yolsuzlukların tespitinde en etkin yöntem %43'lük bir oran ile ihbarlar olmuştur<sup>80</sup>. İhbarların ardından en başarılı tespit etme yöntemleri iç denetim (%15) ve yönetim incelemeleri (%12) olmuştur<sup>81</sup>. Amerika'da yapılan bir başka çalışmanın sonuçlarına göre ihbarcılar özel şirketlerdeki sahtekarlığın %43'ünü ifşa ederken, denetçiler ise sadece %19'unu ortaya çıkarabilmiştir<sup>82</sup>.

Görüldüğü üzere uyum sürecinin en önemli aşamalarından olan tespit etme aşamasının en temel araçlarından biri ihbar mekanizmalarıdır<sup>83</sup>. Her ne kadar ihbarcı olmak, inandıkları ve ahlaki değerleri uğruna işini dahi tehlikeye atarak ilgili mercilere bildirimde bulunmak kolay olmasa da şirketlerde etkin bir uyum mekanizması kurulabilmesi için ihbarcılar oldukça önemlidir. Birçok şirket de suiistimallerin

<sup>78</sup> Leslie Griffin, *Whistleblowing in the Business World*, in *Enron: Corporate Fiascos And Legal Implications* (Foundation Press, 2004); Moberly (n 74) 1124.

<sup>79</sup> ACFE 2020 Reports to the Nations - Global Study on Occupational Fraud and Abuse (Acfe-public.s3-us-west-2.amazonaws.com, 2023) <<https://acfe-public.s3-us-west-2.amazonaws.com/2020-Report-to-the-Nations.pdf>> erişim tarihi 3 Eylül 2023.

<sup>80</sup> Rapora göre fax, mektup ve hatta telefon gibi araçlarla yapılan ihbarlar gittikçe azalırken, e-mail aracılığıyla yapılan ihbar bildirimleri sabit kalmakta ve web siteleri aracılığıyla çevrimiçi olarak yapılan ihbarlar yıl geçtikçe artış göstermektedir. Bkz s. 22; ACFE 2020 Reports to the Nations - Global Study on Occupational Fraud and Abuse (Acfe-public.s3-us-west-2.amazonaws.com, 2023) <<https://acfe-public.s3-us-west-2.amazonaws.com/2020-Report-to-the-Nations.pdf>> erişim tarihi 3 Eylül 2023.

<sup>81</sup> (Cerebra.com.tr, 2023) <<http://www.cerebra.com.tr/files/images/content/newsletters/Cerebra-newsletter-14.pdf>> erişim tarihi 3 Eylül 2023.

<sup>82</sup> 'Whistleblowers Still The Best At Detecting Fraud - National Whistleblower Center' (National Whistleblower Center, 2018) <<https://www.whistleblowers.org/news/whistleblowers-still-the-best-at-detecting-fraud/>> erişim tarihi 4 Eylül 2023.

<sup>83</sup> Martin Biegelman ve Daniel Biegelman, *Building A Worldclass Compliance Program: Best Practices And Strategies For Success* (Wiley 2008) 265.

ortaya çıkarılabilmesi için ihbar mekanizmaları kurmaya başlamıştır<sup>84</sup>. Nitekim son yıllarda şirketlerde yaşanan ve skandal boyutuna ulaşan birçok suiistimal ihbar mekanizmaları aracılığıyla tespit edilmiştir<sup>85</sup>. Örneğin, WorldCom skandalı<sup>86</sup> şirkette keşfettiği muhasebe sahtekarlığını yönetim kuruluna ihbar eden Cynthia Cooper'ın sayesinde ortaya çıkmıştır<sup>87</sup>. Bir başka örnek de Tesco'daki skandalın<sup>88</sup> 2014 yılında finans departmanı çalışanı olan bir ihbarcı vasıtasıyla ortaya çıkarılmasıdır<sup>89</sup>.

Anılan iki örneğin ortak noktası şirket çalışanları tarafından yapılan ihbarlar yoluyla sahtekarlıkların ortaya çıkarılmasıdır. Massachusetts Üniversitesi ve Bentley College tarafından yürütülen bir anket sonucuna göre çalışanlar tarafından yapılan ihbarların %76'sının doğru olduğu sonucuna varılmıştır<sup>90</sup>. Görüldüğü gibi, şirket çalışanları tarafından yapılan ihbarlar sahtekarlıkların önlenmesi için çoğunlukla başarılı olmuştur. Bunun çeşitli sebepleri vardır. Ancak en önemli sebebi kurumsal çalışanların şirketin iç işleyişi hakkında dışarıdaki üçüncü kişilere nazaran daha ayrıntılı ve eksiksiz bilgi sahibi olmasıdır<sup>91</sup>. Nitekim özellikle Enron ya da WorldCom gibi büyük şirketlerde meydana gelen sahtekarlıkların ve suiistimallerin ortaya çıkarılabilmesi için ihbarcının belli düzeyde şirket çalışanı olması gerekmektedir. Zira durumun kendisi dışarıdan kimsenin bilgi sahibi olmasını güçleştirecek boyutta karmaşık ve kapsamlıdır<sup>92</sup>.

## F. İhbarcılığın Önündeki Engeller

Kurumsal faaliyetlerdeki rolleri göz önüne alındığında, sıradan çalışanlardan gelen bilgiler, görevi kötüye kullanmanın ve suiistimallerin zamanında tespit edilerek önlenmesi için oldukça önemlidir. Buna göre, çalışanları şirkette meydana gelen mevzuat uyumsuzlukları konusunda ihbarcı olarak bilgilerinin ifşa etmeye teşvik etmek, dolandırıcılık ve diğer kurumsal suiistimal ve sahtekarlıkların önlenmesinde kritik bir öneme sahiptir<sup>93</sup>. Yukarıda anıldığı gibi yapılan ihbarların doğru kaynağa

<sup>84</sup> Richard Moberly, 'Confidentiality and Whistleblowing' (2018) 96 *N.C. L. Rev.* 751,759.

<sup>85</sup> Biegelman ve Biegelman (n 83) 265.

<sup>86</sup> WorldCom'un iflası Amerikan tarihindeki en büyük şirket iflaslarından biridir. Bkz Ken Belson, 'Worldcom's Audacious Failure And Its Toll On An Industry (Published 2005)' (Nytimes.com, 2005) <<https://www.nytimes.com/2005/01/18/business/worldcoms-audacious-failure-and-its-toll-on-an-industry.html>> erişim tarihi 3 Eylül 2023.

<sup>87</sup> Julia Homer ve David Katz, 'How Worldcom Whistle-Blower Changed Corporate America' (CFO, 2023) <<https://www.cfo.com/human-capital-careers/2008/02/worldcom-whistle-blower-cynthia-cooper/>> erişim tarihi 3 Eylül 2023.

<sup>88</sup> Craig Hogg, Katie Jones ve Neil Swift, 'Failure to Prevent Market Abuse: A Potential New Corporate Criminal Offence?' (2020) 41(4) *Business Law Review*, 121-12.

<sup>89</sup> İhbarcının faaliyeti sonucu tespit edildiği ve şirketin de kabul ettiği üzere Tesco şirket karını olduğundan yaklaşık 250 milyon pound daha fazla göstermiştir. Bkz Feyza Dereköy, 'Muhasebe Manipülasyonları: Toshiba Vakası' (2020) 85 *Muhasebe ve Finansman Dergisi* 91-110, 105.

<sup>90</sup> Shanthy Rachagan ve Kalaithasan Kuppasamy, 'Encouraging Whistle Blowing to Improve Corporate Governance? A Malaysian Initiative' (2013) 115 *J Bus Ethics*, 367-382, 369.

<sup>91</sup> Moberly (n 74) 1116.

<sup>92</sup> Kathleen Brickey, 'From Enron to WorldCom and Beyond: Life and Crime After Sarbanes-Oxley' (2003) 81 *WASH. U. L.Q.* 357, 374.

<sup>93</sup> Moberly (n 74) 1117.



yönetilmesi de ihbarcının başarılı olabilmesi için dikkat edilmesi gereken unsurlardan biridir. Söz konusu ihbar, şirket yönetim kurulunun ve denetim araçlarının yanı sıra doğrudan devletin yetkili organlarına yahut daha da ötesinde anonim ya da açık kimlikle medyaya da yapılabilir. Doğrudan devlete yapılan ihbarlar doğrudan şirket yönetiminin filtresinden geçmeksizin soruşturmaya konu olacaktır. Dolayısıyla başarılı olacağı düşünülebilir. Medya aracılığıyla halka yapılan ihbarlar için de benzer bir durum söz konusudur. Ancak her iki durumda da ihbarcı karalama veya iftira suçlamalarıyla karşılaşabilecektir<sup>94</sup>.

Şirket içinde kurumsal çalışanların ihbarcı olabilmesi kolay bir durum değildir. Çalışanların öncelikle konuşmak ve suiistimali ifşa etmek için fırsata sahip olması gerekir<sup>95</sup>. Birçok çalışan gerekli yasal koruma sağlanamayacağı gibi endişelerle susmayı tercih edebilir. Zira yönetim kuruluna yapılan bir suiistimal ihbarının temelinde yöneticilerin eylemleri ve istekleri yatıyor olabilir. En iyi koşullar altında dahi çalıştıkları yerde suiistimalleri bildirenler yüksek bir misilleme riskiyle karşı karşıya kalabilirler<sup>96</sup>. Özellikle küçük çaplı şirketlerde, ihbarın neticesinin teşekkür edilmesi yerine çalışanın cezalandırılması ya da şirkette dışlanmasıyla sonuçlanması oldukça olasıdır<sup>97</sup>. Zira toplumsal olarak da bakıldığında ihbarcılık daha çocukluktan itibaren olumsuz olarak anlatılan ve empoze edilen bir davranış şeklidir. Hatta bu ihbarcılarının vefasız olarak nitelendirilmesi dahi söz konusudur<sup>98</sup>. Kaldı ki, ihbarcılarının övüldüğüne pek rastlanmaz<sup>99</sup>.

Yapılan bir araştırma göstermektedir ki, ihbarcılarının yaklaşık üçte ikisi çeşitli şekillerde misillemeye maruz kalmıştır<sup>100</sup>. Araştırmaya göre ihbarcılarının %69'u işini kaybetmiş veya emekli olmaya zorlanmış; %64'ü olumsuz istihdam performansı değerlendirmesi almış; %68'i denetçiler tarafından daha yakından izlenen işlere atanmış; %69'u iş arkadaşları tarafından eleştirilmiş veya iş arkadaşları tarafından dışlanmış ve %64'ü kendi iş alanında başka bir iş bulmaktan kara listeye alınmıştır<sup>101</sup>. İşte bu sorunlar neticesinde ihbarcılık gelişmemekte ve teşvik edilmeye ihtiyaç duymaktadır.

<sup>94</sup> Moberly (n 74) 1118.

<sup>95</sup> Biegelman ve Biegelman (n 83) 265.

<sup>96</sup> Marcum (n 37) 4.

<sup>97</sup> Geoffrey Parsons Miller, *The Law Of Governance, Risk Management, And Compliance* (2nd edn, Wolters Kluwer 2017) 483.

<sup>98</sup> Marcum (n 37) 3; Connor Turpan, 'Whistleblower? More Like Cybercriminal: The Computer Fraud and Abuse Act as Applied to Sarbanes-Oxley Whistleblowers' (2016) 42 *Rutgers Computer & Tech. L.J.* 120, 121.

<sup>99</sup> Miller (n 97) 483.

<sup>100</sup> Marcum (n 37) 2.

<sup>101</sup> Joyce Rothschild ve Terance Miethe, 'Whistle-Blower Disclosures and Management Retaliation: The Battle to Control Information about Organization Corruption' (1999) 26(1) *Work & Occupations*, 120.



Şirket çalışanlarının bir suiistimali ifşadan kaçınmasının en temel sebepleri açık konuşmama ve üst yönetim tarafından misilleme yapılarak<sup>102</sup> engellenmektir<sup>103</sup>. Dolayısıyla ihbarcılığın önündeki en büyük engellerden biri konuşamamaktır. Şirket içinde özellikle üst yönetimin çalışanların konuşması ve gördükleri hukuka aykırılıkları aktarabilmesi için ortam sağlaması gerekmektedir<sup>104</sup>. Özellikle Enron'da çalışanlar bir şeylerin ters gittiğinin farkındaydı<sup>105</sup> ve şirket içerisinde gerçekleşen usulsüzlük iddiaları o kadar yoğundu ki zaman zaman çalışanlar kendi aralarında bunun şakasını dahi yapıyordu<sup>106</sup>. Ancak çoğu çalışan bilmesine rağmen sessiz kalmış ve konuşmaya, usulsüzlükleri ihbar etmeye yanaşmamıştı. En nihayetinde Sherron Watkins Enron'daki usulsüzlükleri bildirmiş olsa da bildirimini yönetim kurulu, denetçiler ya da doğrudan halka yapmadığı için yöneticinin yapılan sahtekarlıkları filtrelemesine maruz kalmıştı<sup>107</sup>.

## F. İhbarcılığın Korunması

Çalışmamızın önceki kısımlarında da anlatıldığı gibi şirketlerde çalışanlar misilleme kaygısı ya da çalıştıkları ortamdan dışlanma korkusu gibi sebeplerle karşılaştıkları hukuka aykırılıkları ya da görevi suiistimalleri ifşa etmekten kaçınabilmektedirler<sup>108</sup>. Sessiz kalmayıp durumu gerekli prosedürleri işleterek şirket içi mekanizmalara ya da denetçilere yahut son çare olarak yetkili mercilere veya halka ihbarda bulunan her çalışanın çeşitli kaygılar taşınması mümkündür. Bu noktada şirket içinde başarılı bir uyum sisteminin varlığı yani hukuka ve etik kurallara uyum kültürünün oluşmuş olması önemlidir. Zira ihbarcılık mekanizması uyum sürecinin önemli aşamalarından olan tespit etme aşamasının önemli bir parçasıdır. Çalışanların korkusuzca konuşmalarına izin veren bir kuruluş kültürü olmadığı sürece yapılan ihbarın başarısızlıkla sonuçlanması ya da ihbar prosedürünün yanlış işletilmesi mümkündür<sup>109</sup>. Bu nedenle, çalışanların kurum içindeki yanlış uygulama bilgilerini dile getirmeleri için uygun prosedürlerin oluşturulması ve etkin korumanın sağlanması gerekmektedir<sup>110</sup>. Zira görevini yerine getirirken her şeyi yapabilme gücünü kendisinde bulan çalışanları kontrol etmenin en etkili yollarından biri ihbarcılıktır.

<sup>102</sup> Marcum (n 37) 4; Wolfe et al (n 15) 706; Rothschild ve Miethe (n 101) 107.

<sup>103</sup> Moberly (n 74) 1119.

<sup>104</sup> Alan Brener, *Strategies for Compliance Tools, Techniques and Challenges in Financial Services*, (1st end. Routledge 2020) 60.

<sup>105</sup> Moberly (n 74) 1120.

<sup>106</sup> Bethany McLean ve Peter Elkind, *The Smartest Guys in the Room: The Amazing Rise and Scandalous Fall of Enron*, (1. Bası, Portfolio Trade 2003) 296.

<sup>107</sup> Detaylar için bkz Gregory Mitchell, 'Case Studies, Counterfactuals, and Causal Explanations' (2004) 152 *U. PA. L. REV.* 1517, s. 1518; Enron'da yaşanan skandala ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz Moberly (n 74) 1119.

<sup>108</sup> Miller (n 97) 483; Rachagan ve Kuppasamy (n 90) 370.

<sup>109</sup> Bkz Beim, Hirsch ve Kastellec (n 4) 904-918.

<sup>110</sup> Rachagan ve Kuppasamy (n 90) 370.

Özellikle makalemizde de anlatıldığı çerçevede özel hukukun konusuna giren ihbarlarda, ihbarcılar kanun koyucu tarafından oluşturulan ayrıntılı koruma hükümleri kapsamında kanun tarafından korunmalıdır. Çalışmamamızın ilerleyen kısımlarında daha detaylı anlatılacağı üzere dünya üzerinde birçok ülkenin ihbarcılar için koruma yasaları vardır<sup>111</sup>.

Çalışanların işverenlerine bağlılık yükümlülükleri ve herhangi bir gizlilik yükümlülüğünü hangi durumlarda ihlal edebilecekleri açık ve net bir şekilde yasa koyucu tarafından ortaya konulmalıdır. Bunun yanı sıra ihbar mekanizmaları oluşturma hususunda şirketlerin yasal olarak zorunlu tutulması gerekmektedir.

İhbarcılık konusundan en önemli noktalardan biri ihbarcılarının korunmasıdır. İhbarcı tarafından talep edilmesi halinde ihbarcının anonim tutulması için gerekli düzenlemeler yapılmalı ve daha da önemlisi ihbarcılarının işlerinden uzaklaştırılması önlenmelidir<sup>112</sup>. İşin özünde ihbarcının davranışı cezalandırılması değil ödüllendirilmesi gereken bir davranıştır. Zira başarılı bir ihbar, şirketlere itibarlarına gelebilecek olası zararlardan ve hatta cezai sonuçlardan kaçınma fırsatı verecektir.

İhbarcılık faaliyetlerinin şirket tarafından onaylandığı ve teşvik edildiği hallerde, bu durum rüşvet skandallarının ya da olası yolsuzlukların öngörülmesine ve önlenmesine yardımcı olabileceği gibi aynı zamanda çalışanların iş arkadaşlarının eylemlerine olan farkındalığını ve denetimini de artırır<sup>113</sup>. Dolayısıyla, şirket içerisinde çalışanların olumsuz sonuçlardan korkmadan iş yerindeki üstlerine endişe ve kaygılarını paylaşmalarını sağlayacak bir ortam oluşturulmalıdır. Böyle bir ortam ekip çalışmasını güçlendirir ve ekip arkadaşları arasında güven duygusunun gelişmesini sağlar. Ancak tabii ki bu ideal şekilde yönetilen ve yolsuzluğun olmadığı şirketler için bir varsayımdır. Aksi halde çalışanların sürekli tetikte olmasına ve birbirlerine şüpheyle yaklaşmalarına yol açacağı söylenebilir. Örneğin, şirket içerisinde olası bir yolsuzluk eylemi eğer ihbar faaliyeti ile önlenmişse, ihbarcının ödüllendirilmesi düşünülebilir. Ancak bu gibi teşviklerin yol açabileceği dayanaksız eylemlerin de önüne geçilmesi gerekmektedir. Bunun için ihbarın gerekçeli bir şekilde sunulmuş olması önemlidir. Aynı zamanda asılsız iddiaların ve ihbarların önüne geçebilmek için şirket içi mali yaptırımlar belirlenebilir. Ancak belirtmeliyiz ki, burada şöyle bir ikilem ortaya çıkmaktadır: yaptırım uygulanabilmesi için ihbarcının kimliğinin açıklanması gerekmektedir. Bu durum ihbarcının sosyal olarak dışlanmasına hatta olayın büyüklüğüne göre işten çıkarılmasına dahi yol açabilir. Bu gibi olasılıklara

<sup>111</sup> 'Whistleblower Laws Around The World - National Whistleblower Center' (National Whistleblower Center, 2019) <<https://www.whistleblowers.org/whistleblower-laws-around-the-world/>> erişim tarihi 1 Eylül 2023.

<sup>112</sup> Bu noktada belirtmeliyiz ki, bazı çalışmalar ihbarcının kimliğinin anonim kalmasının kayda değer bir etkisinin olmadığını göstermektedir. Bkz Miceli, Near ve Dworkin (n 44) 158; Buna karşılık bizim de katıldığımız görüşe istinaden bazı çalışmalarda ihbarcının kimliğinin gizli kalmasının çalışanları ihbarda bulunmaya teşvik ettiği ileri sürülmüştür. Bkz Cass R Sunstein, Why Societies Need Dissent (Harvard University Press, 2003) 20.

<sup>113</sup> Fabian M. Teichmann ve Bruno S. Sergi, 'Whistle-Blowing in Corporations', Compliance in Multinational Corporations, (Emerald Publishing Limited 2018) 115-126, 3.

karşı şirket yönetimi ihbarcının korunmasını sağlamalıdır<sup>114</sup>.

Çalışmamızın devamında ihbarcılığa ve ihbarcılarının korunmasına ilişkin karşılaştırmalı hukukta yapılan düzenlemeler analiz edilecek ve Türk hukukuna yönelik değerlendirme ve akabinde öneriler sunulacaktır.

## II. Karşılaştırmalı Hukukta İhbarcılık Kavramı

İhbarcılarının çalışmamızın ilk kısmında anılan zorluklarla karşılaşması son derece muhtemeldir. İhbarcılarının maruz kalabileceği ayrımcılık, disiplin soruşturması, terfilerin engellenmesi, başka birimlere transfer, işten çıkarılma gibi kötü sonuçlarla karşılaşma ihtimali ihbarcılık müessesesinin işleyişini zayıflatmakta ve ihbarcılarını caydırmaktadır. Dolayısıyla ihbarcılarının korunması büyük önem arz etmektedir<sup>115</sup>. Bu bağlamda diğer hukuk sistemlerindeki ve uluslararası hukuktaki ihbarcılar hakkındaki düzenlemeler kimlerin ihbarcı olabileceği, ihbarcılarının nasıl korunabileceği, ihbarın kapsamı gibi hususlarda yol gösterici olabilecektir.

### A. Birleşik Krallıkta İhbarcılık Düzenlemelerinin İncelenmesi

Birleşik Krallık, ihbarcılarının korunması için düzenleme getiren ilk ülkelerdendir. 1998 yılında Kamu Yararına Aydınlatma Kanununu (Public Interest Disclosure Act (PIDA))<sup>116</sup> kabul edilmiştir<sup>117</sup>. PIDA temel olarak hangi ihbara koruma sağlanacağını ve ihbarın nasıl ve kime yapılabileceğini düzenlemektedir<sup>118</sup>. 1998 yılında kabul edilen bu yasa aslında organizasyonları daha şeffaf ve hesap verebilir hale getirme amacını taşıyan büyük bir akımın bir parçasıdır. PIDA'nın kabul edilmesinde, North Wales çocuk taciz skandalının, Pipa Alpha yangının ve Clapham tren kazasının çalışanların ihbar etmesi halinde önlenebilecek olaylar olması büyük rol oynamıştır<sup>119</sup>. PIDA'nın kabul edilmesinden sonra Güney Afrika, Japonya, İrlanda ve Hollanda gibi ülkeler PIDA'ya çok yakın düzenlemeleri kabul etmiştir<sup>120</sup>. PIDA, AB hukukunu da etkilemiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Heinisch v Germany*<sup>121</sup> kararında ve Avrupa Konseyi'nin 2010 yılındaki kararında<sup>122</sup> işveren ile çalışanların menfaatlerinin kamu yararı ile ihbarcılarının serbestçe bildirimde

<sup>114</sup> ibid.

<sup>115</sup> Bkz Meere Khan, 'Whistling in the Wind: Why Federal Whistleblower Protections Fall Short of their Corporate Governance Goals' (2018) 26 *University of Miami Business Law Review* 57.

<sup>116</sup> Çalışmamızda Kamu Yararına Aydınlatma Kanunu'nun özüne bağlı kalmak adına PIDA olarak kullanımı tercih edilecektir.

<sup>117</sup> Public Interest Disclosure Act 1998 (UK), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/23/contents>.

<sup>118</sup> James Gobert ve Maurice Punch, 'Whistleblowers, the Public Interest, and the Public Interest Disclosure Act 1998' (2000) 63(1) *Modern Law Review* 25, 26; Jeanette Ashton, '15 Years of Whistleblowing Protection under the Public Interest Disclosure Act 1998: Are We Still Shooting the Messenger?' (2015) 44 *Industrial Law Journal* 29, 30.

<sup>119</sup> Gobert ve Punch (n 118) 38.

<sup>120</sup> Wim Vanderkerchove, *Whistleblowing and Organizational Social Responsibility: A Global Assessment* (Aldershot: Ashgate, 2006) 293-4.

<sup>121</sup> (28274/08) [2011] IRLR 922 (ECHR)

<sup>122</sup> Resolution 1729 (2010).

bulunmalarının teşvik edilmesi ihtiyacı kapsamında dengelenmesinde PIDA'ya atıf yapılmıştır.

## 1. PIDA Öncesi Dönem

PIDA'nın kabul edilmesinden önce, İngiliz hukukuna göre çalışanların çoğu sır saklama yükümlülüğüne tabi ve iş ilişkisi kapsamında öğrendiği gizli bilgileri açıklamama yükümlülüğü altındaydı. PIDA öncesinde ihbarcılara sağlanan hukuki korumaların yeterli olmadığı öğretilerde kabul edilmektedir<sup>123</sup>. Ancak PIDA ile birlikte bir suiistimali veya hukuka aykırılığı açıklayan veya bildiren çalışana olumsuz bir sonuçla karşılaşmama hakkı tanınmıştır<sup>124</sup>.

## 2. PIDA'nın Amacı, İçeriği ve Kapsamı

PIDA'nın kendisi doğrudan ne ihbarcılığı teşvik etmekte ne de ihbarcılıktan vazgeçirmektedir. Hiçbir çalışana ihbarcı olması için bir yükümlülük yüklememektedir. Ancak PIDA ile iyi niyetli ihbarcılar kötü muameleden ve ayrımcılıktan koruyarak, PIDA öncesi dönemde çalışanların endişelerine dile getirmesini engelleyen bariyerlerin bir nebze olsa da kaldırılması amaçlanmaktadır. PIDA'nın aynı zamanda özel ve kamu sektöründeki kuruluşlarda gerçekleşmesi muhtemel suiistimaller için de önleyici bir mekanizma olarak kullanılması ve bu vesileyle bu kuruluşlardaki etik standartların yükseltilmesi amaçlanmaktadır.

PIDA içerik olarak hem özel hem de kamu sektörü çalışanlarını kapsasa da bu düzenlemenin herkese koruma sağlamadığını belirtmeliyiz. Düzenleme uyarınca, bir ihbarcının korunup korunmayacağı organizasyon içindeki konumuna, ihbarın içeriğine, niteliğine ve ihbarın kime yapıldığına göre tespit edilmektedir. PIDA m 43K uyarınca, düzenleme kapsamında çalışanlara, işçilere, stajyerlere, danışmanlara, evde çalışanlara, tedarikçilere, polislere ve sağlık personeline koruma sağlanmakta ise de istihbarat görevlileri, diğer kolluk güçleri ve serbest meslek sahipleri düzenlemenin kapsamında değildir. Ek olarak, PIDA m 43B uyarınca hukuki danışmanlık sürecinde elde edilen bilgilerin ifşası halinde de ihbarcılara yönelik bir koruma öngörülmemiştir. Yine, kanun şirketle herhangi bir ilgisi olmamasına rağmen ilgili şirketin suiistimalini veya ihlalini ortaya çıkaran kişiyi de koruma kapsamına almamıştır.

## 3. PIDA Kapsamında İhbar Mekanizması

İhbarların niteliği de ayrıca PIDA kapsamında önem arz etmektedir. Zira kanun sadece belirli nitelikleri taşıyan ihbarlara koruma sağlamaktadır. İhbarcıya koruma sağlayan ihbar türlerine baktığımızda ise PIDA'nın oldukça kapsamlı olduğunu

<sup>123</sup> Ashton (n 118) 31.

<sup>124</sup> Nwoke (n 1) 426.

görmekteyiz. PIDA m 43B uyarınca ihbarcının ihbarda bulunurken ihbarın doğruluğuna dair makul inancının bulunması gerekmektedir. 2013 yılında yapılan değişiklikle “kamu yararına yapılan açıklamalar” ibaresi madde metnine eklenmiştir. Kamu yararı şartının eklenmesi, ihbarın çalışanlar tarafından kişisel amaçlarla kullanılmasını sınırlamaktadır. Ancak ek şartın eklenmesi potansiyel ihbarcılarının gözünü korkutabilecek ve ihbardan vazgeçirebilecektir<sup>125</sup>. Bu nedenle söz konusu ibarenin eklenmesinin ihbarcılığı olumsuz yönde etkilemesi muhtemeldir.

PIDA m 43B uyarınca makul inancın varlığı halinde, eğer ihbar geçmişte, günümüzde veya gelecekte bir hukuk kuralı ihlali veya suç teşkil edebilecek eylemlerle alakalı ise söz konusu ihbar kanun nezdinde “*korunan ihbar (protected disclosure)*” olarak değerlendirilmektedir. Benzer şekilde, teknik olarak bir hukuk ihlali olmasa bile geçmişte, günümüzde veya gelecekte genel sağlığa, güvenliğe ve çevreye tehlike arz etmesi söz konusu olan durumlara ilişkin ihbarlar da koruma altına alınmıştır. Bu sayılan suiistimallerin veya ihlallerin alenen veya yüksek ihtimalle gizlenmesi söz konusu ise yine ihbar PIDA kapsamında değerlendirilecektir.

İhbara konu eylemin mutlaka Birleşik Krallık sınırları içerisinde gerçekleşmesi gerekmemektedir. Söz konusu eylem başka bir ülkede gerçekleşse dahi yine PIDA kapsamında ihbarcıya koruma sağlanması mümkündür<sup>126</sup>.

PIDA uyarınca ihbarcının ihbarı yapabileceği farklı gruplar belirlenmiştir. Buna göre, ihbarcı ihbarı işverenine veya yetkili bir başka isme<sup>127</sup>, ilgili düzenleyici ve denetleyici kuruluşlara<sup>128</sup>, yahut basına<sup>129</sup>, parlamento üyelerine<sup>130</sup> veya kolluk kuvvetlerine<sup>131</sup> yapabilir. Görüldüğü üzere, ihbarın kimlere yapılabileceği işverenden basına (dolaylı olarak halka) kadar geniş bir yelpazede düzenlenmiştir. Ancak belirtmeliyiz ki, kanun koyucunun ihbarcıya yönelik koruma iradesi ihbarın yapıldığı her merci için farklılaşmaktadır. Nitekim aşağıda görüleceği üzere ihbarın korunması için aranan şartlar işverenden basına doğru gittikçe katılaşmaktadır.

İhbarcının ihbarı ilk başta şirket içerisinde endişelerini giderebilecek birine yaparak, şirkete kendi bünyesindeki hukuk ihlallerini ve suiistimalleri düzeltme fırsatının tanınması şirketin kendisi söz konusu suiistimalden kaynaklanacak zararlardan sorumlu olacağı düşünüldüğünde hakkaniyete daha uygun olacaktır<sup>132</sup>. Zira şirketin haberdar olmadığı suiistimalleri düzeltilmesi de mümkün olmayacaktır. Bu durum

<sup>125</sup> Ashton (n 118) 34.

<sup>126</sup> Public Interest Disclosure Act 1998 (UK), Section 12.

<sup>127</sup> Public Interest Disclosure Act 1998 (UK), Section 1, 43C.

<sup>128</sup> Public Interest Disclosure Act 1998 (UK), Section 1, 43F.

<sup>129</sup> Public Interest Disclosure Act 1998 (UK), Section 11.

<sup>130</sup> Public Interest Disclosure Act 1998 (UK), Section 1, 43E.

<sup>131</sup> Public Interest Disclosure Act 1998 (UK), Section 13.

<sup>132</sup> Gobert ve Punch (n 118) 40.

hakkaniyetin yanı sıra kurumsal yönetim ve uyum sürecine yönelik ilkelere de daha uygun olacaktır. Çalışmamızın ilk kısmında anıldığı üzere, ihbar mekanizması, uyum sürecinin önemli bir aşaması olan “tespit etme” kısmının bir parçasıdır. İhbarcılarının korunmasının altındaki sebeplerden birisinin hukuki ve etik uyumsuzlukların tespit edilerek şirket içi düzeltme mekanizmalarının harekete geçmesini sağlamak olduğu unutulmamalıdır<sup>133</sup>.

Çalışanlarının şirket içinde sorumlu kişiye veya birime ihbarda bulunması PIDA m. 43C’de düzenlenmiştir. PIDA’nın ilk halinde ihbarcının iyi niyetli olması şartıyla korunacağı sadece m. 43C’de değil PIDA’nın diğer ilgili maddelerinde<sup>134</sup> de düzenlenmişti. Ancak iyi niyet şartının uygulamada sorunlar yarattığı görüldüğünden 2013 yılındaki değişikliklerle kaldırılmıştır. Örneğin *Street v Derbyshire* 135 kararında mahkeme çalışanın, ihbar konusu eylemin gerçek olduğuna dair makul gerekçelerinin bulunmasına rağmen somut olayın şartlarının çalışanın başka bir amacının bulunması halinde iyi niyet şartını sağlayamayabileceğini ifade etmiştir. İhbarın içeriğinden ziyade ihbarcının amacı veya saiki üzerinde durulması, PIDA’yı genel amacından uzaklaştırdığından ve PIDA’nın uygulanmasına zarar verdiğinden eleştirilmiştir<sup>136</sup>. Zira Mahkemenin *Street v Derbyshire* kararındaki görüşünün uygulamada ihbarcının amacı ve saikini tartışma konusu haline getirerek ihbarcıya sağlanan korumanın sulanmasına sebebiyet vermesi mümkündür. Shipman Raporundaki tavsiyelere uygun olarak PIDA’da yapılan değişiklikte PIDA’daki iyi niyet şartı kanun metninden çıkartılmıştır. Ancak ihbarcının iyi niyetli olması şartı PIDA kapsamından tamamen çıkarılmamıştır. Zira, PIDA mahkemeye ihbarcının kötü niyetli olduğuna kanaat getirmesi halinde hükmedeceği tazminatta %25 indirim yapma konusunda takdir yetkisi tanımıştır.

PIDA m 43C şirket içi ihbarları teşvik etmesine rağmen şirketlere bir yükümlülük yüklememektedir. Başka bir ifadeyle şirketler ihbarı incelemek, cevap vermek veya gerekli önlemleri almakla yükümlü değildir. Dolayısıyla şirketlerin ihbarı göz ardı etme ihtimali de bulunmaktadır. Bundan dolayı PIDA m 43F çalışanlara doğrudan ilgili düzenleyici idari kuruluşlara ihbarlarını iletme imkânı tanımaktadır. Ancak ihbarcının m 43F kapsamında korunabilmesi için daha ağır şartları sağlaması gerekmektedir. PIDA m 43F uyarınca yapılacak ihbarda, ihbarcının ihbar konusu eylemin önemli ölçüde doğru olduğuna ve ilgili idari kuruluşun görev alanına girdiğine dair makul gerekçelerinin bulunması gerekmektedir.

Son olarak eklemeliyiz ki, PIDA ihbarcılarının ihbarı son çare olarak kamuyla paylaşmasına cevaz vermiş olsa da bu ihtimali oldukça ağır şartlara tabi kılmıştır.

<sup>133</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz Miceli, Near ve Dworkin (n 44) 2.

<sup>134</sup> 43C, F, G, H

<sup>135</sup> *Street v Derbyshire Unemployed Workers Centre* [2004] 4 All ER 839 (CA).

<sup>136</sup> Ashton (n 118) 35.

Nitekim, PIDA m 43G uyarınca ihbarın makul bir kanaate dayanması, ihbarcının ihbar konusu eylemin önemli ölçüde doğru olduğuna inanması ve ihbarcının şahsi bir menfaatinin olmaması halinde kamuyla paylaşılan ihbar PIDA kapsamında korunacaktır. Ayrıca ihbarcının ihbarı kamuyla paylaşması somut olayın şartlarına göre makul olması gerekmektedir. İhbarcının ihbarı kamuyla paylaşmasının makul olup olmadığı değerlendirilirken suiistimal veya ihlalin ne kadar ciddi olduğu, söz konusu eylemlerin tekrarlanma ihtimallerinin bulunup bulunmadığı veya böyle bir paylaşımın sır saklama yükümlülüğünün ihlali teşkil edip etmediği gibi tüm hususların dikkate alınması gerekmektedir.

PIDA ihbarcılara kapsamlı bir koruma sağlamaktadır. PIDA m 47B uyarınca ihbarcının uğradığı zararlar giderilecektir. Ayrıca geçerli bir ihbarda bulunan bir ihbarcı işten çıkarılmaya, disiplin işlemlerine, yer değişikliğine, maaştaki kesintilere karşı korunacaktır.

#### 4. PIDA'ya Dair Genel Değerlendirme

Yukarıda açıklandığı üzere, Birleşik Krallık tarafından ihbarcılarının korunması amacıyla hazırlanan kanun ihbarcılarının kim olabileceğinden, ihbarın şekline, ihbarın yapılacağı mercie ve ihbarcının nasıl korunacağına kadar çok çeşitli düzenlemeler içermektedir. Her ne kadar dünya çapında kanun karşımıza çıkan ilk ihbarcı koruma düzenlemelerinden olması dolayısıyla büyük öneme sahip olsa da PIDA'nın da çeşitli noktalarda eleştirilere tabi olduğunu eklemeliyiz. Öğretide PIDA'ya getirilen en önemli eleştirilerden biri PIDA'nın aslında beklediği kadar ihbarcılarını teşvik etmediğidir<sup>137</sup>. Bir taraftan PIDA'nın asıl amaçlarından biri işyerlerindeki şeffaflığın artması olmasına rağmen ihbarların önemli ölçüde artmamış olması dolayısıyla PIDA'nın amacına ulaşamadığı ileri sürülebilir. Ancak diğer taraftan da ihbarların şirket içinde çözülmesinden veya ihbarcılarının susturulmasından dolayı ampirik çalışmalara veya medyaya yansımamış olması da muhtemeldir. Öğretide, PIDA'nın sadece belirli olarak sayılan ihbarcılarının korunması nedeniyle ihbarları teşvik etmek noktasında etkisinin sınırlı kaldığı ileri sürülmektedir<sup>138</sup>. Zira çalışanlar en kolay şirket içinde ihbarda bulunmaları halinde hukuki korumaya kavuşacaktır, ancak şirket dışına yapacağı ihbarlarda korunması daha zor olacaktır<sup>139</sup>. Fakat ihbarların ilk başta şirket içindeki birimlere bildirilmesi şirketlerin zarar görmesini engelleyeceği için bu eleştiriye katılmamaktayız. Ayrıca PIDA m 43J uyarınca iş sözleşmelerindeki ihbarı sınırlayan hükümler geçersiz kabul edilmesine rağmen uygulamada iş sözleşmelerinde ihbarı sınırlayan hükümlere yer verilmesi de PIDA'nın etkisini

<sup>137</sup> Ashton (n 118) 30.

<sup>138</sup> David Lewis 'Ten years of Public Disclosure Act 1998 claims: what can we learn from the statistics and recent research?' (2010) 39(3) *ILJ* 325–8.

<sup>139</sup> Richard Hyde ve Ashley Savage, *The Halfway House is Only Halfway Built: Reforming the system of prescribed persons and the Public Interest Disclosure Act 1998* (2019) 25(2) *European Journal of Current Legal Issues*, 2.



sınırlamaktadır<sup>140</sup>. Ek olarak PIDA'nın tam olarak hedefine ulaşip ulaşmadığını tespit etmek son derece güçtür. Zira, PIDA'nın başarıya ulaşması, ihbarcılara sadece hukuki koruma sağlanmasına değil ayrıca ihbarcılarının toplumdaki konumunun ve imajının değişmesine bağlıdır. Son olarak, aşağıda da inceleneceği üzere AB İhbarcılık Direktifinin aksine PIDA, şirketlere ihbarları incelemek, değerlendirmek ve karara bağlamak için bir yükümlülük yüklememektedir. Kanaatimizce, PIDA'nın şirketlerin inceleme yükümlülüğünü düzenlememesi önemli bir eksikliklerdir.

## **B. Amerika Birleşik Devletleri'ndeki İhbarcılık Düzenlemelerinin İncelenmesi**

ABD'de hem federal hem de eyalet düzeyinde ihbarcılığı koruyan düzenlemeler bulunmaktadır<sup>141</sup>. Özel sektörle ilgili olan ihbarcılık düzenlemelerinin çoğunluğu kamu güvenliğine ve sağlığına ilişkin ihlalleri paylaşan ihbarcılığı korumaktadır<sup>142</sup>. Enron ve Worldcom kurumsal yönetim krizleri neticesinde 2002 yılında kabul edilen Sarbanes-Oxley Kanunu<sup>143</sup> ("Sarbanes-Oxley Act (SOX) of 2002") şirket içi usulsüzlükler ve suiistimalleri ihbar eden ihbarcılığı korumaktadır. 2010 yılında Dodd-Frank Yasasının (Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act)<sup>144</sup> kabul edilmesiyle birlikte şirketlerin kamuyu aydınlatma yükümlülükleri de önemli ölçüde genişlemiştir. SOX ve Dodd-Frank Yasaları, şirketlerin uyum yükümlülüklerini düzenleyen, birbirleriyle iş birliği içinde olan ve birbirlerini tamamlayan iki yasadır. Dodd-Frank Yasası, birçok SOX hükmüne atıf yapmakta ve ABD Hükümetine muhtemel sermaye piyasası hukuku ihlallerini araştırma yetkisi vermektedir. Dodd-Frank Yasasıyla getirilen iki önemli yenilik ABD Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonu (US Securities and Exchange Commission) bünyesinde bir ihbarcılık biriminin kurulması (SEC's Office of the Whistleblower) ve ihbarcılarının korunmasıdır<sup>145</sup>.

### **1. SOX Kanunu**

ABD'de SOX Kanunu 2002 yılında kabul edilmiştir. SOX Kanunu'nun kabul edilmesinden sonra şirketlerin muhtemel suiistimalleri, yolsuzlukları ve hukuka aykırılıkları tespit edebilmek için uyum ve iç denetim programlarını oluşturmaları gerekmiştir<sup>146</sup>. SOX, şirket içinde uyum kültürünü arttırarak çalışanların hukuk dışı eylemleri şirket dışı kaynaklara ihbar etmeden önce şirket içinde raporlamasını

<sup>140</sup> Ashton (n 118) 39.

<sup>141</sup> Örneğin False Claim Act, 31 U.S.C. § 3730; the Insider Trading and Securities Enforcement Act of 1988, 26 U.S.C. § 7623.

<sup>142</sup> Bkz Daniel Westman, 'The Significance of the Sarbanes-Oxley Whistleblower Provisions' (2005) 21 *LAB. LAW.* 141, 141.

<sup>143</sup> Sarbanes-Oxley Act of 2002, Pub.L. No. 107-204, § 806, 116 Stat. 745, 802-04.

<sup>144</sup> Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub. L. No. 111-203, 124 Stat. 1376 (2010)

<sup>145</sup> 15 U.S.C. §§ 78u-6(b)-(c) (2012).

<sup>146</sup> U.S. Doj Crim. Div. & U.S. Secs. & Exch. Comm'n Enf. Div., A Resource Guide To The U.S. Foreign Corrupt Practices Act 56.



teşvik eden iç raporlama ve soruşturma süreçlerini güçlendirmektedir<sup>147</sup>. SOX m 301 uyarınca halka açık şirketlerin kalıcı bağımsız denetim komiteleri kurmaları gerekmektedir. Denetim komitelerinin muhasebe kayıtlarına veya denetime ilişkin şikayetlerin kendilerine ulaşabilmesi için şirket içi mekanizmalarının oluşturulması öngörülmüştür. Ayrıca denetim komitelerinin çalışanların şüpheli muhasebe uygulamalarını veya denetime ilişkin hususları kimliklerini gizleyerek bildirebilecekleri şirket içi mekanizmaları da kurmaları gerekmektedir<sup>148</sup>. SOX’da öngörülen yükümlülükler şirketleri güçlü şirket içi denetim ve soruşturma mekanizmaları kurmaya zorlamaktadır<sup>149</sup>.

SOX’un kabul edilmesiyle ilk defa sermaye piyasası hukukunu ihlal edebilecek nitelikteki finansal usulsüzlükleri ihbar eden ihbarcılarının korunmasına ilişkin düzenleme yapılmıştır. SOX’un amaçlarından bir tanesi de şirket içi usulsüzlüklerin ve suiistimallerin şirket yöneticileri ve çalışanlar aracılığıyla ortaya çıkarılmasıdır<sup>150</sup>.

SOX m. 806 ihbarcılara sağlanan korumayı düzenlemektedir. Bu hükme göre, ABD Menkul Kıymetler Borsalar Kanunu’na tabi bir şirket çalışanı makul gerekçelerle bu kanunun 1341, 1343, 1344 ve 1348 maddelerini veya SEC düzenlemelerini ihlal ettiğini düşündüğü eylemleri ya da pay sahiplerine karşı yaptığı hukuk ihlallerini denetleyici kuruluşlara, senato üyelerine veya şirket içindeki yetkili birine ihbar ettiği takdirde şirket, ihbarcıya karşı cezalandırma, tenzil, taciz gibi misillemelerde bulunamayacaktır. Öğretide, SOX m 806’nın üst gözetimin karşılığı olarak alttan denetimi başlatacağı savunulmaktadır<sup>151</sup>. Şirketin günlük aktivitelerinden haberdar olan çalışanlar finansal usulsüzlükleri bildirmeleri halinde SOX kapsamında korunmaktadır. Ayrıca SOX’tan önce sadece kamu güvenliğine veya sağlığına ilişkin ihbarlar korunmakta iken SOX ile birlikte ihbarların koruma kapsamı da oldukça genişletilmiştir<sup>152</sup>.

İşveren tarafından bir misillemeye veya ayrımcılığa uğrayan ihbarcının 90 gün içerisinde ABD Çalışma Bakanlığına (Department of Labor) başvurması gerekmektedir<sup>153</sup>. İhbarcının başvurusu kabul edilirse ihbarcı somut olayın şartlarına göre işe iadeye, maddi ve manevi tazminata hak kazanmaktadır<sup>154</sup>.

<sup>147</sup> Orly Lobel, ‘Lawyering Loyalties: Speech Rights and Duties Within Twenty-First-Century New Governance’, (2009) 77 *FORDHAM L. REV.* 1245, 1250.

<sup>148</sup> 15 U.S.C. § 78j-1(m)(4)(B) (2012).

<sup>149</sup> Lobel (n 137) 1251.

<sup>150</sup> Valerie Watnick, ‘Whistleblower Protections Under The Sarbanes-Oxley Act: A Primer And A Critique’ (2007) 12 *Fordham Journal Of Corporate & Financial Law*, 830, s. 832.

<sup>151</sup> Westman (n 142) 143.

<sup>152</sup> Westman (n 142) 141.

<sup>153</sup> 18 U.S.C. § 1514A(b)(D).

<sup>154</sup> Mahkeme kararlarında ihbarcının itibarındaki zararın da giderilmesi gerektiği hususu vurgulanmıştır. *Hanna v. W.L.I. Communities*, 348 F. Supp. 2d 1332, 34 (S.D. Fla. 2004), *Mahony v. Keyspan Corp* 2007 U.S. Dist. LEXIS 22042 (S.D.N.Y. 2007). İşe iade için bkz *Procedures for the Handling of Discrimination Complaints Under the Sarbanes-Oxley Act of 2002*, 69 Fed. Reg. 52,104-08.

İhbarcı başvurusunda ilk başta işten çıkarma, tenzil gibi işveren tarafından alınan kararda ihbarın rol oynadığını göstermek zorundadır<sup>155</sup>. Aksi takdirde başvuru reddedilecektir. Eğer yargılamaya devam edilecek olursa, SOX ihbarcılar ve işverenler bakımından farklı ispat yükü öngörmüştür. Çoğu hukuk davasında davacı ile davalı, iddia ve savunmalarını “kanıt üstünlüğü”<sup>156</sup> (the preponderance of the evidence) ile ispatlamaları gerekmektedir. SOX uyarınca ihbarcılar iddialarını “kanıt üstünlüğü”ne göre ispatlamaları gerekirken davalı ihbarcıya misillemede bulunmadığını açık ve ikna edici delillerle ispatlamak zorundadır<sup>157</sup>. İşveren, ihbarcının iş akdini feshetmesinde meşru ve objektif haklı sebeplerinin olduğunu ve feshin ihbarla bir ilgisinin olmadığını açık ve ikna edici delillerle ispatlamak durumundadır<sup>158</sup>. Dolayısıyla davalı işverenler daha ağır ispat yükünü taşımaktadır. İhbarcının, işverene karşı açtığı davada ilk olarak SOX kapsamında “korunan eylem”de (protected activity) bulunduğunu ispatlaması gerekmektedir<sup>159</sup>. Davacının gerçekten ihlalin var olduğunu ispatlaması gerekmemektedir. İhlalin gerçekleştiğine dair makul gerekçelerinin olması yeterlidir<sup>160</sup>. Mahkeme ihbarcının ihlalin var olduğuna dair makul gerekçelerinin bulunmasının aynı zamanda iyi niyeti kapsadığına içtihat etmiştir<sup>161</sup>. İhbarcının işverene karşı açacağı davanın ikinci şartı ise işverenin ihbarcı aleyhine karar aldığı anda ihbarcının korunan eyleminden haberdar olması gerekmektedir<sup>162</sup>. Üçüncü şart olarak ihbarcı işverenin dava konusu karar almasında ihbarın rol oynadığını göstermelidir<sup>163</sup>. Dördüncü olarak ise ihbarcının işverenin ihbar neticesinde herhangi bir olumsuz eylemde bulunduğunu ortaya koyması yeterlidir. İhbarcı illa ki iş sözleşmesinin feshi veya maaşa indirim gibi ağır yaptırımları göstermek zorunda değildir, daha hafif yaptırımları ispatlaması yeterli olacaktır<sup>164</sup>.

SOX’un getirdiği bir önemli değişiklik ise isimsiz şikayetlere ciddiye kazandırmış olmasıdır. SOX’tan önce çalışanların isimsiz ihbarlarının ciddiye alınması son derece düşük bir ihtimaldi<sup>165</sup>. İsimsiz ihbarları soruşturmak ve incelemek de mümkün olmayabilir. Ancak SOX m. 301 uyarınca denetim komiteleri isimsiz ihbarları değerlendirmek ve incelemek zorundadır. Bu nedenle, çalışanlar isimsiz de olsa ihbar ettikleri eylemlerin soruşturulacağını, inceleneceğini ve değerlendirileceğini

<sup>155</sup> Watnick (n 150) 837.

<sup>156</sup> Kanıt üstünlüğü (the preponderance of the evidence), hâkim veya jürinin bir tarafın delilinin diğer tarafın deliline nazaran daha gerçek ve doğru olduğuna karar vermesi anlamına gelmektedir.

<sup>157</sup> Stone & Webster Eng’g Corp. v. Herman, 115 F.3d 1568, 1572.

<sup>158</sup> 69 Fed. Reg. 52,106.

<sup>159</sup> 18 U.S.C. § 1514A; Mahkeme *Carnero v. Boston Sci. Corp.* kararında şirketin denizaşırı bağlı şirketindeki yabancı çalışanın SOX kapsamında çalışan olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir. Bkz, *Carnero v. Boston Sci. Corp.*, 433 F.3d 1, 17-18; ayrıca bkz *Beck v. Citicorp., Inc.*, Case No. 2006-SOX-00003 (August 1, 2006).

<sup>160</sup> *Collins v. Beazer Homes USA, Inc.*, 334 F. Supp. 2d 1365, 1376 (N.D. Ga. 2004).

<sup>161</sup> *Collins v. Beazer Homes USA, Inc.*, 334 F. Supp. 2d 1365, 1376 (N.D. Ga. 2004).

<sup>162</sup> *Richards v. Lexmark Int’l, Inc.*, 2004 DOLSOX LEXIS 106, \*34, 39 (Oct. 1, 2004).

<sup>163</sup> *Marano v. Dep’t of Justice*, 2 F.3d 1137, 1140 (Fed. Cir. 1993).

<sup>164</sup> Watnick (n 150) 853.

<sup>165</sup> Westman (n 142)149.

bildikleri için isimsiz olarak ihbarda bulunmaktan çekinmeyeceklerdir. Öğretide, SOX'un sadece düzenleyici kuruluşlara, kongre komitelerine veya şirket içinde sorumlu birime sunulan bilgilere koruma sağladığı ifade edilmekte ve sadece Menkul Kıymetler Borsalar Kanunu'na tabi şirketlerdeki ihbarların koruma kapsamında olması nedeniyle ihbarcılarının korunmasının dar kapsamda kalması eleştirilmektedir<sup>166</sup>.

## 2. Dodd-Frank Yasası

Dodd-Frank Yasası da ihbarcılara yönelik düzenlemeler ihtiva etmektedir. Dodd Frank m 922, SOX'da ihbarcılara tanınan korumaları ve teşvikleri genişletmiştir<sup>167</sup>. Dodd-Frank m 922 herhangi bir sermaye piyasası hukuku ihlallerine ilişkin ihbarları koruma kapsamına almıştır. Yine ilgili madde ile ihbarcının haksız bir şekilde işten çıkarılması ve işe iade edilmesi halinde hak kazanacağı fark ödemelerinin iki katını talep edebileceği düzenlenmiştir<sup>168</sup>. Dodd-Frank ayrıca ihlallerin bildirilebileceği uzun bir süre tanımaktadır. Buna göre, ihbarcılarının ihlalin gerçekleşmesinden 6 yıl içinde veya ihlali öğrendikten sonra 3 yıl içinde ihlali bildirmeleri gerekmektedir<sup>169</sup>. Dodd-Frank SOX'da öngörülen usul kurallarını hafifletmiştir. İhbarcılar ABD Çalışma Bakanlığına başvurmadan doğrudan mahkemeye başvurabileceklerdir<sup>170</sup>.

Dodd-Frank m 922'de sermaye piyasası hukuku ihlallerini bildiren kişilere ödül verileceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda Dodd-Frank ihbarcı teşvik programını ve SEC bünyesinde ihbarcılar birimi kurmuştur. İhbarcı ödül programı çerçevesinde, SEC'in ihbarcılarının aktardığı bilgiler neticesinde 1 milyon USD'yi aşan ceza düzenlemesi halinde ihbarcıya toplam cezanın %10'dan %30'a kadar ödül verilmesi konusunda SEC'e takdir yetkisi tanınmıştır. SEC bünyesinde İhbarcılar Birimi kurulmuştur ve bu departman ihbarcılara ödül vermektedir<sup>171</sup>.

Dodd-Frank Yasası ayrıca ihbarcılara sağlanan korumayı genişletmiştir. Dodd-Frank m 922'de koruma sağlanan ihbara konu 'yeni/kaynak bilgi' (the original information) kavramı tanımlanmıştır<sup>172</sup>. Buna göre, yeni bilgi kavramı, ihbarcının kendi bağımsız bilgi birikimine veya analizine dayanan, ihbarcı olmasaydı SEC

<sup>166</sup> Jenny Lee, 'Corporate Corruption & the New Gold Mine: How the Dodd-Frank Act Overincentivizes Whistleblowing' (2011) 77(1) *Brooklyn Law Review* 303, 307.

<sup>167</sup> Dave Ebersole, 'Blowing The Whistle On The Dodd-Frank Whistleblower Provisions' (2011) 6(1) *Ohio State Entrepreneurial Business Law Journal* 123, 126.

<sup>168</sup> 15 U.S.C. §§ 78u6(h)(1)(C)(i)–(iii).

<sup>169</sup> 15 U.S.C. § 78u-6(h)(1)(B)(iii).

<sup>170</sup> Recent Legislation, 'Congress Expands Incentives for Whistleblowers to Report Suspected Violations to the SEC', *124 Harv. L. Rev.* 1829.

<sup>171</sup> Ödül kararları için bkz <https://www.sec.gov/whistleblower/final-orders-of-the-commission>.

<sup>172</sup> 15 USC §78u-6(a) 'the term 'original information' means information that "(A) is derived from the independent knowledge or analysis of a whistleblower; "(B) is not known to the Commission from any other source, unless the whistleblower is the original source of the information; and "(C) is not exclusively derived from an allegation made in a judicial or administrative hearing, in a governmental report, hearing, audit, or investigation, or from the news media, unless the whistleblower is a source of the information'.

tarafından bilinmeyen ve tamamen bir yargılama veya idari soruşturmaya, hükümet araştırma raporuna veya haberlere dayanmayan bilgiyi ifade etmektedir. Dodd-Frank m 922'ye göre ihbarcı SEC'e menkul kıymetler kanununun veya düzenlemenin veya kuralının ihlali bildiren bir veya birlikte hareket eden iki veya daha fazla kişiyi ifade etmektedir<sup>173</sup>. Dodd-Frank ihbarcı tanımını da genişletmiştir. Buna göre ihbarcının mutlaka şirket çalışanı olması gerekmemektedir. Dodd-Frank ayrıca ihbarcı hükümlerinin uygulanacağı şirketleri de genişletmiştir. Dodd-Frank m 922 uyarınca ihbarcılık hükümleri sadece ABD Menkul Kıymetler Borsalar Kanunu'na tabi şirketlere değil bu şirketlerin yavru şirketlerine de uygulanacaktır.

Öğretide Dodd-Frank Kanununda düzenlenen ödül programının ihbarcıları gereğinden fazla teşvik edeceği ve dolayısıyla gereksiz iş yükü yaratacağı ifade edilmektedir<sup>174</sup>. Ayrıca ödül programından dolayı ihbarların sayısının artma ihtimaline karşın niteliğinin düşme ihtimalinin mevcut olduğu ileri sürülmüştür<sup>175</sup>. Ek olarak, ödül programından ziyade SEC'in ihbarları inceleme kapasitesinin, yeterliliğinin ve idari verimliliğinin artırılmasının üzerinde durulması gerektiği savunulmuştur<sup>176</sup>. Ödül programına getirilen eleştirilerden diğeri ise şirket içi raporlamayı önemli ölçüde azaltma ihtimalinin bulunmasıdır<sup>177</sup>. Zira ihbarcıların önemli bir kısmının ödül almak için doğrudan SEC'e bildirimde bulunma ihtimalleri mevcuttur. Ayrıca kapsamlı ve detaylı regülasyonlar ve standartlar ihbarcıları için bir risk teşkil etmektedir. Zira regülasyonların ve standartların ihlal edilip edilmediği her zaman kolayca anlaşılabilir ve nihayetinde ihbarcının kariyerine zarar verme ihtimali bulunmaktadır. Son olarak çalışanlar SEC'e ihbarda bulunarak önemli ölçüde kazanç elde etme imkânı bulunduğundan ödül programının varlığının çalışanları şirket içi uyum birimlerine değil de doğrudan SEC'e ihbarda bulunmaya teşvik edeceği ileri sürülmektedir<sup>178</sup>. Bu da şirket içi çözüm mekanizmalarını etkisiz hale getirecek ve şirkete söz konusu eylemi araştırma ve düzeltme imkânı vermeden şirkete zarar verebilecektir. Ayrıca Dodd-Frank'te yapılan ihbarcı tanımını da çalışanları doğrudan SEC'e başvuru yapmaya yönlendirmektedir. Mahkeme *Digital Realty Trust, Inc. v. Somers* kararında, Dodd-Frank m 922'de ihbarcı sermaye piyasası hukuku ihlallerini SEC'e bildiren kişi olarak tanımlandığından SEC'e bildirim yapmayan kişinin ihbarcı korumasından faydalanamayacağını içtihat etmiştir<sup>179</sup>. Kanaatimizce, ödül programının muhafaza edilmesinde fayda bulunmaktadır. Zira ihbarcıları genellikle bildirimde bulunmak ve kariyerlerini riske atmak arasında bir tercih yapmak zorunda

<sup>173</sup> 15 U.S.C. § 78u-6.

<sup>174</sup> Lee (n 169) 314.

<sup>175</sup> Ebersole (n 167) 128.

<sup>176</sup> Ebersole (n 167) 129.

<sup>177</sup> Drew Harker et al., 'Whistleblower Incentives and Protections in the Financial Reform Act' (2010) 127 *Banking Law Journal* 779, 781.

<sup>178</sup> Ebersole (n 167) 137.

<sup>179</sup> *Dig. Realty Tr., Inc. v. Somers*, 138 S. Ct. 767, 772–73 (2018); detaylı inceleme için bkz Todd Shaw, 'When Text And Policy Conflict: Internal Whistleblowing Under The Shadow Of Dodd-Frank' (2018) 70(3) *Administrative Law Review* 674.

kaldığından ödül programının gerekli olduğunu düşünmekteyiz. Ancak ihbarcılar ilk başta şirket içi mekanizmalara başvurmaya yöneltecek düzenlemelerin yapılması ihbar konusu eylemlerin hızlı ve ucuz bir şekilde düzeltilmesi bakımından faydalı olacaktır.

### C. Avrupa Birliği (AB) Hukukunda İhbarcılarının Korunması

2019/1937 sayılı Avrupa Birliği İhbarcılık Direktifi 16 Aralık 2019 tarihinde kabul edilmiş ve yürürlüğe girmiştir<sup>180</sup>. Direktif'ten önce AB hukukunda bazı düzenlemelerde ihbarcılarının korunması düzenlenmişti. Örneğin finansal krizden sonra AB hukukunun etkili bir şekilde uygulanmadığının ortaya çıkması üzerine denetçilerden piyasa suiistimaline kadar ilgili düzenlemelerde ihbarcının korunmasına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir<sup>181</sup>. Ancak doğrudan ihbarcılarını düzenleyen ve koruma sağlayan yeknesak bir düzenleme mevcut değildi. Hatta çoğu AB ülkesinde ihbarcılarının korunmasına ilişkin düzenleme bulunmamaktaydı<sup>182</sup>. Avrupa Konseyi'nin ihbarcılarının korunmasına yönelik kabul ettiği kararlar ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ihbarcılar lehine verdiği karar AB'yi ihbarcılarının korunmasına ilişkin düzenleme yapmaya itmiştir<sup>183</sup>. Bunlara ek olarak, AB seviyesinde ihbarcılara sağlanan minimum korumaların yeknesaklaştırılması fikrinin ortaya çıkmasında Panama Belgeleri, SwissLeaks, LuxemburLeaks skandalları da rol oynamıştır<sup>184</sup>. İhbarcılara ilişkin düzenlemenin Etki Değerlendirmesinde (Impact Assessment), ihbarcılarının korunmasının AB hukukunun etkin uygulanması, AB hukuk ihlallerinin tespit edilmesi ve bu ihlallerin soruşturulması için bir gereklilik olduğu vurgulanmıştır<sup>185</sup>.

#### 1. İhbarcılık Direktifinin Amacı, Kapsamı ve İçeriği

İhbarcılık Direktifi, AB üye devletlerinin ülke bazında ihbarcılara sağlaması gereken asgari korumayı düzenlemektedir. Bu bakımdan üye devletlerin daha güçlü korumayı benimsemeleri mümkün olacaktır. İhbarcılık Direktifi'nin temel amacı AB hukuk ihlallerini bildiren ihbarcılara tanınacak asgari korumayı düzenleyerek

<sup>180</sup> Directive (EU) 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019 on the protection of persons who report breaches of Union law [2019] OJ L305/17.

<sup>181</sup> Communication of 8.12.2010 "Reinforcing sanctioning regimes in the financial services sector" 10 [https://ec.europa.eu/info/publications/2017-european-semester-country-specific-recommendationscommission-recommendations\\_en](https://ec.europa.eu/info/publications/2017-european-semester-country-specific-recommendationscommission-recommendations_en)

<sup>182</sup> European Commission, Commission Staff Working Document, Impact Assessment accompanying the document of the proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law COM (2018) 218 final, 2 erişim tarihi 10 Mart 2023 (Commission's Impact Assessment)-<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018SC0116&qid=1646987173822&from=EN>.

<sup>183</sup> Vigjilenc Abazi, 'The European Union Whistleblower Directive: A 'Game Changer' for Whistleblowing Protection?' (2020) 49(4) *Industrial Law Journal* 640, 642.

<sup>184</sup> Dimitrios Kaferanis, 'The future of the Whistle-blowing Directive: criticising its legal bases' (2021) 1 *Queen Mary Law Journal* 65, 66.

<sup>185</sup> Impact Assessment (n 182) 2.

AB hukuk ve politikalarının uygulanmasını güçlendirmektedir<sup>186</sup>. İhbarcılık Direktifi kamu ve özel sektörlerini kapsamaktadır<sup>187</sup>. Bu bakımdan AB düzenlemesinin Birleşik Krallıktaki PIDA'ya paralel, ABD'deki korumadan daha kapsamlı olduğu söylenebilecektir.

İhbarcılık Direktifi konu bakımından kamu ihalelerine, finansal hizmetlere, kara paranın aklanmasının ve terörizmin finansmanının önlenmesine, ürün güvenliğine, taşıma güvenliğine, çevrenin korunmasına, nükleer güvenliğe, yiyecek, tohum ve hayvan güvenliği ve sağlığına, kamu sağlığına, tüketici korumasına, kişisel verilerin korunmasına, Birliğin finansal çıkarlarına, iç piyasa düzenlemelerine ilişkin ihbarları kapsamaktadır<sup>188</sup>. İhbarcılık Direktifi, milli güvenlik bilgilerine ilişkin ihbarları koruma kapsamına dahil etmemiştir<sup>189</sup>.

## 2. Direktifte İhbarcı Kavramı

İhbarcılık Direktifi kişi bakımından ise ihbarcı kavramını geleneksel ihbarcı kavramından daha geniş tanımlamıştır. İhbarcılık Direktifi m 4 ihbarcı tanımına çalışanları, gönüllüleri, maaşlı veya maaşsız stajyerleri, yüklenicileri, alt yüklenicileri, tedarikçileri, işe alım sürecine katılanları, işe alım süreci başlayan adayları, eski çalışanları, pay sahiplerini, şirket yönetim organında görev alanları ve memurları dahil etmiştir. Direktifin dikkat çekici düzenlemelerinden bir tanesi de ihbarcılara sağlanan korumanın ihbarcının iş arkadaşlarına, ihbarcının işvereniyle iş, tüketici veya hizmet ilişkisi içerisinde olan akrabalarına, sendika veya çalışan temsilcilerine kadar genişletilmiş olmasıdır<sup>190</sup>. Bu kadar geniş koruma sağlanması İhbarcılık Direktifini hem Birleşik Krallıktaki hem de ABD'deki düzenlemelerle kıyaslandığında öne çıkarmaktadır. Bu geniş korumanın ihbarcılarının gerçek hayatta yaşadığı sıkıntılara cevap verebilecek nitelikte ve aslında böyle bir korumanın gereklilik olduğu vurgulanmaktadır<sup>191</sup>. Zira, sadece ihbarcılarının kendileri değil yakın çevresindeki insanlar da baskı ve ayırmıcılığa maruz kalmaktadır.

Bir ihbarcının İhbarcılık Direktifi kapsamında korumadan faydalanabilmesi için ihbar tarihinde ihbar konusu eylemin doğru olduğunu ve direktifte düzenlenen AB ihlallerinden birini teşkil ettiğini düşünmesi için makul gerekçelerinin bulunması gerekmektedir<sup>192</sup>. İhlallere ilişkin bilgi Direktif m 5'te tanımlanmıştır. Buna göre, ihbar teşkil edecek bilgiler, ihbarcının halen çalışmakta olduğu iş yerinde veya daha önce çalıştığı iş yerinde veya işi dolayısıyla bağlantıda olduğu başka bir iş yerinde

<sup>186</sup> İhbarcılık Direktifi m 1.

<sup>187</sup> Abazi (n 183) 646.

<sup>188</sup> İhbarcılık Direktifi m 2.

<sup>189</sup> İhbarcılık Direktifi m 3/2.

<sup>190</sup> İhbarcılık Direktifi Gerekeçe para 41.

<sup>191</sup> Abazi (n 183) 648.

<sup>192</sup> Abazi (n 183) 648.

gerçekleşen fiili veya olası ihlaller ve bu ihlalleri gizlemek için yapılan eylemler hakkındaki makul şüpheyi ifade etmektedir. İhbarcılık Direktifi m 5'teki şartlar sağlandığında ihbarcı Direktifte öngörülen tüm korumalardan faydalanacaktır. İhbarcılık Direktifi m 19-20 uyarınca m. 4'te sayılan kişilerin terfiini engellemeyi, tenzil, eğitimden mahrum bırakmayı çalışan sicilini olumsuz doldurmayı, haksız muameleyi, iş sözleşmesini yenilemekten kaçınmayı, kara listeye almayı, lisansı iptal gibi misillemelerde ve misilleme teşebbüslerinde bulunmayı yasaklamaktadır.

İhbarcılık Direktifinin ihbarcıya sağladığı en önemli kolaylıklardan bir tanesi de ispat yükününün yer değiştirmesidir. Direktif m 19'ta öngörülen misilleme hareketlerinden herhangi birini yasaklamıştır. İhbarcının sadece Direktif kapsamında ihbarda bulunduğunu ve misillemeye uğradığını göstermesi yeterli olacaktır. Bunun dışında ihbarcının ihbar ile misilleme arasında bir illiyet bağıını göstermesine gerek yoktur. Direktif m 21/5 uyarınca ispat yükü işveren üzerinde olacaktır. İşverenin ihbarcıya karşı aldıkları tedbirlerin ihbar neticesinde alınmadığını ispatlaması gerekmektedir.

### 3. İhbarın Yapılış Şekline Göre İhbarcının Korunma Olasılığı

Son olarak Direktif uyarınca ihbarcının korunup korunmayacağını tespitinde ihbarın nasıl yapıldığı önem arz etmektedir. Direktifte 3 farklı raporlama kanalı düzenlenmiştir: iç bildirim kanalları, dış bildirim ve kamuya bildirim. Direktifin kabul edilme sürecinde Almanya ve Fransa başta olmak üzere bazı ülkeler ilk önce iç bildirim kanallarının kullanılma zorunluluğunun öngörülmesini talep etmişlerdir<sup>193</sup>. Direktifte ise üye devletlerin ihbarın iç kanallar yoluyla etkin bir şekilde ele alınabileceği ve ihbarcının misilleme riskinin bulunmadığı durumlarda iç bildirim yollarıyla ihbarı teşvik etmesi gerektiği hususu vurgulanmıştır<sup>194</sup>.

İç bildirim kanalları, şirketlere ve kamu kurumlarına en ciddi yükümlülük getiren bildirim kanalıdır. Direktif m 8 uyarınca 50'den fazla çalışanı olan şirketlerin iç bildirim ve takip kanallarını kurmaları gerekmektedir. İç bildirim kanalları şirket içinde bu amaca özgülünmüş bir kişi tarafından veya birim tarafından kontrol edilebileceği gibi dışarıdan 3. kişi tarafından da kontrol edilebilir. İç bildirim kanallarının aşağıdaki nitelikleri taşıması gerekmektedir:

- Bildirim kanallarının ihbarcının kimliği ve ihbarda adı geçen 3. kişilerin bilgilerini koruyacak ve yetkili olmayan kişilerin bu bilgilere erişimini engelleyecek şekilde oluşturulması ve çalıştırılması gerekmektedir.

<sup>193</sup> Abazi (n 183) 649.

<sup>194</sup> İhbarcılık Direktifi m 7/2.



- Bildirim kanalı ihbarı aldıktan sonra 7 gün içerisinde ihbarın alındığına dair belgeyi ihbarcıya vermelidir.
- İhbarın takip edilmesi için ihbarcıyla iletişimi koruyacak ve gerektiğinde ek belge ve bilgileri ihbarcıdan talep edecek yetkin ve tarafsız kişinin veya birimin (ihbarı teslim alan kişiler de olabilir) atanması gerekmektedir.
- İhbarın, atanan kişi tarafından özenle takip edilmesi gerekmektedir.
- Üye ülkenin takdirine bağlı olmak üzere anonim ihbarların özenle takip edilmesi gerekmektedir.
- İhbarcıya ihbarın ulaştığına dair belgenin verildiği tarihten itibaren 3 ay içerisinde, ihbarın ulaştığına dair onayın bulunmaması halinde 7 günlük sürenin dolmasından itibaren 3 ay içerisinde geri bildirim yapılması gerekmektedir.

Şirket içi bildirim kanallarında 7 günlük ve 3 aylık sürelerin öngörülmesi son derece önemlidir. Bu şekilde şirketler ihbarları disiplinli bir şekilde incelemesi için teşvik edilmektedir. Ayrıca ihbarcı ihbarını yazılı veya sözlü olarak da gerçekleştirebilecektir.

Dış bildirim ise Direktif m 10'da düzenlenmiştir. Direktif m 10 uyarınca üye devletler ihlallere ilişkin ihbarları almak, işlemek, takip etmek ve geri bildirimde bulunmak için bağımsız ve yeterli kaynağa sahip idari kuruluşları belirlemelidir. İç bildirim kanalında olduğu gibi dış bildirim kanalına yapılan ihbarın yapılmasından itibaren 7 gün içerisinde ihbarcıya ihbarın alındığına dair onay belgesi verilmelidir. Belirlenen idari kuruluş ihbarcıya 3 ayı geçmeyen makul bir süre içerisinde veya haklı gerekçelerin varlığı halinde ise en geç 6 ay içerisinde dönüş yapmalıdır. İç bildirim kanalının aksine Direktif m 11/2-b uyarınca ilgili kuruluşun ihbarın alındığına dair onay belgesi vermesinin ihbarcıya zarar vereceği kanaatinde olması halinde ihbarcıya onay belgesi verilmeyebilir. Bu noktada takdir yetkisi ilgili idari kuruluşa verilmiştir.

Son olarak ihbarcı medya, sosyal medya gibi kanalları kullanarak kamuya da bildirim yapabilecektir. Ancak ihbarcının Direktif kapsamında korunabilmesi için kamuya bildirim belirli şartlara tabi kılınmıştır. Buna göre, ihbarcının Direktif m 15 uyarınca kamuya bildirim yapabilmesi için iç veya dış bildirimde bulunmasına rağmen belirtilen süreler içerisinde ihbara yönelik herhangi bir işlemin yapılmaması gerekmektedir. Ancak ihbarcının söz konusu ihlalin acil durum veya geri dönüşü olmayan bir zarar ihtimali gibi kamu menfaatine ilişkin yakın ve açık tehlike oluşturduğuna veya dış bildirim kanallarının kullanılması halinde misilleme riskinin veya ihlalin etkili bir şekilde araştırılma ihtimalinin düşük olduğuna dair makul gerekçelerinin olması halinde ihbarcı doğrudan ihbarı kamuya yapabilecektir.



#### 4. Üye Ülkelerin İç Hukuklarını Direktifle Uyumlu Hale Getirmesi

Direktif'in varlığı AB üye ülkelerinde ihbarcılığın korunması açısından büyük önem arz etmektedir. İhbarcılık Direktifi ihbarcılığın haklarını önemli ölçüde genişletirken aynı zamanda AB'deki kuruluşlar için çok sayıda yükümlülük ortaya koymaktadır<sup>195</sup>. Bazı ülkeler, Direktif'i olduğu gibi kabul etmeyi seçerken bazıları kendi içinde daha iyi bir koruma sağlamayı hedefleyebilmektedir. Direktif'in 17 Aralık 2021 tarihine kadar üye ülkelerin iç hukuk ile uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir. Ancak şu ana kadar sadece Danimarka, Portekiz, İsveç, Malta ve Litvanya bu süreci tamamlayarak Direktife uyum sürecini tamamlamıştır<sup>196</sup>. Bu beş ülkede şirketlere ve işverenlere Direktif ile uyum sürecini tamamlamaları için belli süreler verilmiştir. Buna karşılık, Almanya, Macaristan ve İtalya gibi bazı ülkelerde uyuma yönelik kanun tasarıları henüz hazırlanmamıştır<sup>197</sup>. Diğer AB ülkelerinde<sup>198</sup> ise çeşitli seviyelerde Direktife uyum çalışmaları devam etmektedir<sup>199</sup>.

Bazı üye ülkelerde sürecin yavaş ilerlemesinin en önemli sebebi AB İhbarcılık Direktifinin STK'lar, pay sahipleri, işverenler ve çalışma grupları gibi çevrelerce eleştirilmesi ve Direktif'in iyileştirilmesi gerektiğinin düşünülmesidir. İhbarcılık Direktifi ile Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) arasında çelişkili noktaların varlığı üye ülkelerce vurgulanmaktadır. Zira İhbarcılık Direktifi'nin uygulanması, AB veri koruma ve gizlilik düzenlemeleriyle uyumlu olmalıdır<sup>200</sup>. Özellikle unutulma hakkı, bilgiye erişim hakkı ve geçerli rıza ve ihbarcılığın anonim kalması ile ilgili hususlarda çelişkilere rastlamak mümkündür<sup>201</sup>. Örneğin, İhbarcılık Direktifinin 9.1(a) maddesi ve GDPR'nin 14.2(f)<sup>202</sup> maddesi arasında bir çelişki bulunmaktadır. Bu iki madde farklı tarafların çıkarlarını korumayı amaçlamaktadır. Nitekim, AB İhbarcılık Direktifi rapor eden kişiyi korurken GDPR, rapor edilen kişiyi korumayı amaçlamaktadır. GDPR m 14 2(f) uyarınca kişisel verilerin veri sahibinden alınmadığı hallerde kişisel verilerin kamunun erişebileceği kaynaklardan gelip gelmediğine bakılmaktadır. Dolayısıyla kişisel verilerin ilgili kişiden başka

<sup>195</sup> Jan Tadeusz Stappers, 'EU Whistleblower Protection Directive: Europe on Whistleblowing' (2021) *ERA Forum* 22, 87–100, 99.

<sup>196</sup> Marie Terracol, 'Are EU Countries Failing To Protect Whistleblowers? - Blog' (Transparency.org, 2021) <<https://www.transparency.org/en/blog/eu-countries-failing-protect-whistleblowers>> erişim tarihi 13 Mart 2023.

<sup>197</sup> ibid.

<sup>198</sup> Belçika (özel sektörde sınırlı olacak şekilde), Hırvatistan, Çek Cumhuriyeti, Finlandiya, Finlandiya, İrlanda, Letonya, Polonya, Romanya, Slovakya ve Slovenya'da uyum çalışmaları devam etmektedir.

<sup>199</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz Antonio Carino ve Pilar Menor, 'EU Whistleblower Directive: Implementation Tracker - Whistleblowing Laws In Europe: An International Guide | | Insights | DLA Piper Global Law Firm' (DLA Piper, 2023) <<https://www.dlapiper.com/en/us/insights/publications/2021/06/whistleblowing-guide/implementation-tracker/>> erişim tarihi 13 Mart 2023.

<sup>200</sup> Abazi (n 183) 645.

<sup>201</sup> Amanda Espinasse, 'The Conflicts Between The Whistleblower Protection Directive And The GDPR; COVID-19, A Legal Basis To Infringe On The Rights Of The Data Subject In Order To Secure The Protection Of Whistleblowers?' (Master, Lund University 2020).

<sup>202</sup> General Data Protection Regulation (EU GDPR) 14.2(f). Türkçe çeviri için bkz Avrupa Birliği Resmi Gazetesi, 'Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü' (kisiselverilerin korunması.org, 2023) <<https://www.kisiselverilerin korunması.org/wp-content/uploads/2017/09/GDPR-Türkçe-Çeviri-AB-Bakanlığı.pdf>> erişim tarihi 13 Mart 2023.

birinden sağlanması durumunda, ilgili kişinin kişisel verilerin hangi kaynaktan geldiğini bilme hakkı vardır. Bu bilgiler, kişisel verilerin elde edilmesinden sonra makul bir süre içinde, ancak belirli koşullara göre en az bir ay içinde, GDPR Madde 14.3(a) içinde sağlanmalıdır. Buna karşılık, İhbarcı Koruma Direktifi 9.1(a) uyarınca ihbarcının bilgi raporlamayı sağlayacağı kanallar güvenli bir şekilde tasarlanmalı ve ihbar eden kişinin kimliğinin gizliliği (anonim kalması) sağlanmalıdır.<sup>203</sup> Sorunun çözümü adına Avrupa Veri Koruma Denetçisi (EDPS), bu gibi durumlarda belirli bilgilerin sağlanmasının kısıtlanması gerekebileceğini tavsiye etmektedir<sup>204</sup>. Ancak görüldüğü üzere düzenlemeler arasında lafzi bir çatışma varlığını sürdürmektedir.

Yine bu noktada bir diğer husus, GDPR 15. maddesi uyarınca, kişisel verilerin veri sahibinden elde edilmediği durumlarda, başkalarının hak ve özgürlüklerini olumsuz etkilememek kaydıyla (m 15.4) veri sahibinin kontrolör tarafından işlemenin amacı ve verilerin alıcıları gibi çeşitli türlerde bilgilerin sağlanmasını talep etme (m 15.1) ve bu bilgilerin nüshasını isteme (m 15.3) hakkı vardır<sup>205</sup>. GDPR m 15.4 hükmünde bahsedilen başkalarının kim olduğu ve hangi hak ve özgürlüklerin kastedildiği konusunda netlik bulunmamaktadır<sup>206</sup>. Hükümde netlik bulunmaması ihbarcılarının haklarını ve dolayısıyla ihbar faaliyeti kapsamında yapılan soruşturmayı da tehlikeye atabilecek niteliktedir. Bu hususta, İhbarcılık Direktifi iç hukuka aktarılırken, üye devletler tarafından, ihbarcının temel ve hak ve özgürlüklerin özüne saygı duyulması amacıyla GDPR m. 23'e dayanılarak, GDPR m. 15'te verilen düzenlemeye yönelik bir kısıtlama sağlanması çözüm olarak düşünülebilir<sup>207</sup>.

Henüz İhbarcılık Direktifine uyum çalışmalarında önemli bir aşama kaydetmemiş olan Almanya'da İhbarcılık Direktifi ile AB veri koruma ve gizlilik düzenlemeleri arasındaki ilişki en çok tartışılan hususlardan biridir<sup>208</sup>. Alman mahkemesi 2019 yılında vermiş olduğu bir kararında ihbarcı gizliliğinin korunmasının genellikle veri sahibinin erişim hakkını geçersiz kılmadığına karar vermiştir<sup>209</sup>. Burada esasen vurgulanan husus, ihbarcılık ile kişisel verilerin korunmasına yönelik yasalar arasında bir çelişkinin bulunmadığı ancak İhbarcılık Direktifinin uygulanabilmesi için şirketlerin ve kamu kurumlarının, bildirim sürecinde ve ihbarcılarının raporlarının oluşturulması sırasında kişisel verilerin korunmasının ihlalinin önlemek için ek önlemler alması

<sup>203</sup> Stappers (n 195) 96.

<sup>204</sup> European Data Protection Supervisor (EDPS), Guidelines on processing personal information within a whistleblowing procedure, Par 6.2. Aralık 2019; Bkz Stappers (n 195) 96.

<sup>205</sup> Espinasse (n 201).

<sup>206</sup> ibid.

<sup>207</sup> Espinasse (n 201); Stappers (n 195) 96.

<sup>208</sup> Abazi (n 183) 645.

<sup>209</sup> Christoph Ritzer, Cornelia Marquardt and Natalia Filkina, 'German Court Ruled That Protection Of The Whistle-Blower Confidentiality Does Not Generally Override The Data Subject Access Right' (Data Protection Report, 2019) <<https://www.dataprotectionreport.com/2019/03/german-court-ruled-that-protection-of-the-whistle-blower-confidentiality-does-not-generally-override-the-data-subject-access-right/>> erişim tarihi 13 Mart 2023.

gerektiğidir<sup>210</sup>. Hatta İhbarcılık Direktifinin veri koruma ve gizlilik yasalarının ihlallerini bildiren ihbarcılar için de bir koruma öngördüğü düşünüldüğünde GDPR'a ve sair mevzuata uyum sürecine de katkı sağlayacağı ortadadır<sup>211</sup>.

### III. İhbarcılık Mekanizmasının Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

Yukarıda, uluslararası mevzuatta<sup>212</sup> ve karşılaştırmalı ülke hukuklarında şirketlerdeki ihbarcılık faaliyetlerine yönelik düzenlemeler ve bu kuruma verilen önem açıklanmıştır. Türkiye'de ise henüz ihbarcılık ile ilgili doğrudan şirketler hukukuna yönelik Türk Ticaret Kanunu'nda ya da sair mevzuatta bir iç hukuk düzenlemesi bulunmamaktadır ancak bu durum, şirket içerisinde uyum çalışmaları kapsamında ihbarcılık kurumuna ilişkin düzenleme ve uygulamalar yapılmasına engel değildir<sup>213</sup>. Nitekim, ihbarcılık konusu Türk hukukunun ana kaynağı olan Anayasamızın 74. maddesinde *Türk vatandaşlarının ve Türkiye'de ikamet eden yabancıların kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve TBMM'ye yazı ile başvurma hakkına sahip olduğu* vurgulanmıştır<sup>214</sup>. Yine Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 278. maddesinde temel olarak herkes için ve 279. ile 280. maddelerinde ise sırasıyla kamu görevlileri için ve sağlık mesleği mensupları için suç bildirmemek suç olarak düzenlenmiştir<sup>215</sup>. Dolayısıyla her hâlükârda TCK m278 kapsamında suç teşkil eden eylem veya işlemin fark edilmesi durumunda şirket çalışanları tarafından kolluk kuvvetine ihbar edilmesi gerekmektedir<sup>216</sup>.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun m. 16/6'ya dayanarak hazırlanmış ve 15.02.2009 tarihinde resmî gazetede yayımlanan "Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İş Birliği Yapılmasına Dair Yönetmelik", rekabet kurumuna yapılacak pişmanlık başvurularını düzenlemektedir. Pişmanlık Yönetmeliği m. 1'e göre kartellerin ortaya çıkarılması için iş birliği yapan teşebbüsler ile teşebbüs yöneticileri ve çalışanlarına 4054 s. Kanun m. 16 kapsamında para cezalarının verilmemesine veya verilecek para cezalarında indirim yapılmasına karar verilebilir. Pişmanlık yönetmeliğinin gerekçesinde de belirtildiği üzere kartelleri tespit etmek

<sup>210</sup> Abazi (n 183) 645.

<sup>211</sup> Abazi (n 183) 645.

<sup>212</sup> OECD'nin 2016 yılında aldığı "Yolsuzluk Riskini Yönetmede Kalkınma İş Birliği Aktörleri Hakkında Tavsiye Karar"ın 7. maddesinde ihbarcılık kurulması ve bazı ihbarcılarının korunması için gerekli adımların atılması tavsiye edilmesi ve Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi 33. maddesinde yer alan ihbarda bulunan kişilerin korunmasına ilişkin düzenlemeler buna örnek gösterilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz Konyalı (n 10) 412-428.

<sup>213</sup> Alper Pekcan, 'İş Hukukunda Yeni Bir Kavram – Bilgi Uçurmak (Whistleblowing) – Pekcan Hukuk Bürosu' (Pekcanhukuk.com, 2023) <<https://pekcanhukuk.com/is-hukukunda-yeni-bir-kavram-bilgi-ucurmak-whistleblowing/>> erişim tarihi 8 Mart 2023.

<sup>214</sup> Anayasa Mahkemesi, 'Anayasa Mahkemesi' (Anayasa.gov.tr, 2023) <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/anayasa/>> erişim tarihi 8 Mart 2023.

<sup>215</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 278.

<sup>216</sup> Ayrıca Medeni Kanun'un 2.maddesinde yer alan dürüstlük kuralları gereğince de şirket içinde meydana gelen şüpheli durumların bildirilmesi gerektiği düşünülebilir. Ancak bu çok geniş bir yorum olacaktır.

güçtür: bu nedenle yönetmelik kartel üyelerinin aktif iş birliğini sağlayarak kartelleri ortaya çıkarmak için teşvik etmektedir<sup>217</sup>. Pişmanlık müessesesi sayesinde kartellerin ortaya çıkarılması ve soruşturulmaları kolaylaşırken kartelleri ihbar eden teşebbüsün de karşılaşabileceği ceza azalmaktadır<sup>218</sup>.

Ancak şu an için şirketler hukukunda ihbarcılarının ne şekilde korunacağına ve ihbar kurumunun ne şekilde faaliyet göstereceğine ilişkin bir düzenleme olmasa da AB uyum programı kapsamında yakın gelecekte bu hususta düzenlemelerle karşılaşılması kaçınılmazdır. Kanaatimizce özellikle ihbarcılarının korunması noktasında gerekli yasal güvence sağlanmalıdır zira ihbarcılık kavramının Türkiye'deki yansımalarının pek iyi olmadığını söyleyebiliriz. Türkiye'de geleneksel olarak ihbar, ihbarcılık ya da muhbir gibi kavramların toplum tarafından pek hoş karşılanmadığı<sup>219</sup> ve hatta ihbarcılarının ispiyoncu gibi görüldüğü söylenebilir. Bu konuda yapılan bir çalışma da bu tezi ispatlar niteliktedir<sup>220</sup>. Zira bu çalışmada %62 oranında katılımcı bizim kültürümüzde ihbarcılara iyi bakılmadığını ifade etmiştir<sup>221</sup>. Ancak gelenen son noktada çalışmamızda da anlatıldığı üzere ihbarcılarının varlığı şirketteki usulsüz uygulamaların ve hukuka aykırılıkların ortaya çıkarılabilmesi için oldukça önemlidir. Dolayısıyla Türk hukuku kapsamında özellikle ihbarın ne şekilde yapılabileceğinin tanımlanması ve ihbarcılarının korunmalarına ilişkin mekanizmaların tespit edilmesi gerekmektedir.

## IV. Türk Hukukuna Yönelik Öneri ve Değerlendirmeler

### A. İhbarcılığın Uyum Sistemindeki Yeri

İhbarcılığın genel olarak şirket dışında veya şirket içerisinde gerçekleştirilmesi mümkündür<sup>222</sup>.

Şirket içinde ihbarın etkinliğini artırmanın yollarından biri şirkette iç kontrol sistemlerini geliştirmektir. Ancak bu noktada dikkat edilmelidir ki, hukuka aykırı işlem ve eylemlerde bulunanlar zaten şirkette mevcut olan iç mekanizmaları göz önünde bulundurarak bu eylemleri yapacaklarından geleneksel yöntemler bu hukuk ihlallerinin ve hatta yolsuzlukların ortaya çıkarılmasında etkisiz ve yetersiz

<sup>217</sup> Gönenç Gürkaynak, *Rekabet Hukuku*, (1. Bası, Seçkin 2022), s. 504; Gökşin Kekevi, 'Pişmanlık Yönetmeliği: Garp Cephesinde Yeni Bir Şey Var', 10(4) *Rekabet Dergisi* 73, s. 79.

<sup>218</sup> Sevda Yaşar Coşkun, 'Türk Rekabet Kurulu Kararları Işığında Pişmanlık Programının Uygulanması: Belirsizlikler ve Tutarsızlıklar' (2014) 18 *EÜHFD* 3-4, 78, s. 84.

<sup>219</sup> Birgül Çifçi, 'Türkiye'de Toplumsal Kültürün Örgütlerde İhbarcılık Üzerine Etkisi: Hofstede'in Kültürel Boyutlar Teorisi Bağlamında Bir Değerlendirme' (2017) 3 (10) *International Journal of Academic Value Studies* 147-166, 148; Mustafa Lütfi Şen, 'Yolsuzluğun Önlenmesinde Etkili Bir Araç: İhbarcılık' (2020) *Sakarya İktisat Dergisi* 100. Yıl Milli Egemenlik Özel Sayısı 90-109, 94.

<sup>220</sup> Serkan Akıllı, Seçil Çam, Sevgi Kılınç, Ruveyda Kızılboğa, 'Kamu Personelinin Etik İhlallerine Verdikleri Önem Derecesi ve Etik İhlallerin Bildirimi Konusundaki Görüşleri' (2013) 89 *Journal of Turkish Court of Accounts* 5-33, 28.

<sup>221</sup> Şen (n 219) 94.

<sup>222</sup> Near ve Miceli (n 16) 4; Marcum (n 37) 2.

kalabilmektedir.<sup>223</sup> İşte bu noktada ihbarcılığın önemi ortaya çıkmaktadır. İç kontrol sistemlerinin mevzuata ve kurallara uyumluluğunu denetlemekten sorumlu olan yöneticiler, şirket içinde doğru kanallar aracılığıyla ihbar faaliyetlerini teşvik etmek ve belli bir düzene koymak için ciddi çaba göstermelidir. Yöneticiler ve hatta varsa uyum görevlileri, çalışanları güvence altına alabilecek ve aynı zamanda diğer çalışanların yanlış uygulamalarının ifşa edilmesi konusunda ihbarcılarını cesaretlendirebilecek açık ve nesnel bilgi uçurma politikaları tasarlamalı ve şirket içinde faaliyete geçirmelidir. Nitekim, şirket içindeki uyumsuzlukların ve hukuka aykırılıkların ifşası için dahili bir mekanizma oluşturulması, şirketi yatırımcıların hırçınlığından ve Rachagan ve Kuppusamy tarafından da belirtildiği haliyle şirket kayıtlarında “silinmeyecek bir leke” bırakılması olasılığından kurtarabilir<sup>224</sup>.

İhbarcılığın artırılarak şirket içi hukuki ve etik uyum sorunlarının tespit edilmesi için yasa değişikliğine ihtiyaç duyulmaksızın işletilebilecek bir yöntem de şirketlerin kendi düzenlemeleri vasıtasıyla kurumsal yönetim bağlamında ihbarcılarının korunması ve ihbarcılığın teşvik edilmesine yönelik olarak harekete geçmeleridir. Nitekim birçok şirket günümüzde ihbarcılık politikalarını şirket içi etik ve çalışma kurallarına (*corporate codes of conduct*) dahil etmektedir. Şirket içi etik ve çalışma kuralları, şirketlerin gönüllü olarak faaliyetleri esnasında uymayı taahhüt ettiği ilkeleri ve kuralları ifade etmektedir<sup>225</sup>. Bu kurallar şirketlerin faaliyet alanlarına, iş hacimlerine, tabi oldukları risklere ve düzenlemelere göre farklılık arz etmektedir. Şirketlerin şirket içi etik ve çalışma kurallarına ihbarcılarının korunmasına yönelik ilkeleri dahil etmesi mümkündür. Bu şekilde ihbarcılarının çekincelerinin ortadan kaldırılması ve teşvik edilmesi de mümkün olacaktır.

Ek olarak ihbarcılığın şirket içi etik ve çalışma kuralları aracılığıyla korunması ve teşvik edilmesinin kurumsal yönetim ilkeleri ile teşviki mümkündür. Örneğin, Avustralya Kurumsal Yönetim İlkeleri (ASX Corporate Governance Principles and Recommendations) m 3.3<sup>226</sup> uyarınca borsada işlem gören bir şirket ihbarcılık politikasını hazırlamalı ve açıklamalı ve ayrıca yönetim kurulunun veya ilgili komitenin ihbarcılık kapsamında bildirilen eylemlerden haberdar olmasını sağlamalıdır. Avustralya’daki en büyük 200 firmanın ihbarcılık politikasını inceleyen bir çalışma, şirketlerin %53,6’sının şirket içindeki suiistimalin bildirilmesini bir yükümlülük olarak düzenlediğini, %34,3’ünün açıkça teşvik ettiğini, %12,1’inin ise ihbarcılığı tarafsız bir şekilde düzenlediğini tespit etmiştir<sup>227</sup>. Yine aynı çalışma şirketlerin ihbarların hiyerarşik bir raporlama düzeni kurduğunu da tespit etmiştir.

<sup>223</sup> Şen (n 219) 91.

<sup>224</sup> Rachagan ve Kuppusamy (n 90) 369.

<sup>225</sup> Organisation for Economic Co-operation and Development, ‘Codes of Corporate Conduct: An Inventory’ (Report No TD/TC/WP(98)74/FINAL, Working Party of the Trade Committee, 3 May 1999) 5.

<sup>226</sup> ‘ASX Corporate Governance Principles And Recommendations’ (Asx.com.au, 2019) <<https://www.asx.com.au/documents/asx-compliance/cgc-principles-and-recommendations-fourth-edn.pdf>> erişim tarihi 12 Mart 2023.

<sup>227</sup> Dixon (n 14) 187.

Buna göre ihbarcılarının suiistimali ilk olarak birim sorumlularına bildirmeleri gerekmektedir; ancak ihbarcının gizli kalmak istediği veya kendini rahat hissetmediği durumlarda doğrudan başka birimlere de raporlayabilmektedir. Bu çalışmada ayrıca 3. Kişiler tarafından yönetilen ihbar hatlarının (third party external hotline) etkin bir şekilde tercih edildiği ortaya konmuştur. Ek olarak, incelenen şirketlerin %87,3'ü ya ihbarcıya bir misillemenin yapılmayacağını ya da misillemeye karşı korunacağını taahhüt etmektedir<sup>228</sup>. Şirketlerin %82,5'i ihbar konusu hukuka aykırılıklar doğru olmasa dahi ihbarın iyi niyetli şekilde yapılmış olması halinde çalışanlara koruma sağlanacağını taahhüt etmiştir. İhbarcının korunmasında iyi niyetli olma şartının aranmasının gereksiz bir yorum ve inceleme faaliyeti ve ihbarın içeriğinden ziyade ihbarcının motivasyonuna odaklanmayı gerektireceğinden öğretide iyi niyet şartı eleştirilmekte ve iyi niyet şartının aranmaması gerektiği savunulmaktadır<sup>229</sup>. Avustralya'daki şirketleri inceleyen çalışmada, şirketlerin sadece %51.2'sinin yanlış ihbarın cezalandırılmasına ilişkin düzenleme yaptıkları tespit edilmiştir. Yine benzer şekilde, Almanya'da ilk kez 2017 tarihli Kurumsal Yönetim Yasası<sup>230</sup> madde 4.1.3 ile halka açık şirketlerde uyum faaliyetleri kapsamında çalışanlara ve hatta üçüncü şahıslara şirketteki yasa ihlallerini bir şekilde bildirme fırsatı verilmesi gerektiği vurgulanmıştır<sup>231</sup>.

Vandekerchove ve Commers, ihbarcılığın şirket içinde kurumsallaşmasının ihbarcılarının uç noktalara savrulmadan suiistimalleri şirket içinde yumuşak bir şekilde dile getirmesine olanak sağladığını savunmaktadır<sup>232</sup>. Şirket içi etik ve çalışma kurallarının, şirketlerin gönüllü olarak kabul ettiği ve şirketleri şeklen değil, esaslı bir şekilde kurumsal ilkelere ve sosyal sorumluluk hedeflerine uymaya zorlayan öz düzenlemeler olduğu düşünüldüğünde ihbarcılığın şirket içi etik ve çalışma kurallarında düzenlenmesinin faydalı olacağı görüşüne katılmaktayız.

Çalışmamızın genelinde de belirtildiği gibi ihbarlar sayesinde şirketler, söz konusu suiistimaller kamuya paylaşılmadan ve dolayısıyla şirketin ticari itibarına ve finansal durumuna zarar vermeden zamanında düzeltme olanağına sahip olmaktadır. Bu noktada şirket yönetiminin ihbarlar üzerine alacağı tedbirler etik normlara ve hukuk kurallarına uyuma yönelik kurum kültürünün oluşmasını sağlayacak ve ek olarak çalışan memnuniyetini ve bağlılığını artıracaktır<sup>233</sup>. Bu nedenle ülkemizde ihbarcılık hakkında yasal düzenlemeler yapılan kadar ihbarcılığın şirket içi etik ve çalışma

<sup>228</sup> Dixon (n 14) 193.

<sup>229</sup> Dixon (n 14) 193.

<sup>230</sup> Bkz "Der Deutsche Corporate Governance Kodex".

<sup>231</sup> Alman Kurumsal Yönetim Yasası (Der Deutsche Corporate Governance Kodex) madde 4.1.3 bkz 'Deutscher Corporate Governance Kodex' (Dcgk.de, 2017) <[https://www.dcgk.de/files/dcgk/usercontent/de/download/kodex/170424\\_Kodex.pdf](https://www.dcgk.de/files/dcgk/usercontent/de/download/kodex/170424_Kodex.pdf)> erişim tarihi 12 Mart 2023.

<sup>232</sup> Wim Vandekerchove ve Ronald Commers, 'Whistle Blowing and Rational Loyalty' (2004) 53 *Journal of Business Ethics* 225, 226.

<sup>233</sup> Marcia Miceli, Janet Near ve Terry Morehead Dworkin, 'A Word to the Wise: How Managers and Policy-Makers Can Encourage Employees to Report Wrongdoing' (2009) 86 *Journal of Business Ethics* 379, 379-80.

kuralları kapsamında düzenlenmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Bu noktada vurgulamalıyız ki, suiistimalin kapsamı, büyüklüğü, türü, raporlanma şekli gibi hususlar önem arz etmektedir. Örneğin, şirkete ait basit kırtasiye malzemelerinin çalışanlar tarafından alınması bir suiistimal teşkil eder; ancak aynı zamanda böyle basit işlemlerden dolayı ihbarcılık müessesinin işletilmesi gereksiz iş gücü kaybına da sebebiyet verebilir. Bu hususların belirlenmesi ayrıca önem arz etmektedir; zira ortada geçerli bir ihbarın olup olmadığı neyin ihbar teşkil ettiği sorusunun cevabına göre belirlenecektir<sup>234</sup>.

İhbarcılara yönelik yapılacak düzenlemelerde en önemli hususlardan biri de ihbarcının korunmasına yönelik hukuki çerçevenin sağlam bir şekilde oluşturulmasıdır. İhbarcı tarafından talep edilmesi halinde ihbarcının anonim tutulması için gerekli düzenlemeler yapılmalı ve daha da önemlisi ihbarcılarının işlerinden uzaklaştırılması önlenmelidir. Bu düzenlemeler yapılırken karşılaştırmalı hukuktan dersler çıkarılabilirse de Türk hukukunun özü ve şirketlerin geleneksel yapısı göz önünde bulundurularak, iyi işleyen bir ihbarcılık mekanizması amaçlanmalı ve buna yönelik kalıcı düzenlemeler yapılmalıdır.

Son olarak, ihbarın şekli şartları ve ihbarcının korunmasının yanı sıra üzerinde durulması gereken bir husus da ihbarın şirket içinde yapılması ve dikkate alınmaması halinde yöneticilerin sorumluluğunun doğup doğmayacağı sorunudur. Esasen bu sorunun temeli şirket içi sorumluluk tartışmalarına kadar varabilecektir. Zira özellikle “uyum görevlisinin (compliance officer)” bulunduğu şirketlerde ihbarın uyum görevlisine yapılması ve görevli tarafından dikkate alınmaması halinde bir zarar meydana gelirse sorumluluğun yönetim kurulu üyelerine ait olup olmayacağı tartışılmalıdır.

## B. Şirketlerde Uyum Sisteminin Kurulması ve Yönetim Kurulunun Sorumluluğu

Şirkette uyum sisteminin gerçekleştirilmesi ve şirket kültürü üzerinde etkili olabilmesi için şirkette yeterli insan kaynağına ve bütçeye sahip, işleyen bir uyum birimi gereklidir<sup>235</sup>. Aksi yasa ile kararlaştırılmadıkça şirketlerde uyum görevi kısmen veya tamamen yönetim kurulu üyelerine verilmeyebilir<sup>236</sup>. Bu görev şirketin çalışanlarına veya şirket dışından atanacak başka kişilere de verilebilir<sup>237</sup>. Ancak belirtmeliyiz ki, uyum görevlerinin özel olarak belirlenmiş çalışanlara, yani şirket

<sup>234</sup> Rachagan ve Kuppasamy (n 90) 370.

<sup>235</sup> José A. Campos Nave ve Saskia Bonenberger, ‘Korruptionsaffären, Corporate Compliance und Sofortmaßnahmen für den Krisenfall’ (2008) 63(15) *Betriebs-Berater* 734-741, 735.

<sup>236</sup> Thomas Kremer ve Christoph Klahold, ‘Compliance-Programme in Industriekonzernen’ (2010) 39(1)*Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 113-143, 125.

<sup>237</sup> Michael Kort, ‘Compliance Und Risikomanagement Im Deutschen Gesellschaftsrecht’ (2010) Anonim Şirketler Ve Sermaye Piyasası Hukukunda Güncel Gelişmeler Türk-Alman Uluslararası Sempozyumu, 64.



çalışanlarına veya avukatlar gibi şirket içinden veya dışından üçüncü kişilere yahut bir kurula devredilmesi, anonim şirketin yönetim kurulu üyelerinin artık herhangi bir sorumluluğu olmadığı anlamına gelmeyecektir<sup>238</sup>. Zira uyum için şirkette ayrı bir kurul oluşturulsa ya da dışarıdan bir görevli atansa bile yönetim kurulu üyeleri bu kişileri seçecek, gerekirse kurul oluşturacak ve onları dikkatlice izleyecektir<sup>239</sup>. Yönetim kurulunun şirkette uyum organizasyonu kurması ve bu organizasyon içerisindeki konumu TTK m 375/1 kapsamında değerlendirilebilir. Zira Pulaşlı'nın<sup>240</sup> da belirttiği gibi TTK'da açık düzenleme mevcut olmasa da yönetim kurulunun bu yükümlülüğü "*TTK m 375/1-e bendindeki yönetim kurulunun devredilemez, vazgeçilemez nitelikte üst gözetim görevi ve TTK m 369/1'deki özen ve sadakat yükümlülüğü*"nden yol çıkarak tanımlanabilir<sup>241</sup>. Ülkemizde şirketlerde uyum süreci henüz yasal mevzuatta kendisine yer edinmediği için bu süreçten doğacak zarar, çıkar çatışması ya da benzeri sorunlarda kimin ya da kimlerin sorumlu olacağını tespiti de kolay olmamakla birlikte uygulama ile birlikte şekillenecektir.

Normal şartlar altında yönetim kurulu üyeleri m 553 kapsamında gözetim sorumluluğu hariç olmak üzere ancak kendi kontrol bölgesindeki hususlardan dolayı sorumludur<sup>242</sup>. Paslı'nın da ifade ettiği gibi "*nicelik ve nitelik açısından uygun bir uyum departmanının oluşturulması, yönetim kurulunun işin gereğini yaptığı*"<sup>243</sup> anlamına gelebilir dolayısıyla onları sorumluluktan kurtarmak adına "özellikle kusurun bulunmadığı noktasında bir ispat aracı" olarak görülebilir<sup>244</sup>. Ancak Pulaşlı'nın da işaret ettiği üzere yönetim kurulu tarafından bir "*uyum görevlisi atanmış ve bu uyum talimatlarını yukarıdan aşağıya doğru talimat çerçevesinde çalışanlara bildirmiş*" olsa da bu görevli uyum programının gereklerine uyulup uyulmadığını gözlemleyip, denetleyerek düzenli bir şekilde yönetim kuruluna bildirmelidir<sup>245</sup>. Zira TTK m 369 kapsamında yönetim kurulunun özen yükümlülüğünün gereği budur<sup>246</sup>.

Buna göre, ihbarın yönetim kuruluna ya da üyelere değil de uyum departmanına yapılması halinde eğer ihbar kusurlu olarak dikkate alınmazsa uyum görevlilerinin TTK m. 553 kapsamında sorumlu tutulup tutulamayacağı konusu gündeme gelebilecektir<sup>247</sup>. TTK 553. madde uyarınca yasalardan ve şirket esas sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerini kendi kusurlarıyla ihlal ederlerse hem şirketin kendisi

<sup>238</sup> Kort (n 237) 64.

<sup>239</sup> Kremer ve Klahold (n 236) 125.

<sup>240</sup> Hasan Pulaşlı, 'Compliance Kavramı ve Yönetim Organının Compliance Sorumluluğu' (2019) 35(2) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 27-59, 53.

<sup>241</sup> Pulaşlı (n 240) 53.

<sup>242</sup> Paslı (n 26) 334.

<sup>243</sup> Paslı (n 26) 334.

<sup>244</sup> Konuyla ilgili detaylı bilgi ve analiz için bkz Paslı (n 26).

<sup>245</sup> Pulaşlı (n 240) 59.

<sup>246</sup> Pulaşlı (n 240) 59.

<sup>247</sup> Uyum kavramının anonim şirketlere ve sorumluluk sistemine etkisi hakkında detaylı bilgi için bkz Paslı (n 26) 327, başlık 5.1.3.



hem pay sahipleri hem de alacaklılar “*kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları*”na karşı sorumluluk davası açabilirler<sup>248</sup>. İhbarcılık ile ilgili düzenlemeler mevcut durumda kanunlarımızda yer almasa da ilgili hükümlerden dolaylı olarak yola çıkarak iş tanımı kapsamında uyum görevlisinin sorumluluk alanına dahil olduğu düşünülebilir. Kanaatimizce, burada tespit edilmesi gereken ilk husus uyum görevlilerinin TTK m. 553/1 kapsamında “*kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları*” kategorilerinden herhangi birine dahil olup olmadığıdır. Burada “*yöneticiler*” ifadesinin karşılığının uyum görevlisini kapsayıp kapsamayacağı hususu üzerinde durulmalıdır. Yöneticiler ifadesinden ne anlaşılması gerektiği hususunda kanunda net bir ifade mevcut değildir. Kanun’un gerekçesinde ilgili maddeye İsviçre Borçlar Kanunu m 754’ün kaynak oluşturduğu ifade edilmektedir. Anılan hükümde ise “*şirketin yönetimi ile iştigal eden, uğraşan tüm kişiler*” ifadesi kullanılmıştır<sup>249</sup>. İsviçre hukukuna göre kişinin şirket tarafından alınan kararları etkileyebilecek ve dolayısıyla fiilen bu kararların alınması veya alınmasının engellenmesi için fiilen nüfuz kullanabilecek ölçüde üst düzeyde yetkili olması m754 kapsamında o kişinin sorumluluğunun söz konusu olması için yeterlidir<sup>250</sup>. Buna göre, kanaatimizce TTK m 553 kapsamında “*yönetici*”nin kim olacağı hususunda Yanlı’nın görüşü yerindedir. Yanlı eserinde “*şirketin temel faaliyetlerine yön veren, şirketin politikası ya da stratejisi açısından belirleyici özellikte işlevleri gören kişiler*” de yönetici sıfatını haizdir demektedir. Dolayısıyla bu kişilere karşı da m 553 kapsamında şirket, pay sahipleri ya da şirket alacaklıları tarafından verdikleri zararın tazmini amacıyla sorumluluk davası açılabilmesi mümkündür<sup>251</sup>.

Ek olarak söylemeliyiz ki, yukarıda belirttiğimiz gibi şirketlerde uyum yükümlülüğü kural olarak yönetim kurulundadır. Yönetim kurulu, TTK m 367 uyarınca, esas sözleşmeye bir hüküm konulmak suretiyle ya da bir iç yönergeye ile, yönetimi, kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişi/kişilere devretmeye yetkili kılınabilir. Öğretide, TTK m 367’de belirtilen yönetim devrinin yapılabileceği üçüncü kişilerden, m 553’te söz edilen “*yönetici*”lerin anlaşılması ve buna uygun olarak sorumlu tutulmaları gerektiği vurgulanmaktadır<sup>252</sup>. Ancak devrin geçerli bir devir olarak kabul edilebilmesi için TTK m 367/1’de aranan şartlara uyması gerekir<sup>253</sup>. Aksi halde usulsüz bir devir kabul edileceği ifade edilmelidir<sup>254</sup>. TTK m 367’ye uygun olarak yapılan bir yetki devrinin varlığı halinde, yönetimi devralan kişilerin seçim (m 553/2) ve gözetiminde (m 553/3) uygun özeni

<sup>248</sup> Türk Ticaret Kanunu m 553.

<sup>249</sup> Veliye Yanlı, ‘Şirkete Verilen Zarar Sebebiyle Sorumluluk Bağlamında “Yönetici” Kavramı ve Genel Kurul Kararı Gerekliliği Sorunu’ (2019) 141(57) *Terazi Hukuk Dergisi* 46-57,50.

<sup>250</sup> TTK m 553’te yer alan “*yönetici*” sıfatına ilişkin ayrıntılı bilgi ve açıklama için bkz Yanlı (n 252).

<sup>251</sup> Yanlı (n 249) 46-57.

<sup>252</sup> İsmail Kırcı, Feyzan Hayal Şehirali Çelik ve Çağlar Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku – Cilt I, Ankara 2013, s. 655.

<sup>253</sup> Kırcı, Şehirali Çelik, Manavgat (n 252) 655.

<sup>254</sup> Kırcı, Şehirali Çelik, Manavgat (n 252) 611.

göstermiş olmaları şartıyla yönetim kurulunun bu kişilerin eylem ve işlemlerinden dolayı sorumlu olmayacağı kabul edilebilir<sup>255</sup>. Nitekim uyum görevi yönetim kurulu tarafından usulüne uygun olarak gerçekleştirilmiş bir yetki devri ile seçilen üçüncü kişilere devredilebilirse de şirket içerisinde uyum sistemini gerektiği gibi özenle oluşturamayan ve sistem üzerindeki gözetim yükümlülüğünü ihlal eden yönetim kurulunun sorumluluğu devam edecektir<sup>256</sup>.

Buna göre, uyum görevlilerinin ihbarcının yapmış olduğu ihbarın ciddiye alınmaması ya da gerekli kişilerin haberdar edilerek, eyleme geçilmemesi durumunda m 553 kapsamında sorumlu olup olmayacağı konusunda somut olayı görmeksizin kesin bir görüş belirtmek zordur. Zira her bir somut olayda uyum görevlilerinin ne şekilde atandığı ve kendilerine takdir yetkisi bırakılıp bırakılmadığı, şirket içerisindeki rolü ve görev tanımı gibi hususlar ayrı ayrı incelendikten sonra bir kanaate ulaşmak mümkün olacaktır. Yönetici olarak m 553 bağlamında sorumlu olacağı düşünülen kişilerin yukarıda da ifade ettiğimiz üzere şirketin faaliyetlerine yön vermesi hatta şirket politikaları ve stratejisi üzerinde dahi söz sahibi olması gerekmektedir<sup>257</sup>. Ancak uygulamadaki örneklerine baktığımızda birçok şirkette uyum görevlileri şirket faaliyetlerine yön vermek bir tarafa, karar alma sürecine dahi katılmadığı, görevinin sadece şirket içi prosedürler yaparak etik ve hukuk kurallarına uyumu sağlamak olduğu hatta dışarıdan atandıkları görülmektedir. Buna göre, anılan hususta her somut olayın kendine özgü özellikler barındırabileceği göz önünde bulundurularak bütün şartlar ele alınarak detaylıca analiz edilmesi ve buna göre karar verilmesi kanaatimizce daha yerinde olacaktır. Eklemeliyiz ki, ihbarın uyum görevlisine değil de şirkette yönetim kurulunda bulunmayan yetkili bir isme yapılması halinde de benzer tartışmalar gündeme gelebilecektir.

Pratikte zor olsa da olayın şartlarına ve iş tanımına göre uyum görevlilerinin yönetici sıfatıyla TTK m 553 kapsamında sorumlu olduğu düşünülecek olursa; uyum görevlisine yapılan ihbarın göz ardı edilmesi halinde, görevli ile birlikte yönetim kurulu üyelerinin de sorumlu olup olmayacağı hususu ise uyum görevlisinin zarar verici eylem ve işlemlerinden yönetim kurulunun sorumlu olup olmayacağı hususuyla birlikte değerlendirilmelidir. Kanaatimizce, sorumluluğun belirlenmesi noktasında TTK m 553/2 ve 553/3 ve hatta m 367 birlikte değerlendirilmelidir. Buna göre eğer yönetim kurulu uyum görevlisine m 367’de aranan şartlara uygun olarak yetki devrini gerçekleştirmişse, dahası görevlinin seçimde makul özeni göstermişse (m 553/2) ve meydana gelen zarar üzerinde kontrol, müdahale ve denetim imkânı yoksa sorumluluktan kurtulması düşünülebilir<sup>258</sup>. Ayrıca yönetim kurulunun, şirkette, mevzuat ve etik kurallarına uyum konusunda asli görevli olduğu unutulmamalı

<sup>255</sup> Kırcı, Şehirali Çelik, Manavgat (n 252) 612.

<sup>256</sup> Ayrıntılı açıklamalar için bkz Yaşar (n 27) 400.

<sup>257</sup> Yanlı (n 249) 46-57.

<sup>258</sup> Paşlı (n 26) 327.

ve şirket içerisinde uyum sistemini gerektiği gibi özenle oluşturamayan ve sistem üzerindeki gözetim yükümlülüğünü ihlal eden yönetim kurulunun sorumluluğunun devam edeceği de eklenmelidir. Yine, bu değerlendirme yapılırken yönetim kurulu üyelerinin bireysel olarak kusur sorumluluğunun<sup>259</sup> devam edeceği de unutulmamalı somut olayın şartlarına göre bir sonuca ulaşılmalıdır. İhbarın ulaştırılması için şirket içinde gerekli prosedür işletilse ve ihbar ulaşıya dahi sonucu durdurmaya ne kadar etkili olacağı hususu da ayrıca unutulmamalı, değerlendirmeye dahil edilmelidir.

## V. Sonuç

Çalışmamızda, Enron ve World Com gibi önemli şirket skandallarında önemi ortaya çıkan ve son yıllarda özellikle AB İhbarcı Koruma Direktifi ile birlikte gündemde olan ihbarcılık kavramına yer verilmiştir. Çalışmamızın ilk kısmında ihbarcılık kavramı açıklanarak ihbarcılığın uyum ve kurumsal yönetimdeki yeri değerlendirilmiştir. Yine bu hususlarla bağlantılı olarak ihbarcılığın şirketler hukukundaki yeri açıklanırken ihbarcılarının ihbarı yapacakları merci ve yöntemler değerlendirilerek, ihbarcılarının faaliyetlerini yerine getirirken korunmaya ihtiyaç duydukları belirtilmiştir. İhbarcılarının korunması hususu yasa hazırlayıcılar, kamu, uygulayıcılar, akademisyenler, şirketler, STK'lar, işverenler ve en nihayetinde ihbarcılar için en önemli hususlardan biridir. Korumanın ne şekilde sağlanabileceğine ilişkin değerlendirmeler çalışmamızda yapılmıştır.

Çalışmamızda ayrıca Türk hukukunda mevcut mevzuat çerçevesinde ihbarcılığa ilişkin yer alan hükümler değerlendirilmiş ve Amerika, İngiltere ve Avrupa Birliği gibi temel hukuk sistemleri incelenerek Türk hukukuna yönelik öneriler sunulmuştur. Bu noktada yasal düzenlemelerin yanında şirket içi düzenlemeler vasıtasıyla da ihbarcılarının faaliyetlerinin düzenlenmesi ve bu kişilerin korunmasının mümkün olduğu ayrıca değerlendirilmiştir.

Sonuç olarak belirtmeliyiz ki, ihbarcılık mekanizması özellikle şirket içi etik kurallara olan uyumsuzlukların tespit edilmesi ve hukuka aykırılıkların önlenmesi noktasında yüksek öneme sahiptir. Dolayısıyla ihbarcılığın efektif işletilebilmesi ve sonrasında ihbarcıya uygun korumanın sağlanması hem şirket içerisindeki finansal krizlerin çözümünde hem de ülke içerisindeki yolsuzlukların önlenmesinde büyük katkı sağlayacaktır.

<sup>259</sup> Pulaşlı (n 240) 58.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Yazar Katkısı:** Çalışma Konsepti/Tasarımı: M.K.K., E.S.; Veri Toplama: E.S., M.K.K.; Veri Analizi /Yorumlama:M.K.K., E.S.; Yazı Taslağı: E.S., M.K.K.; İçeriğin Eleştirel İncelemesi: M.K.K., E.S.; Son Onay ve Sorumluluk: E.S., M.K.K..

**Çıkar Çatışması:** Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Author Contributions:** Conception/Design of study: M.K.K., E.S.; Data Acquisition: E.S., M.K.K.; Data Analysis/ Interpretation: M.K.K., E.S.; Drafting Manuscript: E.S., M.K.K.; Critical Revision of Manuscript: M.K.K., E.S.; Final Approval and Accountability: E.S., M.K.K.

**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

- Abazi V, ‘The European Union Whistleblower Directive: A ‘Game Changer’ for Whistleblowing Protection?’ (2020) 49(4) *Industrial Law Journal* 640.
- ACFE 2020 Reports to the Nations - Global Study on Occupational Fraud and Abuse (Acfe-public.s3-us-west-2.amazonaws.com, 2023) <<https://acfe-public.s3-us-west-2.amazonaws.com/2020-Report-to-the-Nations.pdf>> erişim tarihi 3 Eylül 2023.
- Akıllı H S, Çam S, Kılıncı S, Kızıllıboğa R, ‘Kamu Personelinin Etik İhlallerine Verdikleri Önem Derecesi ve Etik İhlallerin Bildirimi Konusundaki Görüşleri’ (2013) 89 *Journal of Turkish Court of Accounts*, 5-33.
- Alam H, ‘Whistleblowing And Corporate Governance: Accidental Allies Or Lifetime Partners?’ (2009) *International Conference on Corporate Law (ICCL) 1st - 3rd June 2009, Surabaya, Indonesia*.
- Alleyne P ve Pierce A, ‘Whistleblowing as a Corporate Governance Mechanism in the Caribbean’ in A Bissessar and S Ryan (eds) *Snapshots in Governance: The Caribbean Experience (University of the West Indies Pub 2017)*.
- Alman Kurumsal Yönetim Yasası (Der Deutsche Corporate Governance Kodex) ‘Deutscher Corporate Governance Kodex’ (Dcgk.de, 2017) <[https://www.dcgk.de/files/dcgk/usercontent/de/download/kodex/170424\\_Kodex.pdf](https://www.dcgk.de/files/dcgk/usercontent/de/download/kodex/170424_Kodex.pdf)> erişim tarihi 12 Mart 2023.
- Anayasa Mahkemesi, ‘Anayasa | Anayasa Mahkemesi’ (Anayasa.gov.tr, 2023) <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/anayasa/>> erişim tarihi 8 Mart 2023.
- Arslan T E ve Kayalar M, ‘Kamu ve Özel Sektör Çalışanlarının İfşa (Whistleblowing) Niyeti: Karşılaştırmalı Bir Analiz’ (2017) 19 *KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, 15-26.
- Ashton J, ‘15 Years of Whistleblowing Protection under the Public Interest Disclosure Act 1998: Are We Still Shooting the Messenger?’ (2015) 44 *Industrial Law Journal* 29.
- Aydan S, ‘İhbarcılık: Bir Kavram Analizi’ (2018) 15 *Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 41, 78-100.
- Baer M H, ‘Governing Corporate Compliance’ (2009) 50 *Boston College Law Review* 4, 950 vd.
- Beck v. Citicorp., Inc., Case No. 2006-SOX-00003 (August 1, 2006).
- Beim D, Hirsch A V ve Kastellec J.P., ‘Whistleblowing and Compliance in the Judicial Hierarchy’ (2014) 58 *American Journal of Political Science* 4, 904–918.

- Belson K, 'Worldcom's Audacious Failure And Its Toll On An Industry (Published 2005)' (Nytimes.com, 2005) <<https://www.nytimes.com/2005/01/18/business/worldcoms-audacious-failure-and-its-toll-on-an-industry.html>> erişim tarihi 3 Eylül 2023.
- Berry B, 'Organizational Culture: A Framework and Strategies for Facilitating Employee Whistleblowing' (2004) 16 Employee Responsibilities and Rights Journal 1.
- Biegelman M T ve Biegelman D R, Building A Worldclass Compliance Program: Best Practices And Strategies For Success (Wiley 2008).
- Brickey K F, 'From Enron to WorldCom and Beyond: Life and Crime After Sarbanes-Oxley' (2003) 81 WASH. U. L.Q. 357.
- Brener A, Strategies for Compliance Tools, Techniques and Challenges in Financial Services, (1st end. Routledge 2020).
- Boles J R, Eisenstadt L ve Pacella J M, 'Whistleblowing in the Compliance Era' (2020) 55 Ga L Rev 147.
- Calland R ve Dehn G, 'Introduction – Whistleblowing Around the World: the State of the Art', in Richard Calland and Guy Dehn (eds) Whistleblowing Around the World: Law, Culture & Practice (2004) 9.
- Cambridge İngilizce-Türkçe sözlük. <https://dictionary.cambridge.org/tr/s/C3%B6z1%C3%BCK/ingilizce-t%C3%BCrk%C3%A7e/comply>> erişim tarihi 20 Eylül 2023.
- Carino A ve Menor P, 'EU Whistleblower Directive: Implementation Tracker - Whistleblowing Laws In Europe: An International Guide | | Insights | DLA Piper Global Law Firm' (DLA Piper, 2023) <<https://www.dlapiper.com/en/us/insights/publications/2021/06/whistleblowing-guide/implementation-tracker/>> erişim tarihi 13 Mart 2023.
- Carnero v. Boston Sci. Corp., 433 F.3d 1, 17-18.
- Celep C ve Konaklı T, 'Bilgi Uçurma: Eğitim Örgütlerinde Etik ve Kural Dışı Uygulamalara Yönelik Bir Tepki' (2012) 3 E-International Journal of Educational Research 4, 65-88.
- Coffee Jr C, 'Gatekeeper Failure and Reform: The Challenge of Fashioning Relevant Reforms' (2004) 84 BUL Rev 301.
- Collins v. Beazer Homes USA, Inc., 334 F. Supp. 2d 1365, 1376 (N.D. Ga. 2004).
- Connon E, 'Are Intelligence-Community Leakers Internationally Protected Whistleblowers or Simply "Whistling in the Dark"? Assessing the Protections Afforded to Intelligence-Community Whistleblowers Under International Law' (2017) 67 Case W. Rsrv. L. Rev. 897.
- Coşkun S Y, 'Türk Rekabet Kurulu Kararları İşığında Pişmanlık Programının Uygulanması: Belirsizlikler ve Tutarsızlıklar' (2014) 18 EÜHFD 3-4, 78.
- Çiftçi B, 'Türkiye'de Toplumsal Kültürün Örgütlerde İhbarcılık Üzerine Etkisi: Hofstede'in Kültürel Boyutlar Teorisi Bağlamında Bir Değerlendirme' (2017) 3 International Journal of Academic Value Studies 10, 147-166.
- Dereköy F, 'Muhasebe Manipülasyonları: Toshiba Vakası' (2020) 85 Muhasebe ve Finansman Dergisi, 91-110.
- Dig. Realty Tr., Inc. v. Somers, 138 S. Ct. 767, 772-73 (2018)
- Directive (EU) 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019 on the protection of persons who report breaches of Union law [2019] OJ L305/17.
- Disclosure Act 1998' (2000) 63(1) Modern Law Review 25.
- Dixon O, 'Honesty without Fear? Whistleblower Anti-Retaliation Protections in Corporate Codes of Conduct' (2016) 40/168 Melbourne University Law Review 182.

- Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub. L. No. 111-203, 124 Stat. 1376 (2010).
- Dyck A, Morse A ve Zingales L, ‘Who Blows the Whistle on Corporate Fraud?’ (2010) 65 Journal of Finance 2213.
- Ebersole D, ‘Blowing The Whistle On The Dodd-Frank Whistleblower Provisions’ (2011) 6(1) Ohio State Entrepreneurial Business Law Journal 123.
- Egboro E M, ‘The 2008/2009 Banking Crisis in Nigeria: The Hidden Trigger of the Financial Crash’ (2016) 12/2 British Journal of Economics, Management & Trade 1.
- Espinasse A, ‘The Conflicts Between The Whistleblower Protection Directive And The GDPR; COVID-19, A Legal Basis To Infringe On The Rights Of The Data Subject In Order To Secure The Protection Of Whistleblowers?’ (Master, Lund University 2020).
- Eroğlu M, ‘Payları Borsada İşlem Gören Halka Açık Şirketlerde Kurumsal Yönetim İlkelerine İlişkin Yeni Sistem’ (2014) 12 Legal Hukuk Dergisi 136, 31-71.
- European Commission, Commission Staff Working Document, Impact Assessment accompanying the document of the proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law COM(2018) 218 final, 2 (Commission’s Impact Assessment) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018SC0116&qid=1646987173822&from=EN>> erişim tarihi 10 Mart 2023.
- European Data Protection Supervisor (EDPS), Guidelines on processing personal information within a whistleblowing procedure, Par 6.2. Aralık 2019.
- False Claim Act, 31 U.S.C. § 3730; the Insider Trading and Securities Enforcement Act of 1988, 26 U.S.C. § 7623.
- General Data Protection Regulation (EU GDPR) 14.2(f). Türkçe çeviri için bkz Avrupa Birliği Resmi Gazetesi, ‘Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü’ (kisiselverilerinkorunmasi.org, 2023) <<https://www.kisiselverilerinkorunmasi.org/wp-content/uploads/2017/09/GDPR-Türkçe-Çeviri-AB-Bakanlığı.pdf>> erişim tarihi 13 Eylül 2023.
- Glazer M P ve Glazer P M, The Whistleblowers: Exposing Corruption in Government and Industry (Basic Books 1989) 4.
- Griffith S J, ‘Corporate Governance in an Era of Compliance’ (2016) 57 William & Mary Law Review 6, 2075.
- Gobert J ve Punch M, ‘Whistleblowers, the Public Interest, and the Public Interest Disclosure Act 1998’ (2000) 63(1) Modern Law Review 25.
- Gürkaynak G, Rekabet Hukuku, (1. Bası, Seçkin 2022).
- Hanna v. W.L.I. Communities, 348 F. Supp. 2d 1332, 34 (S.D. Fla. 2004).
- Harker et al., ‘Whistleblower Incentives and Protections in the Financial Reform Act’ (2010) 127 Banking Law Journal 779.
- Hogg C, Jones K ve Swift N, ‘Failure to Prevent Market Abuse: A Potential New Corporate Criminal Offence?’ (2020) 41 Business Law Review 4, 121-12.
- Homer J ve Katz D, ‘How Worldcom Whistle-Blower Changed Corporate America’ (CFO, 2023) <<https://www.cfo.com/human-capital-careers/2008/02/worldcom-whistle-blower-cynthia-cooper/>> erişim tarihi 3 Eylül 2023.
- Hyde R ve Savage A, The Halfway House is Only Halfway Built: Reforming the system of prescribed persons and the Public Interest Disclosure Act 1998’ (2019) 25 European Journal of Current Legal Issues 2.

- Jones J, 'Given a Little Whistle: The Need for a More Board Interpretation of the Whistleblower Exception to the Employment-At-Will Doctrine' (2003) 34 Tex. Tech Law Rev 1133, 1136
- Kafteranis D, 'The future of the Whistle-blowing Directive: criticising its legal bases' (2021) 1 Queen Mary Law Journal 65.
- Karasu R, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu İle Anonim Şirketlerde Kurumsal Yönetim İle İlgili Getirilen Yenilikler' (2013) 4 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2.
- Kekevi G, 'Pişmanlık Yönetmeliği: Garp Cephesinde Yeni Bir Şey Var', 10(4) Rekabet Dergisi 73.
- Khan M, 'Whistling in the Wind: Why Federal Whistleblower Protections Fall Short of their Corporate Governance Goals' (2018) 26 University of Miami Business Law Review 57.
- Kırca İ, Şehirali Çelik F H ve Manavgat Ç, Anonim Şirketler Hukuku Cilt I (1. Bası Ankara 2013).
- Konyalı G, 'Uluslararası Hukukta İhbarcılık Kavramı ve İhbarcılarının Korunması' (2021) 12 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 412-428.
- Kort M, "Compliance Und Risikomanagement Im Deutschen Gesellschaftsrecht" (2010) Anonim Şirketler Ve Sermaye Piyasası Hukukunda Güncel Gelişmeler Türk-Alman Uluslararası Sempozyumu.
- Labriola L, 'Paying Too Dearly for a Whistle: Properly Protecting Internal Whistleblowers' (2017) 85 Fordham L. Rev. 2839, 2846.
- Langevoort D C, 'Monitoring: The Behavioral Economics of Inducing Agents' Compliance with Legal Rules' (2001) Georgetown University Law Center Law and Economics Research Paper No. 276121.
- Latimer P ve Brown A J, 'Whistleblower Laws: International Best Practice' (2008) 31(3) UNSW Law Journal 766.
- Lee J, 'Corporate Corruption & the New Gold Mine: How the Dodd-Frank Act Overincentivizes Whistleblowing' (2011) 77(1) Brooklyn Law Review 303.
- Leslie C. Griffin, Whistleblowing in the Business World, in Enron: Corporate Fiascos And Legal Implications 209-36 (Foundation Press, 2004).
- Lewis D, 'Ten years of Public Disclosure Act 1998 claims: what can we learn from the statistics and recent research?' (2010) 39(3) ILJ 325-8
- Lobel O, 'Lawyering Loyalties: Speech Rights and Duties Within Twenty-First-Century New Governance', (2009) 77 FORDHAM L. REV. 1245.
- Mahony v. Keyspan Corp 2007 U.S. Dist. LEXIS 22042 (S.D.N.Y. 2007).
- Marano v. Dep't of Justice, 2 F.3d 1137, 1140 (Fed. Cir. 1993).
- Marcum T M, 'Blowing the Whistle in the Digital Age: Are You Really Anonymous? The Perils and Pitfalls of Anonymity in Whistleblowing Law' (2019) 17 DePaul Bus. & Comm. L.J.
- Matt R, 'You Can't Stop What You Can't See: Complementary Risk Mitigation Through Compensation Disclosure' 8 William & Mary Business Law Review 241.
- McLean B ve Elkind P, The Smartest Guys in the Room: The Amazing Rise and Scandalous Fall of Enron, (1. Bası, Portfolio Trade 2003).
- Miceli M P, Near J P ve Dworkin T M, 'A Word to the Wise: How Managers and Policy-Makers Can Encourage Employees to Report Wrongdoing' (2009) 86 Journal of Business Ethics 379, 379-80.
- Miceli M P, Near J P ve Dworkin T M, Whistle-Blowing in Organizations (Routledge, 2008).
- Miller G P, 'Compliance: Past, Present and Future' (2017) 48 U. TOL. L. REV. 437.



- Miller G P, *The Law Of Governance, Risk Management, And Compliance* (2nd edn, Wolters Kluwer 2017).
- Mitchell G, ‘Case Studies, Counterfactuals, and Causal Explanations’ (2004) 152 U. PA. L. REV. 1517.
- Moberly R, ‘Confidentiality and Whistleblowing’ (2018). 96 N.C. L. Rev. 751.
- Moberly R E, ‘Sarbanes-Oxley’s Structural Model to Encourage Corporate Whistleblowers’ (2006) 5 Brigham Young University Law Review, Issue 5, 1107-1180.
- Morrison E W ve Milliken F J, ‘Organizational Silence: A Barrier to Change and Development in a Pluralistic World’ (2000) 25 Acad. of Mgmt. Rev. 4.
- Nartgün Ş S ve Kaya A, ‘Öğretmenlerin Bilgi Uçurma Davranışları ve Bilgi Uçurma Nedenleri ile Bireysel Değerleri Arasındaki İlişki’ (2017) 54 International Journal of Social Science 1, 65-89.
- Near J P ve Miceli M P, ‘Organizational Dissidence: The Case of Whistle-Blowing’ (1985) 4 J. of Bus. Ethics 1.
- Near J P ve Miceli M P, ‘Whistleblowing: Myth and Reality’ (1996) 22 Journal of Management 507.
- Nwoke U, “Whistle-blowing as a corporate governance mechanism: South Africa and Nigeria in perspective” (2019) 19(2) Journal of Corporate Law Studies 421.
- OECD, ‘G20 Anti-corruption Action Plan, Protection of Whistleblowers: Study on Whistleblower Protection Frameworks, Compendium of Best Practices and Guiding Principles for Legislation’ (2011), <http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf> erişim tarihi 20 Eylül 2023.
- OECD, “Ratification Status” < <https://www.oecd.org/daf/antibribery/WGBRatificationStatus.pdf> > erişim tarihi 20 Eylül 2023.
- Onakoya OA ve Moses CL, *Effect of System Factors on Whistleblowing Attitude of Nigerian Banks Employees: A Conceptual Perspective* (African Development Issues, 2016).
- Organisation for Economic Co-operation and Development, ‘Codes of Corporate Conduct: An Inventory’ (Report No TD/TC/WP(98)74/FINAL, Working Party of the Trade Committee, 3 May 1999) 5
- Pacella J M, ‘The Regulation of Lawyers in Compliance’ (2020) 95 WASH. L. REV. 947.
- Paslı A, *Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi* (Corporate Governance), (Beta Basım, 2004).
- Paslı A, “‘Compliance’ Kavramının Anonim Ortaklıklar Hukukundaki Anlamı ve Sorumluluk Sistemine Etkisi’ (2013) 71 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 2, 317-334.
- Pekcan A, ‘İş Hukukunda Yeni Bir Kavram – Bilgi Uçurmak (Whistleblowing) – Pekcan Hukuk Bürosu’ (Pekcanhukuk.com, 2023) <<https://pekcanhukuk.com/is-hukukunda-yeni-bir-kavram-bilgi-ucurmak-whistleblowing/>> erişim tarihi 8 Mart 2023.
- Procedures for the Handling of Discrimination Complaints Under the Sarbanes-Oxley Act of 2002, 69 Fed. Reg. 52,104-08.
- Public Interest Disclosure Act 1998 (UK), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/23/contents>.
- Pulaşlı H, ‘Compliance Kavramı ve Yönetim Organının Compliance Sorumluluğu’ (2019) 35 *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 2, 27-59
- Rachagan S ve Kuppusamy K, ‘Encouraging Whistle Blowing to Improve Corporate Governance? A Malaysian Initiative’ (2013) 115 J Bus Ethics, 367–382.
- Reicher J, “Reaktionspflichten und Reaktionsmöglichkeiten der Organe auf (möglicherweise) strafrechtsrelevantes Verhalten innerhalb des Unternehmens” (2011) *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*.



- Richards v Lexmark Int'l, Inc., 2004 DOLSOX LEXIS 106, \*34, 39 (Oct. 1, 2004).
- Ritzer C, Marquardt C ve Filkina N, 'German Court Ruled That Protection Of The Whistle-Blower Confidentiality Does Not Generally Override The Data Subject Access Right' (Data Protection Report, 2019) <<https://www.dataprotectionreport.com/2019/03/german-court-ruled-that-protection-of-the-whistle-blower-confidentiality-does-not-generally-override-the-data-subject-access-right/>> erişim tarihi 13 Mart 2023.
- Rongine N M, 'Toward a Coherent Legal Response to the Public Policy Dilemma Posed by Whistleblowing' (1985) 23(2) American Business Law Journal 281.
- Rothschild J ve Miethe T D, 'Whistle-Blower Disclosures and Management Retaliation: The Battle to Control Information about Organization Corruption' (1999) 26 Work & Occupations 1.
- Rubinfeld G, 'Compliance Officer: Dream Career?' (WSJ, 2021) <<https://www.wsj.com/articles/SB10001424052702303330204579250722114538750>> Erişim tarihi 22 Eylül 2023.
- Rubinstein K, 'Corporate Governance Five Years After Sarbanes-Oxley: Is There Real Change?' (2007) 52 N.Y.L. Sch. L. Rev. 637.
- Sarbanes Oxley Act-SOX
- Sarbanes-Oxley Act of 2002, Pub.L. No. 107-204, § 806, 116 Stat. 745, 802-04.
- Schultz D ve Harutyunyan K, 'Combating Corruption: The Development of Whistleblowing Laws in the United States, Europe, and Armenia (2015) 1/2 International Comparative Jurisprudence 87.
- Shaw T, 'When Text And Policy Conflict: Internal Whistleblowing Under The Shadow Of Dodd-Frank' (2018) 70(3) Administrative Law Review 674.
- Soltes E, 'Evaluating The Effectiveness Of Corporate Compliance Programs: Establishing A Model For Prosecutors, Courts, And Firms' (2018) 14(3) NYU Journal of Law & Business 3, 966.
- Stappers J T, 'EU Whistleblower Protection Directive: Europe on Whistleblowing' (2021) ERA Forum 22, 87-100.
- Street v Derbyshire Unemployed Workers Centre [2004] 4 All ER 839 (CA).
- Stone & Webster Eng'g Corp. v. Herman, 115 F.3d 1568.
- Sunstein C R, Why Societies Need Dissent (Harvard University Press, 2003).
- Şen M L, 'Yolsuzluğun Önlenmesinde Etkili Bir Araç: İhbarcılık' (2020) Sakarya İktisat Dergisi 100. Yıl Milli Egemenlik Özel Sayısı, 90-109.
- T.C. Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Genel Müdürlüğü, "Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi" < <https://diabgm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/sozlesme08012021120135> > erişim tarihi 20 Eylül 2023.
- Temel E ve Sözüer A, Türk - Alman Hukuk Sempozyumu Teori ve Uygulama Açısından İşletmelerde Hukuk Kurallarına Uygun Hareket Etme Compliance Tartışmaları ( Deutsch - Türkisches Rechtssymposium 2013).
- Teichmann F M ve Sergi B S, 'Whistle-Blowing in Corporations', Compliance in Multinational Corporations, (Emerald Publishing Limited 2018).
- Terracol M, 'Are EU Countries Failing To Protect Whistleblowers? - Blog' (Transparency.org, 2021) <<https://www.transparency.org/en/blog/eu-countries-failing-protect-whistleblowers>> erişim tarihi 13 Mart 2023.
- Tuğ M A, 'Kurumsal Yönetim Kavramının Genel Çerçevesi ve Türk Hukukundaki Yansımaları' (2019) 5 Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 203-227.

- Turpan C C, ‘Whistleblower? More Like Cybercriminal: The Computer Fraud and Abuse Act as Applied to Sarbanes-Oxley Whistleblowers’ (2016) 42 Rutgers Computer & Tech. L.J. 120.
- Uchekukwu N, “Whistle-blowing as a corporate governance mechanism: South Africa and Nigeria in perspective” (2019) 19(2) Journal of Corporate Law Studies 421.
- U.S. Department of Justice Antitrust Division Evaluation of Corporate Compliance Programs in Criminal Antitrust Investigations (July 2019).
- U.S. Doj Crim. Div. & U.S. Secs. & Exch. Comm’n Enf. Div., A Resource Guide To The U.S. Foreign Corrupt Practices Act 56.
- Uyar S ve Yelgen E, ‘Bilgi İfşası (Whistleblowing) ve Denetim’ (2015) 13 Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi 1, 85-106.
- Vandekerckhove W ve Commers R, ‘Whistle Blowing and Rational Loyalty’ (2004) 53 Journal of Business Ethics 225.
- Vanderkerchove W, Whistleblowing and Organizational Social Responsibility: A Global Assessment (Aldershot: Ashgate 2006).
- Yastı G, ‘OECD Rüşvetle Mücadele Sözleşmesi ve Türkiye’ (Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı, 2005) 19 Uluslararası Ekonomik Sorunlar Dergisi s. 1 < <https://www.mfa.gov.tr/oecd-rusvetle-mucadele-sozlesmesi-ve-turkiye-.tr.mfa> > erişim tarihi 20 Eylül 2023.
- Yürür S ve Nart S, ‘Örgütsel Adalet Algısı Kamu Çalışanlarının İhbar Etme Niyetinin Belirleyicisi midir?’ (2016) 49 Amme İdaresi Dergisi 3, 117-148.
- Watnick V, ‘Whistleblower Protections Under The Sarbanes-Oxley Act: A Primer And A Critique’ (2007) 12 Fordham Journal Of Corporate & Financial Law, 830.
- Westman D P, ‘The Significance of the Sarbanes-Oxley Whistleblower Provisions’ (2005) 21 LAB. LAW. 141.
- Wolfe S et al, ‘Whistleblower Protection Laws in G20 Countries: Priorities for Action’ (Final Report, Blueprint for Free Speech, September 2014).
- Yaşar T N, Anonim Şirketler Hukukunda Uyum (Compliance), (1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2020).
- ‘ASX Corporate Governance Principles And Recommendations’ (Asx.com.au, 2019) <<https://www.asx.com.au/documents/asx-compliance/cgc-principles-and-recommendations-fourth-edn.pdf>> erişim tarihi 12 Mart 2023.
- (Cerebra.com.tr, 2020) <<http://www.cerebra.com.tr/files/images/content/newsletters/Cerebra-newsletter-14.pdf>> erişim tarihi 3 Eylül 2023.
- ‘Congress Expands Incentives for Whistleblowers to Report Suspected Violations to the SEC’, 124 Harv. L. Rev. 1829
- ‘Whistleblowers Still The Best At Detecting Fraud - National Whistleblower Center’ (National Whistleblower Center, 2018) <<https://www.whistleblowers.org/news/whistleblowers-still-the-best-at-detecting-fraud/>> erişim tarihi 4 Eylül 2023.
- ‘Whistleblower Laws Around The World - National Whistleblower Center’ (National Whistleblower Center, 2019) <<https://www.whistleblowers.org/whistleblower-laws-around-the-world/>> erişim tarihi 1 Eylül 2023.



# İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 16.04.2021  
Revizyon Talebi: 05.11.2021  
Son Revizyon Tarihi: 04.01.2024  
Kabul: 04.01.2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

## Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararı (CMK m.158 f.6)

Cem Şenol<sup>\*</sup>

### Öz

Bu çalışma, Ceza Muhakemesi Kanunu m.158.f.6'da düzenlenen soruşturma yapılmasına yer olmadığı kararını ele almaktadır. Soruşturma yapılmasına yer olmadığı kararına (SYOK) ilişkin düzenleme, Cumhuriyet savcısına, bir suç isnadına ilişkin ihbarlar ve şikâyetler hakkında, soruşturma açmak veya soruşturma şartları oluşmamışsa kovuşturmayaya yer olmadığı kararı vermek dışında soruşturma yapmaya yer olmadığına karar verme yetkisi tanımaktadır. Oysaki failin suç işlemesi ile birlikte fail ile devlet arasında bir cezalandırma ilişkisinin ortaya çıkar. Bu sebeple savcılık, bir suç haberini öğrenir öğrenmez onu soruşturma yükümlülüğü altındadır. Savcılara kendilerine yapılan ihbar veya şikâyet hakkında belli koşulların varlığı durumunda soruşturmaya yer olmadığı kararı verme yetkisi tanıyan bu düzenleme, hiç kuşkusuz Türk hukukunda soruşturma mecburiyetinin ortaya çıkış şartlarını yeniden düzenlemiştir. Bu nedenle çalışmada soruşturmaya yer olmadığı kararı ile birlikte Türk hukukunda soruşturmaya mecburiyeti ilkesinin ne şekilde değişim gösterdiği, literatür taraması yöntemi kullanılarak incelenmiştir. Bu amaçla öncelikle düzenlemenin soruşturmaya yer olmadığı kararı verilebilmesi için aradığı koşullar olan ihbar ve şikâyet konusu failin suç oluşturmadığının herhangi bir araştırma yapılmasını gerektirmeksizin açıkça anlaşılması ile ihbar ve şikâyetin soyut ve genel nitelikte olmasının ne anlama geldiği üzerinde durulmuştur. Bu koşulların uygulama alanı bulabileceği durumlar, çeşitli somut örnekler üzerinden tartışılmıştır. İkinci olarak kararın hukuki sonuçları ve karara karşı başvurulabilecek kanun yolları ele alınmıştır. Çalışmada soruşturma mecburiyeti ilkesini ilişkin olarak Alman hukukunda yapılan düzenlemeler ile karşılaştırmalar yapılmış, düzenlemenin gerekçesini oluşturan lekelenmeme hakkının korunması için konunun ne şekilde düzenlenmesi gerektiğine ilişkin önerilerde bulunulmuştur.

### Anahtar Kelimeler

Soruşturma, Savcı, Şikâyet, Lekelenmeme Hakkı, Karar

### Decision on No Need for an Investigation (CMK art.158 f.6)

### Abstract

This study deals with the decision regarding no need for an investigation as regulated in Article 158.f.6 of the Turkish Criminal Procedure Code (CPC). The regulation regarding the decision to not conduct an investigation (SYOK) gives the public prosecutor the authority to decide that no need exists for an investigation, with the exceptions of opening an investigation or making a decision that no need exists for prosecution due to the conditions of investigation not being met. However, when a perpetrator commits a crime, a punitive relationship emerges between the perpetrator and the state. For this reason, the prosecutor's office is under the obligation to investigate news of a crime as soon as it is uncovered. This regulation gives prosecutors the authority to decide that no need exists for an investigation in the presence of certain conditions regarding the notice or complaint made to them and undoubtedly has rearranged the conditions under which the obligation to investigate emerges in Turkish law. Therefore, the study uses the literature review method to examine the changes to the principle of obligation to investigate in Turkish law through the decision that no need exists for an investigation. For this purpose, the study first emphasizes how the conditions the regulation requires in order to be able to make a decision not to investigate underline the fact that the act that is subject to notice and complaint does not constitute a crime is to be clearly understood without the need for any research, or that the

\* **Sorumlu Yazar:** Cem Şenol (Doç. Dr.), Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilimdalı, Erzurum, Türkiye. E-posta: cemsenal@atauni.edu.tr ORCID : 0000-0003-2970-2279

**Atf:** Senol C, "Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararı (CMK m.158 f.6)" (2023) 81(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 749. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2023.81.3.0008>



notice and complaint are abstract and general in nature. The study then uses various concrete examples to discuss the situations in which these conditions are able to find areas of application. The study goes on to discuss the legal consequences of the decision and the legal remedies that can be applied in the face of such a decision. The study makes comparisons with the regulations that occur in German law regarding the principle of the obligation to investigate and offers suggestions regarding how the issue should be regulated in order to protect the right to not be labelled a criminal.

**Keywords**

Investigation, Prosecutor, Complaint, Right to not be Labelled a Criminal, Prosecution

***Extended Summary***

The regulation regarding the decision that no need exist for an investigation (SYOK) is included in Article 158.f.6 of the Turkish Criminal Procedure Code (CPC). The regulation was added to Article 158 of the CPP titled “Notice and Complaint” as per Paragraph 6 of Decree Law No. 694 dated August 15, 2017 and accepted in its entirety by Article 140 of Law No. 7078 dated February 1, 2018.

The decision that no need exists for an investigation gives the public prosecutor the power to decide that no need is found for investigation with the exceptions of opening an investigation or making a decision that no need exists for prosecution due to the conditions of investigation not being met.

Once a perpetrator commits a crime, a punitive relationship occurs between the perpetrator and the state. For this reason, the prosecution is under obligation to investigate a crime as soon as the crime is uncovered. The regulation gives prosecutors the authority to decide that no need exists for an investigation in the presence of certain conditions regarding the notice or complaint being made and has rearranged the conditions in Turkish law regarding the obligation to investigate. As a result of this situation, the provision included in Art.158 f.6 of the CPC defines the initial suspicion that gives rise to the obligation to investigate, together with Article 160 of the CPC, which stipulates that the prosecutor is obliged to investigate in the presence of a situation that implies a crime has been committed.

The conditions in Art.158 f.6 of the CPC for making the decision to not investigate are shown as having the clear understanding that the act subject to the notice and complaint does not constitute a crime or that the notice and complaint are abstract and general in nature. Therefore, SYOK may be issued in cases where: a) the act constituting the subject of the notice or complaint is clearly understood to not constitute a crime with no need for research or b) the notice or complaint regarding a crime that has been committed is abstract and general in nature.

The primary condition for finding a field of application for both situations where SYOK may be applied involves the presence of a notice or complaint made in accordance with Art. 158 of the CPC. Prosecutor cannot make this decision in cases

where the prosecutor learns about the act on their own.

The first situation in which the public prosecutor can decide that no need exists for investigation is when the act that is subject to the notice or complaint is clearly understood to not constitute a crime without any investigation. In order for this situation to find a field of application, the act that constitutes the subject of the notice or complaint and the circumstances surrounding the incident should first be clearly known to the extent that any further investigation is clearly unnecessary and that no need clearly exists for any separate investigation to garner further information about the act. In this case, arriving at the SYOK may emerge from two different possibilities: Firstly, the Law does not regulate the act constituting the subject of the notice or complaint. Secondly, the act can be clearly understood to not constitute the typicality of the alleged crime based on the content of the notice or complaint. In order for this possibility to find a field of application, the condition of “being clearly understood” is a valid condition in terms of both the material nature of the act and its legal recommendation; this requires the prosecutor to have a definite opinion on both matters, one that leaves no room for doubt.

The second and final situation in which the public prosecutor can acceptably decide that no need exists for an investigation is when the nature of the notice or complaint that is made is abstract and general. In criminal procedure, the subject of a notice and complaint is the act. For this reason, a notice or complaint having an abstract and general nature means that the act that is the subject of the supposed crime notice is too abstract and too general. The act that forms the subject of a judgment may naturally not be as concrete at every stage of the judgment process. In any case, however, a concrete basis must be present in order to allow for a criminal investigation.

In criminal law, having an abstract and general charge of an act means that the charge does not have content that allows it to be distinguished from other similar acts and impositions, such as perpetrator, place, time, subject, and means. For this reason, the expression that a notice or complaint should be abstract and general in nature as justification for no need to exist for an investigation needs to be understood as lacking specific information such as the perpetrator, place, time, or subject that would remove the actual hypothetical claim that constitutes the subject of a notice or complaint.

In Article 158 f.6 of the CPP, which involves a situation where the person against whom a notice or complaint has been made will not gain the status of suspect, lawmakers accept that public prosecutors will directly issue an SYOK without any investigation when either of the two situations examined above are present.

A SYOK issued to a person who has received a notice or a complaint may be appealed in accordance with Article 173 of the CPP, entitled “Objection to the Prosecutor’s decision”. The right to object to the SYOK belongs to the person or persons who made the notice or complaint over which the SYOK was issued. The right to appeal must be exercised within a period of 15 days from the reporting of the decision. The authority to examine the objection belongs to the criminal judge of the Magistrates Court in the jurisdiction where the public prosecutor in the High Criminal Court who made the decision in question is located.

## I. Giriş

Modern devlet, hukuka uygun şiddet kullanma ve suç failini cezalandırma tekeline elinde tutar. Failin suç işlemesi ile birlikte fail ile devlet arasında bir cezalandırma ilişkisinin ortaya çıkması bu durumun bir sonucudur. Bu sebeple savcılık, hakkında yeterli şüpheye ulaştığı bir suç isnadı hakkında iddianame düzenleyerek kamu davasının açılmasını sağlamak yükümlülüğü altındadır. “Kovuşturma mecburiyeti”<sup>1</sup> olarak anılan bu ilke, soruşturma mecburiyetini de içinde barındırır. Diğer bir ifadeyle soruşturma mecburiyeti, bir suç şüphesinin var olduğu hallerde kovuşturma mecburiyeti gereğince ortaya çıkan bir yükümlülüktür. “Soruşturma mecburiyeti”, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (CMK)<sup>2</sup> 160. maddesinde düzenlenmiş, bu düzenlemeyle Cumhuriyet savcılarının, bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenir öğrenmez kamu davası açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlaması gerektiği kabul edilmiştir.

Şüphe, muhakeme sürecinin belirleyici kavramlardan biridir<sup>3</sup>. Ceza muhakemesinde suç şüphesinin varlığı, suç isnadına; suç isnadı ise muhatap kişinin hukuki statüsünde bir değişime yol açar. CMK m.2’de “şüpheli” olarak isimlendirilen, kişinin masum veya suçlu olarak kabul edilmediği bu yeni statü<sup>4</sup>, suç şüphesi altında olan kişinin yargılamanın sonucunda beraat etmesiyle hakkında varılan aklanma yargısıyla ortadan kalksa bile, toplumda suçlu olarak algılanmasına neden olabilmektedir. Bu durum, temel hak ve hürriyetleri güvence altına alma iddiasındaki bir anayasal düzende, kişinin toplum nazarında lekelenmemesini ve suçlu gibi muamele görmemesini sağlayacak tedbirlerin alınması gerektirmektedir.

Cumhuriyet savcısının soruşturma mecburiyeti doğmadığı gerekçesiyle soruşturmaya yer olmadığı kararı vermesini öngören düzenleme de bireylerin lekelenmeme hakkını korumak amacıyla<sup>5</sup> yapılmıştır.

## II. Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Yapılan Düzenleme

Soruşturma yapılmasına yer olmadığı kararına (SYOK) ilişkin düzenleme, CMK’nin “İhbar ve şikâyet” başlıklı 158. maddesine, 15 Ağustos 2017 tarihli ve 694 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin (KHK)<sup>6</sup> 145. maddesiyle 6. fıkraya

<sup>1</sup> Urs Kindhäuser, *Strafprozessrecht* (Nomos, 2013) 47; Werner Beulke, *Strafprozessrecht* (C.F.Müller, 2012) 21-23; Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Adalet Yayınevi, Ankara 2018) 42 vd

<sup>2</sup> 17.12.2004 tarihli ve 25673 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

<sup>3</sup> Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Beta, İstanbul 2019) 94.

<sup>4</sup> Kindhäuser (n 1) §6 Kn 2-13.

<sup>5</sup> Söz konusu hükmün gerekçesi şu şekildedir: “Madde ile 5271 sayılı Kanunun 158 inci maddesine eklenen fıkrayla soyut ve dayanıksız ihbar ve şikâyetler için savcıların soruşturma yapılmasına yer olmadığı kararı verebilmesi ve bu kararların ayrı bir sisteme kaydedilerek kişilerin lekelenmeme hakkının korunması öngörülmektedir”. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss500.pdf> (Erişim tarihi: 10 Eylül 2020). Ayrıca bakınız: Muharrem Özen ve Köksal Atacan, ‘Suçsuzluk Karinesi Bağlamında Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararı’ (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y 2019, S 68-1) 263, 280.

<sup>6</sup> 25 Ağustos 2017 tarihli ve 30165 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

olarak eklenmiş, 1 Şubat 2018 tarihli 7078 sayılı Kanun'un<sup>7</sup> 140. maddesiyle de aynen kabul edilmiştir. Düzenleme şu şekildedir: “İhbar ve şikâyet konusu fiilin suç oluşturmadığının herhangi bir araştırma yapılmasını gerektirmeksizin açıkça anlaşılması veya ihbar ve şikâyetin soyut ve genel nitelikte olması durumunda soruşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilir. Bu durumda şikâyet edilen kişiye şüpheli sıfatı verilemez. Soruşturma yapılmasına yer olmadığına dair karar, varsa ihbarda bulunana veya şikâyetçiye bildirilir ve bu karara karşı 173 üncü maddedeki usule göre itiraz edilebilir. İtirazın kabulü hâlinde Cumhuriyet başsavcılığı soruşturma işlemlerini başlatır. Bu fıkra uyarınca yapılan işlemler ve verilen kararlar, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından görülebilir”.

CMK m.158'e altıncı fıkra olarak eklenen bu düzenlemeyle Cumhuriyet savcısına, bir suç isnadına ilişkin ihbarlar ve şikâyetler hakkında, soruşturma açmak veya soruşturma şartları oluşmamışsa kovuşturmayaya yer olmadığı kararı vermek dışında doğrudan “soruşturma yapmaya yer olmadığı”na karar verme yetkisi tanınmıştır<sup>8,9</sup>.

### III. Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararı Verilebilmesinin Koşulları

#### 1. Genel Olarak

Soruşturma yapılmasına yer olmadığı kararı verilebilmesinin koşulları, CMK m.158 f.6'da “İhbar ve şikâyet konusu fiilin suç oluşturmadığının herhangi bir araştırma yapılmasını gerektirmeksizin açıkça anlaşılması veya ihbar ve şikâyetin soyut ve genel nitelikte olması...” şeklinde gösterilmiştir. Dolayısıyla SYOK sadece, bir suç işlendiğine ilişkin ihbar veya<sup>10</sup> şikâyetin, a) konusunu oluşturan fiilin suç teşkil etmediğinin araştırma yapılması gerekmeksizin açıkça anlaşılması ya da b) soyut ve genel nitelikte olması durumlarında verilebilir.

SYOK verilebilecek her iki halin uygulama alanı bulabilmesi için de öncelikli koşul, CMK m.158'e göre yapılmış bir ihbarın ya da şikâyetin varlığıdır. Dolayısıyla

<sup>7</sup> 8 Mart 2018 tarihli ve 30354 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>8</sup> Ahmet Gökeçen, Murat Balcı, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Adalet Yayınevi, Ankara 2020) 556.

<sup>9</sup> Söz konusu düzenleme doğrultusunda Eylül 2017'den 2020 sonuna kadar üçyüz üçbin yediyüz sekseniki dosyada soruşturmaya yer olmadığı kararı verildiği belirtilmektedir. <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/lekelenmeme-hakki-kapsaminda-303-bin-782-dosyada-sorusturma-yapilmasina-yer-olmadigi-karari-verildi/2098979> (Erişim tarihi: 20 Şubat 2021)

<sup>10</sup> CMK m.158 f.6'da yer verilen düzenlemede ihbar ve şikâyet ifadelerine yer verilse de ihbar ve şikâyet suçun farklı bildirim şekilleri olduğundan “ve” yerine “veya” bağlacının kullanılması doğru olacağından çalışmada bu şekilde kullanmayı tercih ettik.



savcı fiili kendiliğinden öğrendiği hallerde bu kararı veremez<sup>11</sup>. Bu tercihin söz konusu durumda savcılığın fiilin suç teşkil edip etmediğine yönelik kendi değerlendirmesini yapacağı, suç teşkil etmediği durumlarda soruşturmaya başlamayacağı düşüncesinden kaynaklandığını söylemek yanlış olmaz.

## 2. İhbar veya Şikâyet Konusu Fiilin Suç Oluşturmadığının Açıkça Anlaşılması

Cumhuriyet savcısının soruşturma yapmaya yer olmadığı kararı verebileceği ilk hal, *“İhbar veya şikâyet konusu fiilin suç oluşturmadığının araştırma yapılması gerekmeksizin açıkça anlaşılması”*dır.

Bu halin uygulama alanı bulabilmesi için, ihbar veya şikâyet yoluyla savcılıktan hakkında ceza soruşturması açılması talep edilen fiilin suç oluşturmadığının, ayrıca bir araştırma yapmaya gerek kalmaksızın, bildirim içeriğinden açıkça anlaşılabilir olması gerekir. Dolayısıyla bu halin uygulama alanı bulabilmesi için, öncelikle ihbar veya şikâyetin konusunu oluşturan fiilin ve olayı çevreleyen koşulların ayrıca araştırılmasına ihtiyaç duyulmayacak ölçüde açıkça biliniyor olması, fiil hakkında bilgi sahibi olmak için ayrıca bir araştırma yapılmasına ihtiyaç duyulmaması gerekir.

Bu hale dayanılarak SYOK verilebilmesi ise iki ayrı ihtimalden kaynaklanabilir: İlk olarak ihbar veya şikâyetin konusunu oluşturan fiil, Kanun’da suç olarak düzenlenmemiş olabilir. İkinci olarak ise fiilin isnat edilen suçun tipikliğini oluşturmadığı ihbar veya şikâyetin içeriğinden açıkça anlaşılabilir<sup>12</sup>.

Birinci ihtimalde, şikâyet veya ihbarın konusunu oluşturan fiil kanunda suç olarak düzenlenmemiştir. Bundan kasıt, söz konusu fiilin, karşılığında kanunilik ilkesi gereği bir ceza hukuku yaptırımını öngörülmüş bir fiil olmaması veya herhangi bir suçun tipikliğine vücut vermemesidir. Örneğin, kapalı yerde sigara içmek, emniyet kemeri takmadan araba sürmek, açık alanda öpüşmek, zina etmek veya alkollü içki içmek ya da sahihsiz bir hayvana eziyet etmek, öldürmek gibi fiiller ceza kanununda suç değildir. Yine karşılığında idari para cezası öngörülmüş kabahat niteliğindeki fiillerin ceza hukuku anlamında suç teşkil etmediği de açıktır. Bu sebeple savcılık, böylesi bir fiile ilişkin yapılmış ihbar hakkında doğrudan doğruya soruşturma yapılmasına yer olmadığı kararı vermelidir<sup>13</sup>. Bunun aksine fiilin hukuki tavsifinin bir suça vücut verme ihtimalinin bulunduğu durumlarda ise SYOK verilebilmesi için ihbar veya şikâyetin konusunu oluşturan fiilin suç olmadığının açıkça anlaşılması arandığı için

<sup>11</sup> Yerdelen Erdal, ‘SYOK Uygulamasında Sorunlar ve Çözüm Önerileri’ (ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi Y 2023, S 1) 4; Akbulut Berrin, ‘Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararı (CMK m.158/6)’ (Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi Y 2022, S 1) 165.

<sup>12</sup> Karşılaştırınız: Özen ve Köksal (n 5) 279; Hakan Kızıllarslan, ‘Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararları (SYOK) ve Bu Kararların Ceza Muhakemesi Sistematiği Açısından İrdelenmesi’ (TBB Dergisi (Y 2017, S 144) 80, 81.

<sup>13</sup> Akbulut (n 11) 170.

SYOK verilmemeli; konu, iddianame düzenlenerek mahkemenin değerlendirmesine sunulmalıdır. Örneğin, şikâyet veya ihbardan, alkol alan kişinin alkollüyen araç kullandığı anlaşılıyor veya böylesi bir şüphe doğuyor ise TCK m.179 f.3'te düzenlenen suçun oluşup oluşmadığının araştırılması gerekir. Bu nedenle böylesi bir durumda SYOK verilmemelidir.

Bunun dışında şikâyetin konusunu oluşturan uyuşmazlığın bir özel hukuk uyuşmazlığı olması durumunda da ortada suç teşkil eden bir fiil bulunmadığı için SYOK verilmelidir. Örneğin, “*benden buğday aldı ancak parasını vermedi*” şeklindeki bir şikâyet, özel hukuk uyuşmazlığına ilişkindir. Bu sebeple SYOK verilmesi gerekir. Şikâyetin somut bilgiler ile destekli dolandırıcılık iddiası içermesi durumunda ise soruşturma yapılması gerekir.

Fiilin suç oluşturmaması nedeniyle SYOK verilebilecek ikinci ihtimal, ihbar veya şikâyetin konusunu oluşturan somut olaydaki fiilin, isnad edilen suçun tipikliğini oluşturmadığının ayrıca bir araştırma gerektirmeyecek kadar açık olmasıdır. Bu durumun diğer ihtimalden farkı, şikâyetin konusunu oluşturan söz ya da davranış şeklindeki fiilin, gerçekleştiği iddia edilen suçun tipikliğine vücut vermemesidir. Dolayısıyla bu durumda bir suç tanımı olmasına karşın, somut olayda suç teşkil ettiği iddia edilen fiilin söz konusu suçun kanuni tanımını oluşturmadığı herhangi bir şüpheyeye yer bırakmayacak açıklıkta anlaşılmaktadır. Örneğin, bir tefsir profesörü, yaptığı doktora dersinde Kur'an'ın sadece anlam olarak vahyedildiği sözlerinin Hz. Muhammed'e ait olduğu mealinde “*Bu, Allah dili olabilir mi? İnsani dil olamaz mı, olabilir*” ifadesini kullanmıştır<sup>14</sup>. Bu da derste bulunan bir öğrenci tarafından kayda alınarak sosyal medyada yayılmıştır. Böylesi bir ifadeye ilişkin TCK m.216/3'de düzenlenen halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılamak suçundan yapılabilecek bir ihbar hakkında, söz konusu ifadelerin bir aşağılama değil bilimsel görüş açıklaması olduğu açık olduğundan doğrudan SYOK verilmesi gerekir. Konuya ilişkin verilebilecek ikinci bir örnek şudur: Fenerbahçeli bir spor yazarı, Fenerbahçe - Galatasaray maçında Fenerbahçe taraftarların açtığı, “seni de seni seveni de sevmiyoruz” pankartına yönelik eleştirilere karşı FETÖ terör örgütü ve PKK elebaşının olduğu resmi kullanarak, “*Sizi de, sizi seveni de, sizin sevdiğinizizi de sevmiyoruz. Beni de dava edin.*” açıklamasını yapmış; daha sonra bir paylaşım daha yaparak bu sefer fotoğraf olarak Atatürk'ü ve Fenerbahçe'nin logosunu kullanmış, ardından yaptığı açıklamada da “Ben bu tweet'imde ne bir kulübe FETÖ'cü ne de başka bir şey diyorum. Herhangi bir kulübün ne adı ne de ismi geçiyor. Ne de bir imada bulunuyorum. Bunu üstüne alınanların kendi sorunu. Bu iki adamı da sevenlerini de sevmiyorum. Bu ülkeye zarar veren kim varsa nefret ediyorum, açıklamasında bulunmuştur<sup>15</sup>. Bunun üzerine kendisi hakkında Galatasaraylı

<sup>14</sup> <https://tr.sputniknews.com/turkiye/202012031043334496-prof-mustafa-ozturk-emekliligini-talep-etti-ilahiyat-alemine-veda-ediyorum-artik-yeter/> (Erişim tarihi: 25 Ocak 2021)

<sup>15</sup> <https://ajansspor.com/haber/ahmet-ercanlarin-paylasimi-olay-oldu-357792> (Erişim tarihi: 20 Ağustos 2020).

Avukatlar ve Hukukçular Derneği tarafından TCK m.216'da düzenlenen halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçundan suç duyurusunda bulunulmuştur<sup>16</sup>. Bu olayda, ihbarın konusunu oluşturan fiilin ne olduğu konusunda bir belirsizlik bulunmadığı; olayda maddi uyuşmazlığın konusunu oluşturan fiilin tespiti için ayrıca bir araştırmaya gerek bulunmadığı açıktır. Yine ihbarın konusunu oluşturan fiilin de yöneldiği konu açısından TCK m.216'da düzenlenen suçun tipikliğini oluşturmadığı, ayrıca bir araştırmayı gerektirmeyecek kadar açıktır. Bu sebeple savcılığın, TCK m.158 f.6'da yapılan düzenlemenin ihbara konu olan kişinin lekelenmeme hakkını koruma amacına uygun olarak, soruşturmaya yer olmadığı kararı vermesi gerekir. Bunun aksine somut olayda ihbarın konusunu oluşturan fiilin TCK m.216'ya vücut verdiği anlaşılıyor ancak maddede cezalandırma için varlığı aranan, kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması” şeklindeki somut tehlike koşulunun yerine gelip gelmediğinin değerlendirilmesi gerekiyor olabilir. Yargılamada hâkim tarafından tespiti gereken böylesi durumla karşılaşan savcılığın, kamu davasının açılmasını sağlamak için soruşturma başlatması gerekir.

Bunun dışında olayda hukuka uygunluk sebebinin söz konusu olabileceği durumlarda da söz konusu sebebin şartlarının oluşup oluşmadığının araştırılmasının gerekmesi halinde SYOK verilmeyerek soruşturma yapılmalıdır.

Sonuç olarak bu ihtimalin uygulama alanı bulması için varlığı aranan “açıkça anlaşılma” koşulu, hem fiilin maddi yapısı hem de hukuki tavsifi açısından geçerli bir koşul olup savcılığın her iki hususa yönelik şüpheye yer bırakmayan kesin bir kanaate sahip olmasını gerektirir.

### 3. İhbar ve Şikâyetin Soyut ve Genel Nitelikte Olması

Kanun koyucunun Cumhuriyet savcısının soruşturmaya yer olmadığı kararı verebileceğini kabul ettiği ikinci ve son hâl, yapılan ihbar veya şikâyetin soyut ve genel nitelikte olmasıdır.

Ceza muhakemesinde ihbar ve şikâyetin konusunu fiil oluşturur<sup>17</sup>. Çünkü nasıl ki yargılamanın ve hükmün konusu iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiil ve fail ise soruşturmanın konusunu da şikâyet veya ihbarın konusu olan fiildir. Bu yüzden ihbar veya şikâyetin soyut ve genel nitelikte olması, söz konusu suç bildirimlerinin konusunu oluşturan fiilin soyut ve genel nitelikte olmasını ifade eder.

Ceza muhakemesinde ihbar ve şikâyete dayalı olarak soruşturulma yapılabilmesi, ortada soruşturmaya konu olabilecek suç teşkil eden bir fiilin bulunmasını gerektirir. Bu durum şikâyetin fiile dair bir muhakeme işlemi olmasının doğal ve mantıklı

<sup>16</sup> <https://twitter.com/gshukukcularder/status/1232374631446740992> (Erişim tarihi: 20 Ağustos 2020).

<sup>17</sup> Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Gökçürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku I* (Seşkin, Ankara 2020) 70; Centel ve Zafer (n 3) 108.

sonucudur. Bu sebeple bir ceza soruşturması, ferden tayin edilebilecek şekilde sınırlandırılmış bir fiilin varlığını gerektirir<sup>18</sup>. Bu bakımdan ceza muhakemesinde fiil kavramı, maddi ceza hukukundan farklı bir anlam taşır<sup>19</sup>. Kavram, soruşturma ve kovuşturma makamlarının araştırma ve karar verme görevinin kapsamını ve sınırlarını gösteren, ceza davasını ve kesin hükmü sınırlayıcı belirleyen sınırlayıcı bir fonksiyona sahiptir<sup>20</sup>.

Kovuşturma evresinde yargılamanın konusunu oluşturan fiil, soruşturma evresinde yürütülen araştırma neticesinde kapsamı belirlenerek (somutlaştırılarak) sınırlandırılmış fiildir<sup>21</sup>. Soruşturma ve kovuşturma makamlarının maddi gerçeği araştırma görevinin kapsamını da bu sınırları belirli “fiil” oluşturur. Nitekim ceza muhakemesinde hüküm, ancak iddianamede gösterilen fiil ve faili hakkında verilebilir (CMK m.225). Hükmün konusunu oluşturacak fiil ve failin iddianamede belirtilmesi ve hükümde açıkça gösterilmesi, davasız yargılama olmaz ilkesinin zaruri bir sonucudur<sup>22</sup>. Yargılamanın sonucunda maddi gerçeğin ortaya çıkarıldığından bahsedilebilmesi de bu fiil ve faili hakkında şüpheye yer bırakmayan bir kanaate ulaşılmasıyla mümkün olmaktadır.

Yargılamanın konusunu oluşturan fiil, doğal olarak muhakeme sürecinin her aşamasında aynı derecede somut olmayabilir. Zira soruşturma evresinin başında fiile yönelik kesin bir sınırlandırma söz konusu olmadığından<sup>23</sup>, soruşturmanın konusunu oluşturan fiil ve faili, bu aşamada belirlilik göstermeyebilir. Fiil, çoğu durumda, soruşturma evresinde yürütülen araştırma faaliyetinin sonucunda belirlilik kazanır. Örneğin, sahile vurmuş bir cesedin bulunması durumunda henüz ne fiil ne de fail konusunda bir belirlilik olmamasına karşın, ceza soruşturmasına başlanması için gerekli suç şüphesine temel oluşturan bir hal vardır. Çünkü ortada araştırılabilir bir durum vardır. Soruşturma evresini başlatacak bir iddia, her halükârda araştırılabilir bir temele sahip olmalıdır.

Bir suç işlendiği iddiasına ilişkin başlangıç şüphesinin varlığı, soruşturma makamlarının bireylerin hak alanına müdahalesine neden olacak bir ceza soruşturması başlatabilmesi açısından hem bir koşul hem de asgari şarttır. Bu nedenle böylesi bir şüphe ortaya çıkmadığı sürece ceza soruşturması başlatma yükümlülüğü doğmadığı gibi soruşturma makamlarının da bireylerin hak alanına müdahaleye yol açacak bir

<sup>18</sup> Ceza muhakemesinde fiil kavramının genel olarak sınırlayıcı fonksiyonu ve özel olarak soruşturma evresindeki sınırlandırıcı rolü konusunda bakınız: Kindhäuser (n 1) §25 Kn 5 vd; Beulke (n 1) §25 Kn 512; Pekmez Tuba Kelep, *Ceza Muhakemesinde Fiil* (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilimdalı, Doktora Tezi, İstanbul 2018) 14.

<sup>19</sup> Beulke (n 1) §25 Kn 513; Kindhäuser (n 1) §25 Kn 4.

<sup>20</sup> Kindhäuser (n 1) §25 Kn 3 vd; Pekmez (n 18) 13.

<sup>21</sup> Kindhäuser (n 1) §25 Kn 3 vd; Beulke (n 1) §25 Kn 512; Pekmez (n 18) 14.

<sup>22</sup> Kindhäuser (n 1) §25 Kn 3.

<sup>23</sup> Pekmez (n 18) 22, 121, 126.

ceza soruşturması başlatmaması gerekir<sup>24</sup>. Bu, lekelenmeme hakkının bir gereğidir.

Türk hukukunda, CMK m.158 f.6'da yer verilen hüküm, suç işlendiği izlenimi veren bir halin varlığı durumunda savcının soruşturma yükümlülüğünün doğacağını öngören CMK m.160 hükmüyle birlikte başlangıç şüphesi kavramının temelini oluşturur<sup>25</sup>. Bu açıdan somut bir olayda herhangi bir ihbarın veya şikâyetin ne zaman soyut ve genel kabul edileceği veya ihbar ve şikâyetin bir suçun işlendiği izlenimi verdiği hususunda genel geçer bir uygulamaya imkân verecek ölçütleri tespit etmek, ceza muhakemesi uygulaması açısından önem taşır.

Araştırma mecburiyetine ilişkin CMK m.158 f.6 ile m.160'da düzenlenen hükümlerin Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki (AICMK) karşılığı, söz konusu Kanun'un 152/2. ve 160. maddeleridir. Söz konusu düzenlemelerden ilki, Savcılığın, maddi vakaya ilişkin olguya dayalı yeterli maddi dayanak noktalarının varlığın durumunda, aksine bir hüküm bulunmadığı sürece suçu soruşturmak için re'sen harekete geçeceğini öngörmektedir. AICMK m.160 f.1 ise Savcılığın bir suçun işlendiği şüphesini bildirim (ihbar ya da şikâyet) veya başka bir yolla öğrenmesi durumunda kamu davası açılmasının gerekip gerekmediğine karar vermek için hemen olayı araştırmaya başlaması gerektiğini düzenlemektedir.

Alman hukukunda, söz konusu hükümler gereğince savcının araştırma yükümlülüğünün doğması için bir başlangıç şüphesinin varlığının gerekli olduğu kabul edilmektedir<sup>26</sup>. Buna göre savcının araştırma yükümlülüğünü doğuracak bir başlangıç şüphesinin varlığından bahsedilebilmesi, yeterli olgusal kanıtların varlığı durumunda söz konusu olur. Ancak bunun için cezalandırılabilir bir suçun varlığını işaret eden, araştırmaya temel oluşturacak genel bir olasılığın varlığını işaret eden somut olguların varlığı yeterlidir<sup>27</sup>. Maddi gerçeğe ilişkin olgular aslen savcının yapacağı araştırmanın sonucunda ortaya çıkacağından, soruşturmaya başlanabilmesi için kuvvetli veya yeterli şüphenin var olması gerekmez<sup>28</sup>. Bu kapsamda soruşturmanın dayanağını, somut olgulara dayanması kaydıyla tek taraflı iddialar ve söylentiler de oluşturabilir. Zira soruşturmanın başlangıç evresinin amacı olasılığın derecesini denetlemek olmadığından, soruşturmaya başlanabilmesi için somut olguya dayalı olmak kaydıyla bir suçun işlendiğine yönelik küçük bir olasılığın bulunması yeterlidir<sup>29</sup>. Yine suç şüphesinin dayanağı olan eylemlerin bir suçun tipikliğini

<sup>24</sup> Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Seçkin, Ankara 2019) 582.

<sup>25</sup> Yenisey ve Nuhoğlu (n 24) 582.

<sup>26</sup> Beulke (n 1) §15 Kn 311; Kindhäuser (n 1) §4 Kn 10.

<sup>27</sup> Werner Beulke, v. Jörg-Peter Becker, Volker Erb, Robert Esser, Ulrich Franke, Kirsten Graalman-Scheerer, Hans Hilger, ve Alexander Ignor (Hrsg.), *Löwe-Rosenberg StPO Online* (De Gruyter, 2014) § 152 Kn 23; Plöd JM, v. Heintschel-Heinegg / Stöckel (Hrsg.), *KMR - Kommentar zur Strafprozessordnung* (Carl Heymanns Verlag, 2015) § 152 Kn 18; Lutz Meyer - Goner ve Bertram Schmitt, *Strafprozessordnung Kurz Kommentar* (C.H.Beck, 2014) § 152, Kn 4; Beulke, (n 1) §15 Kn 311.

<sup>28</sup> WeBlau E, v. Wolter (Hrsg.), *SK-StPO Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung Band III*, (Carl Heymanns Verlag, 4. Baskı, 2011) § 152 Kn 12.

<sup>29</sup> Beulke (n 27) § 152 Kn 23; Plöd (n 27) § 152 Kn 18; Meyer-Goner ve Schmitt (n 27) § 152 Kn 4.

karşılıklı karşılamadığı soruşturmanın sonucunda ortaya çıkacağından, tipikliğin ihlal edilip edilmediğinin belli olmaması başlangıç şüphesinin oluşması için gerekli değildir<sup>30</sup>. Ayrıca soruşturmaya başlanabilmesi için söz konusu başlangıç şüphesinin belirli bir kişiyi işaret etmesi gerekli olmayıp suç teşkil eden bir fiile yönelik şüphenin varlığı yeterlidir<sup>31</sup>. Buna karşın somut olguların varlığının kabul edilebilmesi için, somut olaya dair kanıtların ipuçlarının olması gerektiği, varsayımların, açıkça temelsiz veya yanlış olduğu bilinen iddiaların ya da birilerini sürekli şikâyet etmeyi alışkanlık haline getirmiş kişilerin şikâyetlerinin, soruşturma yükümlülüğü doğurmayacağı belirtilmektedir. Yine ihbarın somut olgulara dayanmadığı durumlarda, uyuşturucu suçlarının sıkça havalimanlarında işlenmesi türünden, belirli suçların belirli yerlerde sıklıkla işlendiğini gösteren istatistikler gibi güvenilir kriminolojik bulguların varlığının, bir soruşturma başlatılmasına neden olmayacağı ifade edilmektedir<sup>32</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kendisine yapılan ihlal başvurularına dayanak teşkil eden olaylarda taraf devletin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 13. maddesine göre etkili bir iç hukuk yolu sağlama yükümlülüğünün doğması için, başvurusunun ihlal iddiasının tartışılabilir bir iddiaya (arguable claim) dayanması gerektiğini kabul etmektedir.

Mahkeme verdiği kararlarda tartışılabilir iddia kavramının soyut ve genel bir tanımını yapmamış, bir iddianın bu nitelikte olup olmadığını, söz konusu başvuruya ilişkin somut olgular, hukuki meseleler ve ileri sürülen hususlar çerçevesinde değerlendirileceğini kabul etmiştir. Mahkeme'ye göre gerçeğe, olguya veya güvenilir bir delile dayanmayan, açıkça dayanaktan yoksun (manifestly ill-founded) bir iddia, tartışılabilir nitelikte olmayan bir iddiadır. Bir iddianın tartışılabilir bir iddia olması için hukuki ve fiili dayanağının olması gerekir. Bunun için iddianın, gerçek bir ihlal var olmasa bile, bir ihlalin gerçekleşmiş olabileceği olasılığına işaret eden, bir ihlalin varlığına yönelik haklı şüphe oluşturan en azından belirti niteliğinde bulgulara dayanması gerekir. Kuşkusuz bir merci önünde ileri sürülen bir iddianın tartışılabilir olduğunun kabul edilmesi için bütün delillerin ileri sürülmesi gerekmez. Delillerin eksik veya yetersiz olması, iddianın tartışılabilir bir iddia olarak kabul edilmesi sonucunu doğurmaz. Somut olgulara dayanması ve gerçek olabileceğini gösteren delillerin varlığı yeterlidir. Ancak üzerinde tartışma yürütmeye elverişli temele sahip olmayan ya da şikâyet hakkını istismar eder nitelikteki iddialar "istismarcı iddia"lar (abusive claim) olup şikâyetin incelenmesini gerektirmez<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Plöd (n 27) § 152 Kn 19.

<sup>31</sup> Beulke (n 27) § 152 Kn 23; Meyer-Goner ve Schmitt (n 27) § 152 Kn 5; Weblau (n 28) § 152 Kn 13.

<sup>32</sup> Weblau (n 28) § 152 Kn 14; Beulke (n 27) § 152 Kn 22.

<sup>33</sup> Christoph Grabenwarter, *European Convention on Human Rights Commentary* (C H Beck Verlag, 2014) §13, Kn 12; Cem Şenol, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü* (Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2013) 123-125; Rainey Bernadette, Elizabeth Wicks ve Clare Ovey, *Jacobs, White, ve Ovey The European Convention on Human Rights*, (Oxford University Press, 6. Baskı) 132.

Bu açıklamalar doğrultusunda, CMK m.158 f.6'da yer verilen “soyut ve genel nitelikte olma” koşulunu Alman hukukundaki görüşler ve AİHM'nin savunulabilir iddia konusundaki yaklaşımını da dikkate alarak açıklamak gerekirse: Soyut, kelime anlamı olarak “*Varlığı duyularla algılanamayan, mücerret, somut karşıtı, abstre*” ve “*Anlaşılması, kavranılması güç*” demektir<sup>34</sup>. Genel ise “*bir şeye veya bir kimseye özgü olmayıp onun bütün benzerlerini içine alan, umumi*” ve “*ayrıntıları göz önüne alınmayarak bütünü bakımından ele alınan*” anlamına gelmektedir<sup>35</sup>. İzlenim ise “*bir şeyin duyular yoluyla insan üzerinde bıraktığı tesir, intibâ*”<sup>36</sup>dır. Ceza hukukunda bir fiil isnadının soyut ve genel olması, onun fail, yer, zaman, konu, araç gibi diğer benzeri fiil ve isnatlardan ayrılmasını sağlayacak bir içeriğe sahip olmasını ifade eder<sup>37</sup>. Ceza muhakemesi hukukunda da muhakemenin konusunu oluşturan fiilin tarihsel bir olay olduğu, fiili oluşturan birleşik tarihsel sürecin içerisinde hangi vakaların yer aldığından belirlenmesi açısından belirleyici ölçütlerin, suçun işlendiği yer, zaman, konusu ve suç teşkil eden fiilin genel yönelimi olduğu kabul edilmektedir<sup>38</sup>. Bu nedenle ihbar ve şikâyetin soyut ve genel olması ifadesini, ihbarın veya şikâyetin konusunu oluşturan fiili, varsayımsal bir iddia olmaktan çıkaracak fail, yer, zaman, konu gibi bilgilerden yoksun olması şeklinde anlamak gerekir<sup>39</sup>,<sup>40</sup>.

Yukarıda yapılan izahatı bir örnek üzerinden açıklamak gerekirse: A ili Cumhuriyet Başsavcılığına gelen bir ihbar mektubunda, bir kamu kurumunda rüşvet çarkı kurulduğu, memurların rüşvet almadan iş yapmadığı, soruşturma yapılarak faillerin cezalandırılması talep edilmiştir. Bu ihbar mektubu kendisine ulaşan Cumhuriyet savcılığı, soruşturmaya başlamadan önce, soruşturma açıp açmayacağına karar vermek için, ihbarın soyut ve genel olup olmadığı, CMK m.160 çerçevesinde bir suçun işlendiği izlenimini veren bir iddia oluşturup oluşturmadığına ilişkin değerlendirme yapmalıdır. Yukarıda belirtilen ölçütler çerçevesinde bu iddianın suç işlendiği izlenimi veren bir iddia, kişinin bildirim ceza muhakemesi anlamında bir ihbar olarak kabul edilebilmesi için; yer, zaman, kişi, işleniş şekli gibi ihbarı somutlaştırarak varsayımdan iddiaya dönüştürecek bilgilerin en azından bazılarını içermesi gerekir. Zira ortada gerçek anlamda bir ihbar veya şikâyet bulunduğu bahsedilebilmesi,

<sup>34</sup> <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim tarihi:10 Ağustos 2020).

<sup>35</sup> <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim tarihi:10 Ağustos 2020)

<sup>36</sup> <http://www.lugatim.com/s/izlenim> (Erişim tarihi: 20 Ağustos 2020)

<sup>37</sup> İsnadın soyut veya somutluğu konusunda bakınız: Mahmut ve İlhan Üzülmec, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Adalet Yayınevi, Ankara 2020), 478.

<sup>38</sup> Beulke (n 1) §25 Kn 13.

<sup>39</sup> 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanun'un 4. maddesinde, “*Bu Kanuna göre memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılacak ihbar ve şikâyetlerin soyut ve genel nitelikte olmaması, ihbar veya şikâyetlerde kişi veya olay belirtilmesi, iddiaların ciddi bulgu ve belgelere dayanması, ihbar veya şikâyet dilekçesinde dilekçe sahibinin doğru ad, soyad ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin bulunması zorunludur. Üçüncü fıkradaki şartları taşımayan ihbar ve şikâyetler Cumhuriyet başsavcıları ve izin vermeye yetkili merciler tarafından işleme konulmaz ve durum, ihbar veya şikâyette bulunana bildirilir. Ancak iddiaların, sıhhati şüpheye mahal vermeyecek belgelerle ortaya konulmuş olması halinde ad, soyad ve imza ile iş veya ikametgâh adresinin doğruluğu şartı aranmaz. Başsavcılar ve yetkili merciler ihbarcı veya şikâyetçinin kimlik bilgilerini gizli tutmak zorundadır.*” ifadelerine yer verilmiştir.

<sup>40</sup> Akbulut (n 11) 172 vd



şikâyetin ve ihbarın konusunu bir fiil oluşturduğundan, kişinin bildirimiminin bir fiile istinat etmesine bağlıdır. Soruşturma evresini başlatacak bir iddianın, her halükârda araştırılabilir temele sahip olması gerekir. Savcının görevi üzerinde soruşturma yürütebileceği bir fiil icat etmek değil; şikâyet veya ihbar yolu ile kendisine bildirilen uyuşmazlığın konusunu oluşturan fiili, yeri, zamanı, işleniş şekli, mağduru ve faili bakımından somutlaştırmaktır<sup>41</sup>. Bu sebeple yukarıda bahsedilen türden, kurumdaki hangi memurların rüşvet aldığı, hangi iş veya işler için kimden, nerede, ne zaman ve neyi rüşvet aldığı konularının en azından bazıları hakkında, bir araştırmaya temel oluşturacak bir iddia içermeyen bildirimler, araştırılabilir bir temele sahip olmaması nedeniyle aslen suç bildirimini de teşkil etmez. Böylesi bir bildirim, aslen bir ihbardan ziyade dedikodu aktarımı veya karalama faaliyeti niteliğinde istismarcı bir şikâyetdir. Bu sebeple böylesi bir ihbar hakkında, kişilerin lekelenmeme hakkını korumak için SYOK verilmesi gerekir. Ancak yukarıda örnek olarak zikredilen ihbarın, misalen, A inşaat firmasına, yaptıkları iş merkezi inşaatı için rüşvet karşılığı imar planına aykırı olarak iki kat fazla inşaat izni verdiği şeklinde araştırılabilir somutlaştırılmış iddialar içermesi durumunda, mevcut mevzuata göre ortada CMK m.160 anlamında bir suçun işlendiği izlenimi veren hal bulunduğu için ceza soruşturması başlatılması gerekir. Zira burada belli bir inşaatın yapımından bahsedilmekte ve buna ilişkin, tespit edilebilir, suç teşkil eden belli bir fiilden bahsedilmektedir. Burada iddianın tek yanlı veya söylenti şeklinde olması, rüşvet alan ve verenin kim olduğu, rüşvetin miktarı gibi hususların belli olmaması, bunlar soruşturma sonucunda tespit edilebilecek hususlar olduğu için, bir soruşturma başlatılmasına engel olmaz. Dolayısıyla soruşturma yükümlülüğünün doğması için, ihbar veya şikâyetin suç iddiasının en azından bazı delillerini içermesi gerekmez; soruşturmaya temel oluşturabilecek somut bilgiler barındırması yeterlidir. İhbar ve şikâyetin yeterli somut dayanaklara sahip olup olmadığı, ihbar veya şikâyetin içerdiği bilgiler nedeniyle her somut olayda ayrıca takdir edilecektir<sup>42</sup>. Bu durumun somut olayda savcının cezai olaylara yönelik mesleki tecrübesi ile belirlenebileceği ve savcının bu konuda değerlendirme alanına sahip olduğu, kabul edilmektedir<sup>43</sup>.

Yukarıdaki örnekteki benzer durumlarda Türk hukuk uygulamasında lekelenmeme hakkı bakımından temel bir sorun, fiile ilişkin hususlar araştırma neticesinde tam olarak ortaya çıkarılmadan, kişilere suç isnadında bulunulması, soruşturmanın fiil yerine fail odaklı yürütülmesidir. Oysaki ceza soruşturması kişiyi

<sup>41</sup> CMK m.170'de de savcının iddianamede yer vermesi zorunlu olan hususlar; şüphelinin, maktulün, mağdurun ve suçtan zarar görenin kimliği, suçun işlendiği yer, zaman ve yüklenen suç için uygulanması gereken kanun maddeleri gibi hususlar olarak gösterilmiştir.

<sup>42</sup> Alman hukukunda, başlangıç şüphesinin genel bir tanımının yapılamayacağı, suçun ağırlığı ve aydınlanma olasılığına bağlı olduğunu ileri süren görüşler bulunmaktadır. Bu görüşe karşı ise söz konusu yaklaşımın daha pratik olmakla birlikte kanunilik ilkesi ile hedeflenen güvenceleri karşılamaktan ve somut olayda yasaya uygunluk denetimi yapmaktan uzak olduğu, söz konusu yaklaşımın başlangıç şüphesi kavramını açıkığa kavuşturmaktan ziyade daha da muğlaklaştırdığı eleştirileri yapılmaktadır. Weßlau (n 28) §152 Kn 12.

<sup>43</sup> Weßlau (n 28) § 152 Kn 12; Beulke (n 27) § 152 Kn 25.



öncekinden farklı bir hukuki konuma yerleştirdiğinden, soruşturma, hakkındaki şüpheler somut delillere dayanmadıkça şüpheli sıfatıyla bir kişiye yönelmemelidir<sup>44</sup>. Bu sebeple somut olgulara dayanmasına rağmen yeterli delil içermeyen ihbar ve şikâyetlere yönelik soruşturmalarda, hakkında yeterli somut delile ulaşılamayan kişiler hakkında suç isnat edici muhakeme işlemlerinin yapılmaması gerekir<sup>45</sup>.

Uygulamada bir ihbarın soruşturmaya dayanak teşkil etmesi açısından sorunlu bir husus, özellikle uyuşturucu gibi ciddi suçlara ilişkin doğrudan kolluk güçlerine yapılan ihbarlardır. Örneğin, A şahsının işlettiği güzellik servisinde müşterilerine uyuşturucu sattığı veya A güzellik salonunda fuhuş yaptırdığı yönündeki bir sözlü ihbarda bulunduğunu varsayalım. Bu durumda ihbar başkaca ayrıntı içermiyorsa savcılık tarafından bir ceza soruşturması açılması için yeterli bir ihbarın bulunduğu bahsetmek mümkün değildir. Ancak ortada, en azından kolluk güçlerinin mesleki duyarlılık gereği göz ardı etmesinin pek de mümkün olmadığı bir iddia bulunmaktadır. Bu nedenle böylesi durumların çoğunda kolluk güçleri durumu savcılığa bildirmeden kendisi bir araştırma yürütmekte, somut bazı olgulara ulaşmaları durumunda da konuyu savcılığa intikal ettirmektedir. Doğrudan bir adli kolluk teşkilatının kurulmamasının mümkün kıldığı bu durumda, soruşturma evresi CMK m.160 gereğince suç haberinin Cumhuriyet savcısı tarafından öğrenilmesi ile başladığından, kolluğun yürüttüğü bu araştırma faaliyeti ceza muhakemesi bakımından soruşturma niteliğinde değildir. Ancak kolluğun yürüttüğü araştırma faaliyet sırasında, örneğin, bildirim konusunu oluşturan kişiyi takip ederken uyuşturucu satın alırken görmesi ve yakalaması durumunda, CMK m.90 gereğince suçüstü haline dayalı bir yakalama söz konusu olmaktadır. Ancak uyuşturucunun üst araması yapılması veya çantasının açtırılması gibi arama niteliğindeki işlemler sonucunda elde ele geçirilmesi, Türk hukukunda mutlak değerlendirme yasağı yaklaşımı benimsendiğinden, elde edilen delilin hukuka aykırı olup olmadığı problemini ortaya çıkarmaktadır<sup>46</sup>.

#### IV. Soruşturmaya Yer Olmadığı Kararı ve Sonuçları

Kanun koyucu CMK m.158 f.6'da Cumhuriyet savcısının yukarıda incelenen iki halden birisinin varlığı halinde herhangi bir soruşturma yapmadan doğrudan SYOK vereceğini, bu durumda aleyhinde ihbarda veya şikâyette bulunulan kişinin şüpheli sıfatı kazanmayacağını kabul etmiştir<sup>47</sup>.

SYOK, savcılığın idari bir organ olmasına ve CMK'ye göre başlayan bir ceza soruşturması bulunmamasına karşın, hukuki niteliği bakımından adli hizmete yönelik olan ve kendisine karşı adli başvuru yolu öngörülen bu karar, adli nitelikte

<sup>44</sup> Beulke (n 27) § 152 Kn 23; Meyer-Goner ve Schmitt (n 27) § 152 Kn 5; Weblau (n 28) § 152 Kn 13.

<sup>45</sup> Aynı yönde Yerdelen (n 11) 6.

<sup>46</sup> Polis – savcı çatışması konusunda bakınız: Weblau (n 28) § 152 Kn 16.

<sup>47</sup> Akbulut (n 11) 188.

bir karardır. Söz konusu karar ayrıca, ortada bir ceza soruşturması yapmayı gerektirir CMK m.160'da yer alan şartları taşıyan bir ihbarın veya şikâyetin bulunmadığına ilişkin bir tespit kararıdır.

SYOK'ların ve bu kapsamda yapılan işlemlerin, bunlara mahsus bir sicile kaydedilmesi öngörülmüştür<sup>48</sup>. Dolayısıyla bu kararlar, KYOK kararlarından ve benzer hükümler öngörülen kamu davasının açılmasının ertelenmesi ya da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarından ayrı bir sicile kaydedilir. Bu kararın, karara karşı öngörülen hukuk yollarına başvurulabilmesi için ihbarda bulunan veya şikâyetçiye bildirilmesi ise kanun hükmü gereği zorunludur. Buna karşın, düzenleme ile lekelenmeme hakkının korunması amaçlandığı ve bu konudaki kayıtların sadece Cumhuriyet savcısı, hakim ve mahkeme tarafından görülebileceği kabul edildiği için, bir kamu görevlisi hakkında asılsız bir ihbar nedeni ile verilen SYOK'un çalıştığı kamu kurumuna bildirilmemesi gerekir<sup>49</sup>.

#### **V. Soruşturmaya Yer Olmadığı Kararına Karşı Başvurulabilecek Kanun Yolları**

Kanun koyucu, SYOK'a, kovuşturmaya yer olmadığı kararına ilişkin usule göre itiraz edilebileceğini kabul etmiştir(CMK m.158/6). Bu sebeple yaptığı bir ihbar veya şikâyet hakkında SYOK verilen kişi, bu karara, CMK'nin "Cumhuriyet savcısının kararına itiraz" başlıklı 173. maddesi gereğince itiraz edebilir.

SYOK'a karşı itiraz edilebileceği kabul edilmiş olsa da itiraz kanun yolu, bu kanun yolunun düzenlendiği CMK m.267'ye göre, kural olarak hâkim, kanunda açıkça hüküm bulunan hâllerde ise mahkeme kararlarına karşı gidilebilen bir kanun yoludur. Ancak CMK'de, hem 173. maddede hem de el konulan eşyanın iadesini düzenleyen 131. madde gibi bazı maddelerde, Cumhuriyet savcısının kararlarına karşı gidilecek kanun yolu, "itiraz" olarak isimlendirilmiştir. Dolayısıyla Kanun'un kendi içerisinde çeliştiğini, ayrıca hâkim ve savcı kararlarına karşı aynı hukuk yolunu öngören bu neviden düzenlemelerinin hukuk tekniği açısından da hatalı bir yaklaşım teşkil ettiğini söylemek mümkündür<sup>50</sup>. Bu açıdan savcılık kararlarına karşı başvurulabilecek ayrı bir hukuk yolunun öngörülmemiş olmasının CMK'nin temel eksiklerinden birini teşkil ettiğini belirtmek gerekir. Nitekim öğretilerde de KYOK kararlarına karşı başvurulabilen hukuk yolunun hukuki niteliğinin "itiraz" değil, idari bir makamın kararına karşı açılan ve başvuru yapılan hâkimlik tarafından yürütülen

<sup>48</sup> Akbulut (n 11) 194 vd

<sup>49</sup> Yerdelen (n 11) 12.

<sup>50</sup> Centel ve Zafer (n 3) 584.

tali bir ceza davası olduğu belirtilmektedir<sup>51</sup>. SYOK gibi ortada bir ceza soruşturması bile bulunmayan durumlarda yapılacak inceleme ve verilecek kararın bir ceza davası olarak kabul edilmesinin pek uygun olmayacağı ise açıktır. Bu bakımdan karara karşı öngörülen hukuk yolunun isabetli olmadığını, bir “soruşturma davası” olarak yeniden düzenlenmesi gerektiğini belirtmek gerekir. Mevcut durumda ise m.158.f.8’da yer verilen “...usule göre itiraz edilebilir” ifadesindeki itiraz lafzının, CMK m.267’deki itiraz kanun yoluna atıf yapmadığını, kelimenin gündelik dildeki kullanımı doğrultusunda kullandığını kabul etmek isabetli olur.

SYOK’a itiraz etme hakkı, hakkında karar verilen ihbar veya şikâyeti yapan kişi veya kişilere aittir. Bunun dışında, hakkında ihbar veya şikâyetle bulunulan kişi de dâhil diğer kişilerin başvuru hakkı bulunmamaktadır. Ancak öğretilde, “*Kişi, her ne kadar mesnetsiz ve soyut olsa da kendisine yükletilmek istenen suçla ilgili bütün soruşturma işlemleri yapılarak konunun hiçbir tereddüde yer bırakmayacak şekilde aydınlatılmasını ve KYOK’ la hakkının teslim edilmesini talep edebilir. Bu tür durumlarda, ceza muhakemesinin genel yapısı ve haklar bütünü içerisinde, şikâyet edilene de itiraz hakkının verilmesinin hukukun özüne daha uygun olacağı kanaatindeyiz.*” gerekçesiyle bu kişilere de itiraz hakkı verilmesinin doğru olacağı ileri sürülmüştür<sup>52</sup>.

SYOK’a itiraz edecek kişi, bu hakkını, CMK m.158 f.6 gereğince kendisine bildirilmesinden itibaren on beş günlük hak düşürücü süre içerisinde kullanabilir. Bunun dışında CMK m.158 f.6’da, m.173 f.1’den farklı olarak, “tebliğ” yerine “bildirim” ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. Tebligat kelimesinin bildirim anlamına geldiği, tebligatın kurucu unsurunun bildirim olduğu; CMK m.172 f.1 c.2’de de bildirim ifadesinin kullanıldığı göz önünde bulundurulurak<sup>53</sup> bildirim kelimesinin tebligat ile eş anlamlı olarak kullanıldığını kabul etmek doğru olur.

SYOK yönelik itirazı inceleme yetkisi, CMK m.158 f.6’nın 173. maddeye yaptığı gönderme nedeniyle söz konusu kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerde görev yapan sulh ceza hâkimine aittir. Sulh ceza hâkimi, itirazı temelde 173. maddede öngörülen usul çerçevesinde inceler. Ancak m.158 f.6’ya dayanarak yapılan bir başvuruda,

<sup>51</sup> Centel ve Zafer (n 3) 584. Öztürk ve diğerleri, bu hukuk yolunu kovuşturma davası olarak nitelendirmektedir. Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Esra Alan Akcan, Özdem Özyayın, Efsar Erden Tütüncü, Derya Vilemin Altınok ve Mehmet Can Tok, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (Seçkin, Ankara 2019) 233.

<sup>52</sup> Kızılarslan (n 12) 91, 92.

<sup>53</sup> Derya Belgin Güneş, ‘Tebliğ Yokluğu’ (İÜHF M C LXXIV, Y 2016, S 1) 221.

173. maddenin 3., 5. ve 6. fıkraları<sup>54</sup> için doğası gereği uygulama alanı bulmaz<sup>55</sup>. Dolayısıyla itirazı inceleyecek sulh ceza hâkimliği, savcılığa yapılan ihbar veya şikâyetin CMK m.160'da ceza soruşturması açılması için öngörülen “suç işlendiği izlenimi veren hal” koşulunu karşılayıp karşılamadığı hususunda, ortada henüz bir soruşturma olmadığı için ayrıca bir araştırma yaptırmaksızın sonuca varmalıdır. Bir suç şüphesinin varlığı durumunda ceza soruşturması zorunlu olduğu için, yapılacak incelemede<sup>56</sup>, savcının somut olayda CMK m.158 f.6'da SYOK verilebilmesi için aranan koşullar ile CMK m.160'da soruşturma açılması için varlığı aranan asgari şarttan hangisinin oluştuğuna dair verdiği tespit kararı denetlenir. Sulh ceza hâkimi inceleme sonucunda, itirazın kabulü veya reddine karar verir. İtirazın reddine karar verilmesi, savcılığın verdiği SYOK'un onanması anlamına gelir ve söz konusu ihbar veya şikâyete yönelik bir ceza soruşturması açılmayacağı kesinleşmiş olur.

Öğretide, sulh ceza hâkimliğince verilen ret kararına karşı olağanüstü bir kanun yolu olarak kanun yararına bozma yoluna gidilebileceği ileri sürülmüştür<sup>57</sup>. Nitekim KYOK'u onayan sulh ceza hâkimliği kararları aleyhine kanun yararına bozma yoluna başvurulması, Yargıtay tarafından da kabul edilmektedir<sup>58</sup>. Bu sebeple SYOK'u onayan sulh ceza hâkimliği kararlarına karşı da kanun yararına bozma yoluna başvurulmasının önünde teorik engel bulunmamaktadır. Ancak yeni bir ceza soruşturması açılmasının belli sıkı koşullara tâbi tutulduğu KYOK'tan farklı olarak SYOK'ta, kişinin somut bulgulara dayalı ihbar ve şikâyet hakkını yeniden kullanarak yeni soruşturma sürecini başlatabilmesi mümkündür. Yine SYOK'a ilişkin düzenlemenin amacını oluşturan lekelenmeme hakkının ve bunlara ilişkin kararların bunlara mahsus bir sisteme kaydedilecek olması gibi hususların kanun yararına bozma başvuru usulü ile örtüşeceğini söylemek de pek mümkün gözükmemektedir. Bunun yanı sıra kanun yararına bozma yoluna başvurma gerekçesi olan hukuka aykırılık koşulunun SYOK açısından gerçekleşmesinin pek de mümkün olmadığını da ifade etmek gerekir. Bu nedenlerle SYOK'a karşı kanun yararına bozma yoluna başvurulmasının mümkün olması, kurumun mantığı ve amacıyla bağdaşmamaktadır.

Söz konusu karara karşı iç ve uluslararası hukukta bireysel başvuru yolunun harekete geçirilebilmesi mümkündür<sup>59</sup>. Ancak söz konusu başvuru yolundan sonuç

<sup>54</sup> Kızılarslan ise “Cumhuriyet savcısının SYOK verdiği bir konuda, yeni delillere ve kanaatlere ulaştığı hallerde evraki ele alarak soruşturma başlatma hali her zaman bulunduğuundan, CMK'nın 172. maddesinin ve buna yönlendirme yapan 173/(6) maddede ve fıkrasının SYOK'larda da uygulama alanı vardır kanaatindeyiz.” gerekçesi ile CMK m.173 f.6'nın uygulama alanı bulacağı kanaatindedir. Kızılarslan (n 12) 94. Bir suç isnadının yeniden soruşturulması için varlığı aranan sulh ceza hâkiminin yeni delilin varlığını değerlendirmesine ilişkin sınırlayıcı koşulun, CMK m.158 f.6'da sadece itiraz usulüne dair yapılan atıf nedeniyle bu durumda da uygulanması gerektiği anlamına gelen bu görüşe katılmıyoruz.

<sup>55</sup> Özen ve Köksal (n 5) 283; Aksi görüş, Kızılarslan (n 12) 93, 94.

<sup>56</sup> Kızılarslan, çalışmasında, savcının SYOK verme konusunda takdir yetkisi sahibi olduğu izlenimi veren ifadelere yer vermiştir. Kızılarslan (n 12) 93.

<sup>57</sup> Kızılarslan (n 12) 95.

<sup>58</sup> Yargıtay 14. CD'nin 6 Şubat 2017 tarih ve 498 sayılı kararı. Karar için bakınız: Gökçen/Balci/Aşahin/Çakır (n 8) 722.

<sup>59</sup> Yerdelen (n 11) 19.

alınabilmesi, ancak SYOK'un, AİHS 13. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkını ihlal etmesi durumunda mümkün olabilir. Bunun dışında ortada bir ceza soruşturmasının bile bulunmadığı böylesi bir durumda, AİHS m.6'da düzenlenen adil yargılanma hakkının uygulama alanı bulabilmesi için varlığı aranan bir davanın varlığı koşulu gerçekleşmeyeceğinden, söz konusu maddenin böylesi bir başvuruda uygulama alanı bulamayacağı kanaatindeyiz. Ayrıca böylesi bir başvuru için, önce SYOK'a karşı itiraz yoluna başvurularak iç hukuk yollarının tüketilmesi ve başvuru süresine ilişkin koşullara uyulması gerektiği de açıktır.

SYOK karşı yapılacak itirazın kabulüne dair verilecek karar, savcılığın SYOK kararını geçmişe etkili olarak ortadan kaldırır. Savcılık, CMK m.160 gereğince söz konusu ihbar veya şikâyet doğrultusunda kamu davası açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere işin gerçeğini araştırmakla yükümlü olur. Yürütülen bu ceza soruşturması sonucunda iddianame düzenlenip düzenlenmeyeceği ise ayrıca değerlendirilir. Yeterli şüphe oluşturan delil toplaması durumunda CMK m.170'e göre iddianame düzenlenir, aksi halde ise KYOK verilir. Bu karara karşı ilgililerin CMK m.173'e göre yeniden itirazda bulunabilmesi, mümkündür.

## VI. Sonuç

İnsan haklarının II. Dünya Savaşı sonrasında hukuk alanında hâkim düşünce haline gelmesi, ceza muhakemesi hukukunun alt anayasal bir disiplin haline gelmesine yol açmıştır. Bu değişim ceza muhakemesinde geçerli ilkelerin anlamının ve kapsamının değişmesine neden olmuştur. Bu süreçte ceza muhakemesinde önem kazanan kavramlardan birisi de adil yargılanma hakkının bir unsuru olan lekelenmeme hakkı olmuştur.

Ceza muhakemesi hukukundaki değişimden etkilenen ilkelerden bir diğeri, kamusalılık ilkesi (soruşturma mecburiyeti) olmuştur. Savcıların bir suç şüphesi üzerine soruşturmaya başlaması veya yeterli şüpheye ulaşması durumunda dava açmasına yönelik soruşturma ve kovuşturma mecburiyetini ifade eden kamusalılık ilkesine yönelik istisnalar kabul edilmiştir. Bu istisnalar ile kamu davasının açılması için, ihlalin belli bir ağırlığa ulaşmış veya sonuçlarının giderilmemiş olması gibi koşulların varlığı aranmaya başlanmıştır.

Bu süreç, kişiyi şüpheli statüsüne sokarak toplum önünde lekelenmesine yol açabilen ceza soruşturmasının başlatılması için varlığı aranacak koşullar konusunda anlayış değişikliğine yol açmıştır. Bugün, kişilerin şüpheli olarak işlem görebilmesi için, somut bir isnadın varlığının gerekli olduğu kabul edilmekte, kişi hakkında suç şüphesi doğuran delillerin bulunmaması durumunda, kişiye yönelik muhakeme işlemleri yapılması, lekelenmeme hakkını ihlal eden ve tazminat sorumluluğuna yol açan bir hal teşkil etmektedir. Dolayısıyla artık başlangıç şüphesi, böylesi bir şüphe

olmadan ceza soruşturma açılmamasını, özellikle bir kişiye yönelik soruşturma işlemleri yapılmamasını gerektirmektedir.

Türk hukuk öğretisinde, kendisine yapılacak ihbar veya şikâyet, soyut, fiili ve hukuki dayanaktan yoksun olan bir savcının ceza soruşturması açmadan, kovuşturmaya yer olmadığı kararı dışında bir karar vermesini mümkün kılacak bir düzenlemenin eksik olduğu, öteden beri dile getirilen bir husustur. Bu eksikliğin yol açtığı ihtiyaç, Onbeş Temmuz darbe girişimi sonrası yaşanan ihbar yağmurunda kendisini ciddi bir biçimde hissettirerek CMK m.158 f.6’da yapılan düzenlemenin gerekçesini oluşturmuştur. Bu düzenleme ile Türk ceza muhakemesi hukukunda savcılık makamına istismarcı iddialar karşısında soruşturma başlatmadan süreci sona erdirme imkânı sağlanmış, ihbar ve şikâyette bulunanın da itiraz ederek bu kararın hukuki denetimini sağlaması mümkün kılınmıştır. Düzenlemenin bu açıdan uygulamaya yönelik önemli bir eksikliği giderdiği söylenebilir. Ancak düzenlemenin kanun yapma tekniği açısından bazı hatalarının olduğunu belirtmek gerekir.

Öncelikle düzenlemenin ihbar ve şikâyet konusundan düzenlendiği CMK m.158 yerine CMK m.160’da düzenlenmesi, daha isabetli olurdu. İkinci olarak Türk hukuku açısından sorunun asıl kaynağının, soruşturmaya başlanmasını gerektirecek başlangıç şüphesinin, Alman Kanunu’nun aksine, açık ve doğru bir biçimde tanımlanmaması olduğunu söylemek yanlış olmaz. Şöyle ki AICMK’da konuyu düzenleyen söz konusu Kanun’un 160. maddesinde, ceza soruşturmasına başlanabilmesi için bir suç işlendiği şüphesinin öğrenilmesinin aranmasından başka, Kanun’un kamu davasının mecburiliğini düzenleyen 152. maddesinin 2. fıkrasında da Savcılığın harekete geçmesi için maddi olaya ilişkin yeterli dayanak noktaları bulunması gerektiği düzenlenmiştir. Buna mukabil CMK m.160’da şüphe kavramında hiç bahsedilmeden, başlangıç şüphesi için “bir suçun işlendiği izlenimini veren bir halî”n varlığının yeterli sayılması, AICMK m.152, f.2’yi karşılayacak bir hükme de yer verilmemiş olması sorunun temelini oluşturmaktadır.

CMK m.158 f.6’da yapılan düzenleme, AICMK m.152, f.2 yi önemli ölçüde karşılamış olsa da soruşturma evresinin başlatılmasına yönelik olarak savcıya lekelenmeme hakkını korumak için gerekli alternatifli mekanizmaları sunmadığı için, uygulamada lekelenmeme hakkının korunması ve savcılıkların dayanaksız ihbar ve şikâyetlerden kaynaklanan iş yükünün azaltılması bakımından önemli bir farklılık yaratmamıştır.

CMK’de, hem soruşturma mecburiyetinin şartlarını uygulamada soru işaretlerine yol açmayacak şekilde somut olarak belirlemek hem de kişilerin lekelenmeme hakkını korumak için, ceza soruşturmasına başlanmasının şartlarının, günümüz hukuk anlayışına uygun olarak yeni baştan düzenlenmesi gerekir. Böylesi bir düzenlemede, uygulamada kullanılan UYAP sisteminde savcılıklara yapılan ihbar ve

şikâyetlere yönelik olarak soruşturmaya kayıt ve ihbara kayıt olmak üzere iki farklı işlem yapıldığından hareketle ceza soruşturmasının başlatılması konusunda üçlü bir ayırımın benimsenmesi isabetli olur. Buna göre savcılık, bir suç teşkil etmediği açıkça anlaşılan veya soyut ihbar ve şikâyetler hakkında doğrudan doğruya soruşturmaya yer olmadığı kararı vermelidir. İkinci olarak, somut bir iddiaya dayanan ihbar ve şikâyetler karşısından ise söz konusu ihbar veya şikâyetin somut delillere dayanıp dayanmamasına göre, iki farklı işlem yapma imkânına sahip olmalıdır. İhbar veya şikâyet bir şüpheliyi de işaret edecek şekilde ikna edici somut delillere dayanıyorsa ilgili hakkında doğrudan doğruya ceza soruşturması açılabilmesi, aksi durumda delile dayanmayan ya da belli bir şüphelinin varlığını gösteren somut delil ya da bilgi içermeyen ihbarlar ve şikâyetler, soruşturma açılmadan ihbara kayıt edilmelidir. Bu şekilde ihbara kaydedilen ihbar ve şikâyetler hakkında, mevcut uygulamadan farklı olarak, toplanması bir şüphelinin varlığını gerektirmeyen, mağdur raporu alma, tanık dinleme, belge delillerini toplama ve bilirkişi incelemesi yaptırma gibi delil toplama işlemleri yaptırılabilir. Savcılık, bu araştırma sürecinde toplayacağı delillerin sonucuna göre bir ceza soruşturması başlatmak veya SYOK vererek araştırmasını sonuçlandırabilmek yetkisine sahip olmalıdır. Kişilerin lekelenmeme hakkının gereği olarak asılsız isnatlar nedeniyle şüpheli olarak ceza soruşturmasına muhatap olmaması ancak böylesi bir sistem ile önlenemez. SYOK'a ilişkin mevcut düzenleme bu bakımdan, savcılık makamına soruşturma başlatıp başlatmama konusunda alternatif mekanizmalar sunmadığı için lekelenmeme hakkını korumak için yeterince işlevsel değildir.

Yukarıda önerilen sistemi, karşılaştırmalı üç örnek üzerinden açıklamak yararlı olacaktır. Birinci örnekte A, yolda giderken birileri tarafından takip edildim, hasmım yoktur, diye savcılığa şikâyet dilekçesi vermiştir. İkinci örnekte aynı gerekçe ile dilekçe vermiş, dilekçesinde yer ve zaman bilgilerine yer vermiş, B'yi de tanık olarak göstermiştir. Üçüncü dilekçede ise ikinci dilekçeden farklı olarak hasmı H tarafından evine giderken takip edildiği bilgisini vermiştir. Mevcut uygulamada bu üç dilekçe üzerine de ceza soruşturması açılmaktadır. Ancak ceza soruşturmasının başlatılmasına yönelik olarak yukarıda izah edildiği şekilde üç basamaklı bir sistem kullanılması durumunda, savcılık; ilk dilekçe üzerine doğrudan SYOK, ikinci dilekçe hakkında ise ihbara kayıt uygulaması yapıp bir kimseye suç şüphesi ifade etmeyen delil toplama işlemleri yapıldıktan sonra SYOK ya da soruşturma açma kararı vermelidir. Üçüncü dilekçe hakkında ise doğrudan ceza soruşturması açılmalıdır.

Bu sebeple Kanun'un ilgili maddelerinin yeniden düzenlenmesiyle ihbar ve şikâyet üzerine yapılacak işlem konusunun şu şekilde kaleme alınması daha doğru olacaktır:

Kamu davasının mecburiliği, ihbar ve şikâyet üzerine yapılacak işlem Madde 160: 1) Suç şüphesi doğuran bir halin varlığını öğrenen Cumhuriyet savcısı, bir suç



işlenip işlenmediğini tespit için derhal soruşturma başlatabilir. 2) İhbar veya şikâyet ile ceza soruşturması açması istenen Cumhuriyet savcısı, söz konusu talebin somut olgulara dayanmadığı veya talebe konu fiilin suç teşkil etmediğinin açıkça anlaşıldığı durumlarda soruşturma yapılmasına yer olmadığı kararı verir. 3) Savcılık, somut olgulara dayanan ancak somut deliller ile desteklenmeyen ihbar ve şikâyetleri ihbara kaydeder ve soruşturma yapmaya gerek olup olmadığı hakkında karar vermek için, bir kimseye suç isnat etmeyen gerekli gördüğü delil toplama işlemlerini yapabilir. 4) Savcılık, somut olgulara ve delillere dayanan ihbar ve şikâyetler hakkında ise doğrudan ceza soruşturması açar.

Son olarak CMK m.160'ın özellikle ikinci fıkrasında yer verilen hükme, savcının soruşturma sürecindeki görev ve yetkilerini düzenleyen 161. madde içinde yer verilmesinin de daha isabetli olacağını belirtmek 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

- Akbulut B, 'Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararı (CMK m.158/6)' (Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi Y 2022, S 1) 153-209.
- Bernadette R, Wicks E ve Ovey C, *Jacobs, White, ve Ovey The European Convention on Human Rights*, (Oxford University Press, 6. Baskı).
- Beulke W, *Strafprozessrecht* (C.F.Müller, 2012).
- Beulke W, v. *Jörg-Peter Becker, Volker Erb, Robert Esser, Ulrich Franke, Kirsten Graalmann-Scheerer, Hans Hilger, ve Alexander Ignor (Hrsg.), Löwe-Rosenberg StPO Online* (De Gruyter, 2014).
- Centel N ve Zafer H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Beta, İstanbul 2019).
- Gökçen A, Balcı M, Alşahin ME ve Çakır K, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Adalet, Ankara 2020).
- Christoph G, *European Convention on Human Rights Commentary* (C.H.Beck Verlag, 2014).
- Güneş, DB 'Tebliğ Yokluğu' (İÜHF M C LXXIV, Y 2016, S 1) 221-231.
- Kızıllarslan H, 'Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararları (SYOK) ve Bu Kararların Ceza Muhakemesi Sistematiği Açısından İrdelenmesi' (TBB Dergisi Y 2017, S 144) 59-104.
- Kindhäuser Urs, *Strafprozessrecht* (Nomos, 2013).
- Koca M ve Üzülmöz İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Adalet Yayınevi, Ankara 2020).
- Meyer - Goner L ve Schmitt B, *Strafprozessordnung Kurz Kommentar* (C.H.Beck, 2014).
- Özen M ve Köksal A, 'Suçsuzluk Karinesi Bağlamında Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı



- Kararı' (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y 2019, S 68-1) 261-286.
- Öztürk B, Tezcan D, Erdem, MR, Sırma Ö, Kırıt YFS, Akcan EA, Özaydın Ö, Tütüncü EE, Altınok DV ve Tok MC, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (Seçkin Yayınevi, Ankara 2019).
- Pekmez TK, *Ceza Muhakemesinde Fiil* (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilimdalı, Doktora Tezi, İstanbul 2018).
- Plöd JM, v. *Heintschel-Heinegg / Stöckel (Hrsg.), KMR - Kommentar zur Strafprozessordnung* (Carl Heymanns Verlag, 2015).
- Şahin C ve Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku I* (Seçkin Yayınevi, Ankara 2020).
- Şenol C, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü* (Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2013).
- Weßlau E, v. *Wolter (Hrsg.), SK-StPO Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung Band III*, (Carl Heymanns Verlag, 4. Baskı, 2011).
- Ünver Y ve Hakeri H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Adalet Yayınevi, Ankara 2018).
- Yenisey F ve Nuhoglu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Seçkin Yayınevi, Ankara 2019).
- Yerdelen E, 'SYOK Uygulamasında Sorunlar ve Çözüm Önerileri' (ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi Y 2023, S 1) 1-36.





# İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 06.07.2022  
Revizyon Talebi: 28.07.2022  
Son Revizyon Tarihi: 11.10.2023  
Kabul: 15.10.2023  
Online Yayın: 19.12.2023

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

## Göçmen Kaçakçılığı Suçu Bağlamında Göçmenlerin Cezasızlığı İlkesi Çerçevesinde İdari Gözetim Tedbirinin Değerlendirilmesi\*

Meral Balcı\*\*

### Öz

Göçmen kaçakçılığı sınıraşan niteliği ile çok yönlü bir konudur. Devletlerin yasa dışı göçle mücadeleyi hukuksal düzlemde ele almaya yönelik girişimleri kapsamında 2000 tarihli Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol de bulunmaktadır. Bu Protokol ile üye devletlere yasal düzenlemeler ile göçmen kaçakçılığını suç olarak kabul etme yükümlülüğü öngörülmüş ve ayrıca bazı durumlarda göçmenlerin haklarının korunmasının önemine dikkat çekilmiştir. Bu yönüyle Protokol hem devlet hem göçmen odaklı bir yaklaşım göstermektedir. Çalışma bağlamında özellik arz eden husus, göçmenlerin cezalandırılmaması ilkesidir. Protokol md. 5 düzenlemesi buna yönelik olup, göçmenlerin göçmen kaçakçılığı suçunun konusu olmaları nedeniyle cezai kovuşturmayaya tabi tutulamayacağı belirtilmiştir. Göçmenlerin suçun konusunu teşkil ettiği vurgusu, göçmenlerin göçmen kaçakçılığı suçu kapsamında hukuki niteliğinin ayrıca ele alınmasını gerektirmektedir. Sözü edilen ilke bağlamında göçmenlerin cezalandırılmamasının esası ve kapsamı incelenecektir. İnceleme, idari gözetim tedbiri ekseninde yapılacaktır. İdari gözetim tedbiri, yabancıların ülkeye kabul veya ülkeden sınır dışı edilmelerine ilişkin süreçte belirli koşulların varlığı halinde uygulanmaktadır. Tedbir, önceleri istisnai niteliği ile anılmakta iken; son zamanlarda yasa dışı göç olaylarının artışı ile tartışma konusu olmaya başlamıştır. Özellikle son yıllarda göçmenlere yönelik uygulanan idari gözetim tedbirinde yaşanan artış, tedbire yönelik ceza hukuku perspektifinden bir yaklaşımı gerekli kılmıştır. İdari gözetimi konu bakımından önemli kılan husus, bu tedbirin kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma esasına dayanmasıdır. Bu nedenle ceza hukuku kurumları olarak gözaltı, tutuklama ve hapis cezası ile benzer yönleri ön plana çıkarılmaktadır. İdari gözetimin, kaçak göçmenlere yönelik bir cezalandırma aracı olarak kullanılıp kullanılmadığı ve buna bağlı olarak Protokol md. 5'in ihlali sebepli olup olmadığı çalışmanın temel sorusunu teşkil etmektedir.

### Anahtar Kelimeler

Göçmen Kaçakçılığı, Yabancı, Protokol, İdari Gözetim, Cezasızlık

### Evaluation of Administrative Detention Within the Framework of Immigrants' Impunity in the Context of Migrant Smuggling Crime

### Abstract

Migrant smuggling is a multifaceted problem with a transnational nature. The United Nations Convention against Transnational Organized Crime also includes the Protocol against Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, established in 2000, as part of the legal efforts of the States to combat illegal immigration. With this Protocol, the State parties are obligated to criminalize migrant smuggling. Furthermore, the importance of protecting the rights of immigrants has been pointed out in some cases. In this respect, the Protocol presents both State and immigrant-oriented approach.

The peculiarity of this paper is the principle of not punishing immigrants. Protocol art 5 is for this purpose, which states that immigrants are immune from criminal prosecution because they are the subject of the migrant smuggling crime. Emphasizing the fact that immigrants are the subject of the crime necessitates a distinct treatment of the legal status of

\* Bu makale 26-29 Mayıs 2022 tarihlerinde Ankara'da gerçekleştirilen XII. Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı'nda sunulan bildirinin genişletilmiş halidir.

\*\* Sorumlu Yazar: Meral Balcı (Dr. Öğr. Üyesi), Bursa Uludağ Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Bursa, Türkiye. E-posta: balcmerral@gmail.com; Orcid: 0000-0002-6089-0952

Atf: Balcı M, "Göçmen Kaçakçılığı Suçu Bağlamında Göçmenlerin Cezasızlığı İlkesi Çerçevesinde İdari Gözetim Tedbirinin Değerlendirilmesi" (2023) 81(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 773. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2023.81.3.0002>



immigrants within the context of the migrant smuggling crime. The basis and scope of not punishing immigrants will be examined in the context of the mentioned principle. The examination will be carried out on the axis of administrative detention measure. Administrative detention measures are applied in the presence of certain conditions in the admission or deportation process of aliens from the country. The increased administrative detention measures against immigrants necessitated an approach from the perspective of criminal law, particularly in recent years. Administrative detention is important concerning the subject matter because it is founded on the principle of liberty deprivation.

**Keywords**

Migrant Smuggling, Foreigner, Protocol, Administrative detention, Non-punishment

***Extended Summary***

The Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air supplemented the United Nations Convention against Transnational Organized Crime. This Protocol aims to prevent and combat the smuggling of migrants, and promote cooperation among State parties to that end, while protecting the rights of smuggled migrants (Protocol Art. 2). Article 3 of the Protocol defines the offense of migrant smuggling. Smuggling of migrants shall refer to the procurement of the unauthorized entry of a person into a State party, of which the individual is neither a national nor a permanent resident, with the intent of obtaining a financial or other material benefit, either directly or indirectly.

Article 5 of the Protocol regards non-criminalization. Migrants shall not be liable for criminal prosecution under this Protocol because they have been the object of the conduct set forth in article 6 of this Protocol. This regulation of the Protocol covers all foreigners. In this context, there is no distinction between stateless, asylum seekers or refugees.

The legal status of the immigrant in the immigrant smuggling crime is important. Although certain perspectives on this matter solely consider immigrants as the object of the crime, others consider the immigrant to be both the object and the victim of the crime. Unlike human trafficking, migrant smuggling does not invariably involve the victimization of the immigrant. Conditions that pose a threat to the lives or safety of the migrants in question, or are likely to do so, or involve inhuman, degrading, or exploitative treatment of such migrants, constitute aggravating circumstances. Such are the conditions under which the migrant ought to be classified as a victim of the crime.

As a rule, the fact that immigrants are the object of the immigrant smuggling crime is crucial in terms of evaluating the measures and sanctions applied to immigrants. In the context of this paper, administrative detention is the significant measure. This paper will undertake a more comprehensive examination of administrative detention.

Administrative detention is defined as a non-punitive, bureaucratic measure that is meant to enable the enactment of border control. Immigration detention formally

does not constitute a punishment. However, as criminal law institutions, similar aspects of detention, custody, and imprisonment are highlighted. The study's main question is whether administrative detention is used as a means of punishment for undocumented immigrants and, accordingly, whether it causes a violation of article 5 in the Protocol.

The instrumental function of punishment includes notions of deterrence, rehabilitation, and incapacitation. The prevailing inclination toward penalizing immigrants is a result of the unlawful implementation of administrative detention. Because of the imposition of harsh conditions and the deprivation of fundamental freedom, the detention of immigrants is punitive in nature, not because of the justification. The mentioned functions of punishment as a whole can only be accepted in such a case, except that this administrative detention constitutes a tool in managing illegal migration, not the fight against illegal migration.

Regulations under criminal law provide both the source and the limit of the authority to imprison a person. The justification for detaining immigrants is entirely different. The characteristic feature of immigration detention is that it is based on administrative rather than punitive reasons. The assurance provided pursuant to Article 5 of the Protocol pertains to the immigrant's immunity from criminal prosecution. In other words, this regulation prevents penal and criminal procedure institutions from applying to immigrants. Hence, the detention of immigrants cannot be deemed a form of punishment unless it satisfies the requirements of punishment. Administrative detention should be accepted as a necessary measure to maintain public order, within the framework of exceptional conditions, and in accordance with legal provisions.

## Giriş

Yerleşme ve seyahat hürriyeti, hem vatandaş hem de yabancı bakımından gerek ulusal gerek uluslararası düzenlemelerde belirlenen şartlar çerçevesinde tanınan bir haktır. Bu hak bağlamında getirilen sınırlama ve yasaklamaların amacı ise, göçmenlerin ilgili düzenlemelere aykırı şekilde ülkeye giriş ve çıkışının ya da ülkede kalışının engellenmek istenmesi sebebine dayanmaktadır<sup>1</sup>.

Sınıraşan<sup>2</sup> özelliği ile ön plana çıkan göçmen kaçakçılığı suçunun TCK'da karşılığını bulması yakın zamana denk gelmektedir. Bu suça ilişkin düzenlendiği yerden<sup>3</sup>, TCK sistematığında yer verildiği bölüme<sup>4</sup>, suçla korunan hukuksal değerden<sup>5</sup> suçun mağdurunun kim olduğuna kadar çok sayıda tartışma bulunmaktadır. Konu yalnızca iç hukukla sınırlı kalmayıp, ilgili fiilin özelliği gereği uluslararası hukuk

<sup>1</sup> Ali Hakan Evik, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçu', (2005) IX (3-4) Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi 125, 165.

<sup>2</sup> Sınıraşan suç, Birleşmiş Milletler Suçu Önleme ve Ceza Adaleti Birimi (*United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Branch*) tarafından "ülke sınırlarını aşan, birden fazla ülkenin kanunlarını ihlal eden veya başka ülkeler üzerinde de etki eden cezai nitelikteki fiiller" şeklinde ifade edilmiştir (Asuman Aytekin İnceoğlu, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçu', (2019) 14 (175-176) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 387, 389). Sınıraşan organize suç şekli olarak göçmen kaçakçılığının gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aryani Sri Hartati, 'Criminalization Of The Smuggling Of Migrants In Accordance With The United Nations Convention Against Transnational Organized Crime And Protocol Against The Smuggling Of Migrants By Land, Sea And Air', (2013) 11 (1) Indonesian Journal of International Law 19, 21 vd. Sınıraşan suç tanımı için bkz. ibid 24.

<sup>3</sup> Türk hukuku kapsamında göçmen kaçakçılığı suçu diğer ülke düzenlemeleri ile karşılaştırıldığında bazı farklılıklar dikkat çekmektedir. Nitekim Almanya, Fransa, İsviçre'de suç, ceza kanunu dışında bir kanunda düzenlenmişken; Türk hukukunda TCK'da karşılık bulunmaktadır. Çeşitli devletlerdeki göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin düzenlemeler için bkz. Zeynel Temel Kanga, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçu', (2019) 21 (Özel Sayı) D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan 221, 226-229.

<sup>4</sup> Göçmen kaçakçılığı suçu 765 sayılı TCK döneminde "İş ve Çalışma Hürriyeti Aleyhine Cürümler" faslına dâhil edilmiştir. Daha sonra 2001 TCK Öntasarısında ise "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı birinci kısmının ikinci bölümünde göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti alt başlığı ile düzenlenmiştir. Suçun iş ve çalışma hürriyeti kapsamında düzenlenmesine yönelik eleştiriler için bkz. Çetin Arslan, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçları', (2003) 52 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 113, 116 vd. TCK kapsamında uluslararası suçlar başlığı altında düzenlenen göçmen kaçakçılığı suçunun diğer uluslararası suçlar ile karşılaştırıldığında, bu sonuca ulaşmanın güç olduğu yönünde değerlendirme için bkz. Aytekin İnceoğlu (n 2) 389. Benzer yönde değerlendirmeye için bkz. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, (19. bası, Seçkin 2021) 90; Özlem Yenerer Çakmut, 'Türk Ceza Yasası'nda Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK m.79)', (2010) 9 (2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 115, 118; Kanga (n 3) 226. Göçmen kaçakçılığı suçunun mutlaka TCK'da yer alması isteniyorsa, devletin güvenliğine karşı suçlar kapsamında düzenlenmesinin daha yerinde olacağı yönünde görüş için bkz. Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (16. bası, Seçkin 2021) 62. Aynı yönde değerlendirme için bkz. Koray Doğan, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, (3. bası, Seçkin 2021) 99; A. Caner Yenidünya ve M. Emin Alşahin, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK. m.79)', (2009) 82 TBB Dergisi 1, 4. *Göçmen kaçakçılığı suçunun, yasaklanmış bir ekonomik faaliyeti cezalandırıldığından, ekonomik bir suç niteliğinde olduğu* yönünde değerlendirme için bkz. Kanga (n 3) 231. Göçmen kaçakçılığı suçunun Türk Ceza Kanunu'nun, uluslararası suçlar kısmında düzenlenmiş olmasının, diğer ülkelerin yasal düzenlemelerine de örnek oluşturacak şekilde "uluslararası hukuk suçu" olarak kabul edilmesi bakımından önemli bir adım teşkil ettiği yönünde değerlendirme için bkz. Ayhan Döner ve Mehmet Saydam, 'TCK'nın 79. Maddesinde Düzenlenen Göçmen Kaçakçılığı Suçunun Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz Ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi', (2015) XIX (1-2) EÜHFD 1, 4. Benzer yönde görüş için bkz. Kemalettin Erel, 'Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu', (2007) 71 TBB Dergisi 264, 267.

<sup>5</sup> Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (8. baskı, Adalet 2022) 81 vd. Doktrinde yer alan görüşler bağlamında suçla korunan hukuksal değere yönelik genel ayırımın, toplumu oluşturan herkes bakımından kamu güveni, kamu ekonomisi ve kamu düzeninin korunması ile bireysel olarak göçmenlerin maddi ve manevi varlığı ile genel ve objektif malvarlığı üzerinden şekillendiğini söylemek mümkündür. Diğer bir ifadeyle göçmen kaçakçılığı suçu korunan hukuksal değer bakımından karma nitelik arz etmektedir. Arslan (n 4) 118 vd.; Tezcan, Erdem ve Önok (n 4) 92; Aytekin İnceoğlu (n 2) 390-391; Yenerer Çakmut (n 4) 121; Kanga (n 3) 230-231; Sanıye Kılıncarslan, 'Göçmen Kaçakçılığı Sırasında Meydana Gelen Ölüm Olayları', (2016) 15 (1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 853, 855-856; Gökçe Tunç, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçuna İlişkin Yargıtay Karar Tahlili', (2016) 2 (3) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 199, 202. Göçmenlerin malvarlığı değerlerinin bu suçun konusuna dâhil olmadığı yönünde bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 4) 64.

alanında da güncelliğini korumaktadır. Sınır güvenliğinin sağlanmasına yönelik gerekliliğin bir sonucu olarak devletlerin, sınırları ötesindeki göçü kontrol etmek için aldıkları önlemler ile birlikte, bu kontrolü bölge dışında ve diğer devletler tarafından uygulanan girişimlerle bütünleştirme süreci önem kazanmaktadır<sup>6</sup>.

Artan yasa dışı göçmen akışına ilişkin endişeler, akışı kolaylaştıranları bastırma çabalarını koordine etmeyi amaçlayan bir aracı geliştirilmesi gerekliliğini ön plana çıkarmıştır<sup>7</sup>. Devletlerin terörizm, göçmen kaçakçılığı, insan ticareti gibi güçlü bir uluslararası öğeye sahip meselelerle ilgili olarak yetki alanlarını genişletmek için anlaşmalar aracını giderek daha fazla kullanmak suretiyle işbirliğini kolaylaştırmak ve sınıraşan suçlar için cezasızlığın ‘güvenli limanlarını’ azaltmak için kendi aralarında yargı yetkisini etkin bir şekilde tahsis etmelerine izin verdikleri görülmektedir<sup>8</sup>. Bu bağlamda devletler için ekonomi, güvenlik alanında ya da toprak bütünlüğü vb. konusunda risk oluşturan<sup>9</sup> göçmen kaçakçılığına ilişkin, Türkiye dâhil olmak üzere birçok devletin gerek bunu içeren özel bir kanunda<sup>10</sup> gerekse de temel ceza kanunlarında yer alan düzenlemelerinin<sup>11</sup> meşru temelini 2000 tarihli Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol<sup>12</sup> teşkil etmektedir.

Özellikle örgütlü suç ve uluslararası suç ağları ile ilişkisi düşünüldüğünde, göçmen kaçakçılığının uluslararası toplum için sürekli bir sorun olduğunu<sup>13</sup> ifade etmek yanlış olmayacaktır. Nitekim Protokol’ün hazırlanma amacının, Protokol

<sup>6</sup> Alberto Aziani, ‘The heterogeneity of human smugglers: a reflection on the use of concepts in studies on the smuggling of migrants’, (2021) Trends in Organized Crime, <https://doi.org/10.1007/s12117-021-09435-w> Erişim tarihi 13 Mart 2022, 2.

<sup>7</sup> Neil Boister, *An Introduction to Transnational Criminal Law* (2. Bası, Oxford University Press 2018) 76.

<sup>8</sup> Anne T. Gallagher ve Fiona David ‘Acting against Migrant Smuggling: Capacities and Limitations’, *The International Law of Migrant Smuggling*, (Cambridge University Press 2014) 202-275, 223. Nitekim Aralık 2018’de BM Genel Kurulu’nda, hiçbir devletin göçü tek başına ele alamayacağına ve devletlerin egemenliğini ve uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerini korurken, göçle ilgili tüm ilgili aktörler arasında uluslararası işbirliğinin gerekli olduğuna dikkat çekilmiştir (Elsbeth Guild ‘Assessing Migration Management and the Role of Criminal Law’, *Controlling Immigration Through Criminal Law: European and Comparative Perspectives on ‘Crimmigration’* (Oxford 2020) 9–24, 9). Yazar bu açıklamanın, göç politikasının özellikle yirminci yüzyılın sonlarında ve yirmi birinci yüzyılda devletler arasında komşularına danışmadan sınır kontrolleri ve göç bakımından harekete geçme hakkı konusunda önemli bir uyumsuzluk kaynağı olması sebebiyle dikkate değer olduğunu belirtmiştir. ibid 9.

<sup>9</sup> Yusuf Başlar, ‘The Crime of Migrant Smuggling in Turkish Legal System in the Light of Recent Developments’, (2018) 8 (2) Hacettepe HFD 337, 341. Egemenliğe yönelik tehditlerin, göçmen kaçakçılığı uygulaması da dâhil olmak üzere, sınıraşan organize suçlara karşı yasal bir rejimin geliştirilmesi için birincil itici gücü ve gerekeceyi teşkil ettiği yönünde bkz. Gallagher ve David (n 8) 205.

<sup>10</sup> Türk hukukunda da suçun özel bir kanunda düzenlenmesinin daha uygun olacağı yönünde bkz. Yenidünya ve Aşahin (n 4) 6.

<sup>11</sup> Ceza hukuku ve göç hukukunun bir arada ele alınmasını gerektiren göçmen kaçakçılığı için iki hukuk dalının sentezini ifade edecek şekilde “*crimmigration*” ifadesi dikkat çekicidir. Boister (n 7) 76.

<sup>12</sup> Çalışmada bundan sonra “Protokol” olarak anılacaktır. Protokol, BM Genel Kurulu’nda 15.11.2000 tarih ve A/RES/55/25 sayılı Kararı ile kabul edilmiştir. 28.01.2004’te yürürlüğe giren Sözleşme’yi 112 devlet imzalamış olup; 06 Şubat 2018 tarihi itibarıyla 146 devlet buna taraftır. Tezcan, Erdem ve Önok (n 4) 91.

<sup>13</sup> Javier Escobar Veas, ‘Smuggling of Migrants is and Should be Established as an Autonomous Offence’, (2019) 27 European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 226, 227; Bregje Pieters, ‘Dutch Criminal And Administrative Law Concerning Trafficking in And Smuggling Of Human Beings The Blurred Legal Position Of Smuggled And Trafficked Persons: Victims, Instigators Or Illegals?’, *Immigration and Criminal Law in the European Union: The Legal Measures and Social Consequences of Criminal Law in Member States on Trafficking and Smuggling in Human Beings*, (Brill 2006) 201-239, 207.

uyarınca oluşturulan yaptırımların göçün kendisine değil, suç örgütleri tarafından göçmen kaçakçılığına uygulanacak olması<sup>14</sup> bunu desteklemektedir. Bununla birlikte bu kabul, Protokol'ün, kaçak göçmenlerle ilgili insan hakları sorunlarından ziyade ağırlıklı olarak, kabul eden devletlerin güvenlik ve egemenlik endişelerini gidermek amacını taşıdığı sonucunu<sup>15</sup> da beraberinde getirmektedir.

Protokol kapsamında devletlerin kamu düzeninin korunması ve göçmen hakları arasındaki dengeyi ne şekilde sağlaması gerektiği önem taşımaktadır. Çalışmada göçmen kaçakçılığı bağlamında öncelikle göçmenin, göçmen kaçakçılığındaki konumu özellikle insan ticareti suçu ile karşılaştırılarak açıklanacaktır. Bu noktada göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin suçun mağduru ve konusu arasındaki ayrımın netleştirilmesi amaçlanmaktadır. Hem bu konu bağlamında hem de çalışmanın ana eksenini teşkil etmesi nedeniyle Protokol md. 5 düzenlemesi önemlidir. Göçmenlerin cezalandırılmaması ilkesini konu edinen bu düzenleme çerçevesinde göçmenin suçun konusunu teşkil ettiği kabulü ile birlikte, günümüzde artan göç dalgalarının etkisiyle göçmenlere yönelik daha kısıtlayıcı ve cezalandırıcı nitelikteki uygulamaların çoğalması nedeniyle bu düzenlemenin kapsamının tam olarak belirlenmesi gereklidir. Düzenlemenin kapsamının belirlenmesinde sadece ilgili düzenlemeye yönelik inceleme yeterli değildir. Göçmenlerin cezalandırılmaması ilkesinin Protokol'ün bütününden ayrı olarak açıklanmaya çalışılması yetersiz sonuçlara ulaşılmasına sebep olabilecektir. Bu nedenle Protokol'ün ilgili düzenlemeleri de irdelenecek, Protokol'ün genel değerlendirmesi ilgili yerlerde ele alınacaktır.

Göçmenin göçmen kaçakçılığı suçundaki hukuki niteliğine ilişkin tespit ve Protokol kapsamında göçmenlerin ne şekilde ele alındığına yönelik değerlendirme, göçmenin bu suç kapsamında gerçekleştirdiği fiil (ülkeye yasa dışı giriş ve ülkede kalış) nedeniyle sorumlu tutulacağı yaptırımlar ve tedbirlere ilişkin inceleme bakımından yol gösterici olacaktır. Konuyla ilişkili olarak ön plana çıkan idari gözetim tedbirine yönelik iddialar dikkate alınmak suretiyle, çalışmada Protokol ile sınırlı kalınarak idari gözetimin göçmenlerin cezalandırılmaması ilkesine aykırılık teşkil edip etmediği konusu çok yönlü şekilde ele alınacaktır. Belirtilen hususlar çerçevesinde idari gözetimin yasa dışı göçe karşı mücadelede mi yoksa yasa dışı göçün yönetiminde mi bir araç teşkil ettiğinin<sup>16</sup> incelenmesi gerekmektedir.

<sup>14</sup> Pablo Rodríguez Oconitrillo, 'Non-criminalization of smuggled migrants (Notes on the interpretation of article 5 of the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air)', (2014) <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9791.pdf?view=1>> Erişim tarihi 2 Nisan 2022, 4.

<sup>15</sup> Nitekim doktrinde bir görüş, Protokol'ün mağdur olarak belirledikleri kişilere sağladığı güvencenin insan hakları açısından zayıf kaldığını, temel hizmetlere, sığınma talep etme haklarına, ikamet koşullarına veya sınır dışı edilme risklerinden korunmalarına ilişkin yükümlülüklerle yeterince yer verilmediğini ileri sürmüştür. Guild (n 8) 18.

<sup>16</sup> Galina Cornelisse, 'Immigration Detention: An Instrument in the Fight Against Illegal Immigration or a Tool for Its Management?', *Immigration Detention, Risk and Human Rights: Studies on Immigration and Crime* (Springer 2016) 73-90, 73 vd.



## I. Protokol Bağlamında Göçmen Kaçakçılığının Kapsamı

### A. Fiil Bakımından

Devletlerin göçmen kaçakçılığına karşı koymaya istekli olmalarının ana nedeni göçmen kaçakçılığının düzensiz göçle bağlantılı olmasıyla ilgili olup, bu neden devlet merkezli yaklaşımın bir ifadesi olarak kabul edilmektedir. Devlet merkezli bir yaklaşımda, göçmen kaçakçılığının haksızlığı, düzensiz göçün haksızlığına, ilk faaliyetin ikincisini gerçekleştirmenin bir aracı olmasına ve dolayısıyla devletlerin sınırlarını kapatma ve topraklarına kimleri kabul edeceklerini seçme hakkına sahip olduğu varsayımına bağlı kılınmaktadır. Bu perspektifte kaçakçılığın bir sorun olarak görülmesinin nedeni, göçmen kaçakçılığını gerçekleştiren ile kaçak göçmen arasındaki ilişkiden çok, kaçak göçmen ile yabancı devlet arasındaki ilişkide yatmakta olup, kaçakçılığı gerçekleştirenler sadece tali taraf teşkil etmektedir<sup>17</sup>. Bu bağlamda göçmen kaçakçılığı ile mücadele, devletlerin düzensiz göçle bizzat mücadele etmesinin bir yolu olarak görülmektedir<sup>18</sup>.

Protokol göçmen kaçakçılığı konusuna, kaçakçılığın gerçekleştirilmesinden kazanç sağlayan uluslararası suç örgütlerinin faaliyetlerini bozmaya odaklanarak, ceza adaleti perspektifinden yaklaşmaktadır. Göçmen kaçakçılığının tanımına md. 3'te yer verilmiştir<sup>19</sup>. Protokol kapsamında göçmen kaçakçılığı, “*Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak mali ve diğer bir maddi çıkar elde etmek için, bir kişinin vatandaşlığını taşımadığı veya daimi ikametgâh sahibi olmadığı bir taraf devlete yasa dışı girişinin temini*”<sup>20</sup> şeklinde ifade edilmiştir<sup>21</sup>. Yasa dışı giriş, giriş yapılan devletin yasal giriş için gerekli şartlarına<sup>22</sup> uymaksızın sınırı geçmek (Protokol md. 3/b) anlamına gelmektedir. Söz konusu düzenlemeyi aynı zamanda hem göç politikaları hem de sınır savunması açısından, devletlerin önceliğinin yabancıların yasa dışı olarak çıkışlarını değil, topraklarına girişlerini kontrol etmek olduğunun<sup>23</sup> ifadesi şeklinde değerlendirmek mümkündür.

<sup>17</sup> Alessandro Spena, ‘Smuggled Migrants as Victims? Reflecting on the UN Protocol against Migrant Smuggling and on Its Implementation’, (2019) 3 (4) *Transnational Crime* 43, 45.

<sup>18</sup> ibid 43-44.

<sup>19</sup> Tanımın yetersiz olduğu yönünde görüş için bkz. Hartati (n 2) 22. Buna karşılık tanımın, Protokol’ün Sınraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ni tamamlayıcı nitelikte olmasının da altını çizdiği, kaçakçılığın suç dinamiklerine vurgu yapılması ve kaçakçılığı kavramsallaştıran ve tanımlayan geniş bir tanımın benimsenmesinin işlevsel olduğu yönünde görüş için bkz. Aziani (n 6) 4. Yazar, tanım ne kadar genel olursa, devletler ve diğer kurumların bu konuda o kadar çok anlaşmaya varabileceklerini ve acil olarak algılanan bir sorunu çözmek için işbirliği yapabileceklerini belirtmiştir. ibid 4.

<sup>20</sup> TCK’da göçmen kaçakçılığı suçunda “yasa dışı girişin temini” yerine “ülkeye sokmak” ifadesinin kullanılmasının hatalı bir kullanım olduğu yönünde değerlendirme için bkz. Doğan (n 4) 133.

<sup>21</sup> Belirtilmelidir ki, TCK kapsamında göçmen kaçakçılığı, Türkiye’den yasa dışı yollarla çıkışı da (TCK md. 79/1-b) kapsamaktadır.

<sup>22</sup> Yabancıların, Türkiye’ye giriş şartları, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nda düzenlenmiştir.

<sup>23</sup> Vincenzo Militello ve Alessandro Spena, ‘Between Criminalization and Protection The Italian Way of Dealing with Migrant Smuggling and Trafficking within the European and International Context’, *Transnational Crime* (Brill 2019) 18.

Protokol md. 3 düzenlemesi ifadesel olarak dikkate alındığında, kaçakçılığı gerçekleştirenin suç teşkil eden fiilini “nedensel” terimlerle yabancının düzensiz girişi şeklinde bir sonucun “sağlanması” olarak tanımlaması kaçak göçmenleri kavramsal olarak fiilin pasif tarafına yerleştirmekte ve sürece aktif bir katkı gerçekleştirenler olarak değil, kaçakçılığı gerçekleştirenin fiilinin bir parçası olarak dikkate alınmalarını gerektirmektedir<sup>24</sup>. Bu, kaçak göçmenlerin konumunun fiillerle (örneğin, yabancıya düzensiz bir şekilde girmesine veya kalmasına yardımcı olmak) değil, isimlerle (giriş, kalış) ifade edilmesi gerçeğiyle de doğrulanmaktadır<sup>25</sup>. Protokol kapsamında göçmen kaçakçılığının bu şekilde sınırlandırılması önemlidir. Çünkü Protokol göçmenlerin yasa dışı olarak başka ülkelere girişini değil, göçmenlere buna yönelik imkân sağlanmasını suç olarak dikkate almaktadır. Bu ise göçmenlerin bu suç kapsamında statülerinin belirlenmesi bakımından fayda sağlamakta ve göçmenin suçun faili olarak değerlendirilemeyeceği sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Bu bağlamda, bir devletin topraklarına izinsiz olarak girmek veya orada kalmak gibi temel hukuka aykırı fiilleri suç olarak cezalandırma tercihi söz konusu değildir.

Bu bağlamda Protokol taraf devletlere konuya ilişkin yükümlülükler<sup>26</sup> öngörmektedir. Protokol 6. madde ile taraf devletlere göçmen kaçakçılığı kapsamında 3 ayrı fiili suç sayması yükümlülüğü getirmekle birlikte<sup>27</sup>, bu yükümlülüğün asgari düzeyde olduğu ve Protokol ile belirlenen asgari standartları göçmenler lehine ya da örgütlü suçluluk aleyhine aşan düzenlemelere de cevaz verildiği<sup>28</sup> göz önünde bulundurulmalıdır. Devletlerin Protokol ile birlikte getirilen hükümleri amacına uygun şekilde iç hukuka dâhil edip edemedikleri konusu, özellikle göçmen kaçakçılığı suçunda kimlerin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı meselesi ile birlikte ayrıca önem taşımaktadır. Protokol kapsamında ön plana çıkarılan iki husus, göçmen kaçakçılığı suçunda cezalandırılabilirlik alanını önemli ölçüde daraltmaktadır.

<sup>24</sup> Spena (n 17) 47.

<sup>25</sup> ibid 47. Yazar, Protokol’ün hazırlık çalışmaları sırasında “yasa dışı girişin sağlanması” kavramının sorunlu olarak görüldüğüne dikkat çekmiştir. Bu sorunu ileri süren görüşe göre, ulusal göç kanunlarının ihlaline ve bu ihlallere yardım etme şeklinde suç ortaklığına atıfta bulunmak daha yerinde olacaktır. ibid 47.

<sup>26</sup> Sözleşmenin gerektirdiği yükümlülükler hakkında bkz. Hartati (n 2) 25.

<sup>27</sup> Ancak suçun kapsamının her taraf devlette aynı şekilde yer almadığı hakkında bkz. Escobar Veas (n 13) 227-228. Yazar, konuya ilişkin olarak Avrupa ülkelerine dikkat çekmiştir (Escobar Veas, s. 228). Bu bağlamda AB’nin, 2006 yılında Göçmen Kaçakçılığı Protokolu’nu onaylamakla birlikte; günümüz itibarıyla, bu konudaki AB mevzuatının, tamamen farklı bir görüşten esinlenen ve böylece Göçmen Kaçakçılığı Protokolu’ndan farklılaşan 2002/90/EC Direktifi ve 2002/946/JHA sayılı Çerçeve Kararı olarak adlandırılan 2002 Kolaylaştırma Direktifi’ne dayandığı göz önünde bulundurulmalıdır (Spena (n 17) 55). Kolaylaştırma Direktifi’nin 1. maddesinin 1(a) paragrafı, göçmen kaçakçılığını gerçekleştiren kişiyi (bu sembolik olarak “düzensiz göçün kolaylaştırılması” olarak adlandırılmaktadır) “bir Üye Devletin vatandaşı olmayan bir kişiye, ilgili Devletin yabancıların girişine veya transit geçişine ilişkin yasalarını ihlal ederek bir Üye Devletin topraklarına girmesi veya bu topraklardan transit geçmesi için kasten yardım eden herhangi bir kişi” şeklinde tanımlamaktadır. Söz konusu tanım, kaçak göçmenlerin rolü bağlamında göçmenlerin kendilerinin suçun işlenmesine aktif olarak dâhil olduğu görüşünü aklı getirmektedir. (ibid 56).

<sup>28</sup> Gülşah Bostancı Bozbayındır, ‘Türk Ceza Kanunu’nda göçmen kaçakçılığı suçu’, (2015) Disiplinlerarası Göç ve Göç Politikaları Sempozyumu, 377–405, 379.

## 1. Göçmen Kaçakçılığında Maddi Menfaat Ölçütü

Bunlardan ilki göçmen kaçakçılığı suçunda fail olarak kabulün ancak kaçakçılığın maddi menfaat karşılığında<sup>29</sup> yapılmasına bağlı olmasıdır. Protokol kapsamında göçmen kaçakçılığı bakımından aranan maddi menfaat ölçütü önem arz etmekle birlikte, doğrudan çalışmanın konusunu teşkil etmemesi sebebiyle konu bütünlüğünün sağlanması için sınırlı şekilde ve genel hatları ile ele alınması gerekmektedir. Göçmen kaçakçılığı kapsamında sözü edilen ölçüt, hem göçmen kaçakçılığında göçmenlerin hem de göçmenlere yönelik gerçekleştirilen insani yardım çerçevesindeki katkıların cezasız kalmasını destekleyici bir işlev gerçekleştirmektedir. Bu çerçevede maddi menfaat ölçütü göçmen kaçakçılığı faaliyetleri kapsamında dikkate alınan “göç kolaylaştırıcısı (*migration facilitator*)” ve “profesyonel kaçakçılık (*professional smuggler*)” şeklinde ifade edilen kaçakçılığın gerçekleştiriliş şekillerine ilişkin skalanın iki uç kutbuna yönelik ayrımı<sup>30</sup> ortaya koymak bakımından da önem taşımaktadır.

Profesyonel kaçakçılık şeklinde ifade edilen, örgüt kapsamındaki kaçakçılık daha geniş bir coğrafi alanda daha büyük operasyonları yöneten, süreklilik arz eden, tek amacı ekonomik kazanç olan ve kârlarını artırmak için göçmenleri mağdur edebilecek yapılanmadır<sup>31</sup>. Kaçakçılığı örgüt kapsamında gerçekleştiren kişiler, hukuk düzeni için ciddi bir tehdit oluşturmanın yanı sıra tek amaçları mümkün olduğunca çok para kazanmak olduğu için kaçak göçmenler için de aslında tehdit teşkil etmektedirler<sup>32</sup>. Göç kolaylaştırıcısı ise, genellikle küçük ölçekli olarak kabul edilen az sayıda göçmenin geçişini sağlayan<sup>33</sup> ve bazı durumlarda bunu maddi kazanç elde etmeksizin gerçekleştiren kişi olarak dikkate alınmaktadır. Protokol’ün göçmen kaçakçılığını mali veya diğer maddi menfaat elde etme amacı ile sıkı şekilde ilişkilendirmesi göçmen kaçakçılığının kavramsallaşmasına ilişkin sınırlama teşkil etmekle birlikte<sup>34</sup>, aksi halde ortaya çıkabilecek cezalandırma alanının genişletilmesi ihtimalini ortadan kaldırması nedeniyle dikkate değerdir.

## 2. Göçmenlerin Cezalandırılmaması İlkesi

Protokol kapsamında göçmen kaçakçılığı suçunun kapsamını sınırlayan diğer bir durum, md. 5 ile getirilen suça konu göçmenlerin cezasızlığı esasıdır. Bu, aynı

<sup>29</sup> Özellikle kaçakçıların sınırda yakalanmasının kanıtlanmasının zor olmakla birlikte, maddi menfaatin suçun unsuru olarak aranmaması gerekliliğine yönelik görüş için bkz. Pieters (n 13) 208. Doktrinde bir görüş, AB kapsamında üye devletlerin, göçmen kaçakçılığı suçunu düzensiz göçü kolaylaştırma suçuyla karıştırdığını ve bu durumun çok sayıda ve karmaşık sorun ortaya çıkardığını ileri sürmüştür. Yazara göre, göçmen kaçakçılığı ve düzensiz göçün kolaylaştırılması aslında iki farklı suçtur ve bu karışıklık, esas olarak, kâr amacının suçun bir unsuru olarak değil, basit bir ağırlaştırıcı nedeni olarak kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır (Escobar, Veas (n 13) 228 vd.).

<sup>30</sup> Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aziani (n 6) 7 vd.

<sup>31</sup> ibid 3.

<sup>32</sup> Pieters (n 13) 207.

<sup>33</sup> Aziani (n 6) 18.

<sup>34</sup> ibid 4.

zamanda göçmen kaçakçılığı suçunun konusunu oluşturan göçmenler bakımından devletlere yükümlülük olarak öngörülmüştür. Göçmenlerin cezai sorumluluğu kenar başlıklı 5. madde düzenlemesi uyarınca “*Göçmenler, bu Protokol’un 6. maddesinde öngörülen eylemlerin konusu olmaktan dolayı bu Protokol’e göre, cezai kovuşturmayaya (criminal prosecution) tabi tutulmayacaklardır*”. Düzenleme cezalandırmama ilkesi (*the non-criminalization principle*) şeklinde anılmakta olup, düzenleme ile devletlerin göçmenlere yönelik cezai yaptırım uygulamaları engellenmiş olmaktadır. Doktrinde bu düzenleme (md. 5) kaçak göçmenlerin Protokol’deki pasif rolüne ilişkin ibare şeklinde değerlendirilmektedir<sup>35</sup>. Bu, söz konusu göçmenlerin fiillerinin diğer göçmenler bakımından suç teşkil etmesi halinde veya başka herhangi bir suç işledikleri için yargılanamayacakları anlamına gelmemektedir. Birçok ülkede, sahte seyahat belgelerine sahip olma veya yasa dışı giriş gibi fiilleri suç olarak düzenleyen kanunların bulunması buna örnektir<sup>36</sup>. Protokol’ün amacı, Protokol’ün hem 5. maddesinde hem de 6. maddesinde yansıtıldığı üzere, genel olarak, sınıraşan organize suçun bir biçimi olarak göçmen kaçakçılığını önlemek ve bununla mücadele etmek, aynı zamanda ulusal hukukun diğer unsurlarına göre yasa dışı olsa bile salt göçü suç saymamaktır<sup>37</sup>.

Söz konusu cezasızlığın kapsamının ne olduğu ve göçmenlerin hukuki anlamda tam bir dokunulmazlıktan yararlanıp yararlanamayacağı özellikle göçmenlere yönelik uygulanan idari yaptırımlar ile birlikte değerlendirilmelidir. Bunun yanı sıra özellikle devletlerin düzensiz göçle mücadele hakkının katı ve sınırsız kullanımından kaynaklanan göçmen mağduriyetlerine dikkat edilmesi gerekmektedir<sup>38</sup>. Protokol kapsamında, özellikle denizde gerçekleştirilen tehlikeli tutuklama koşullarına ve kötü gözaltı koşullarına karşı savunmasız olan kaçak göçmenlerin haklarının korunması önem arz etmektedir. Zira Protokol’ün 2. maddesinde, Protokol’ün amacı göçmen kaçakçılığının önlenmesi<sup>39</sup> ve bu amacın gerçekleştirilmesi yönünde devletler arası işbirliğinin sağlanmasının yanı sıra göçmenlerin haklarının korunması<sup>40</sup> şeklinde ifade edilerek, hem devlet merkezli hem de göçmen merkezli bakış açısına farklı ölçüde de olsa yer verilen karma bir yaklaşımın temeli oluşturulmuştur<sup>41</sup>. Diğer bir ifadeyle, Protokol’ün kapsamı salt göçmen kaçakçılığı ile mücadele ile sınırlı tutulmamış, göçmenlerin haklarına yapılan vurgu ile birlikte dengeli bir yaklaşımı sonuçlayan amaç ortaya koyulmuştur<sup>42</sup>. Bu, aynı zamanda Protokol’ün 2. maddesiyle

<sup>35</sup> Spena (n 17) 48.

<sup>36</sup> Oconitrillo (n 14) 4.

<sup>37</sup> ibid 14.

<sup>38</sup> Spena (n 17) 50.

<sup>39</sup> Protokol’ün 4. maddesi, suçların önlenmesini, soruşturulmasını ve kovuşturulmasını, doğası gereği uluslararası olan ve organize bir suç grubunu içeren suçlarla sınırlandırmaktadır.

<sup>40</sup> Hartati (n 2) 25.

<sup>41</sup> Spena (n 17) 45.

<sup>42</sup> Oconitrillo (n 14) 8.

tutarlılığı sağlamak için Protokol'ün 5. maddesinin kabul edilmiş olduğu<sup>43</sup> argümanı ile de desteklenmektedir. Yine göçmenlere yönelik uygulanan tedbirler, Protokol md. 16 kapsamında taraf devletlere öngörülen, kaçak göçmenlerin haklarını korumak için “*özellikle işkenceye veya diğer zalimce insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye maruz bırakılmama*” yükümlülüğü ile birlikte değerlendirilmelidir.

Protokol ile sadece göçmenlerin göçmen kaçakçılarının tehlikeli veya zarar veren hareketlerinden korunmaları esasına önem verilmemiş, ayrıca ilgili devlet tarafından göçmenlere yönelik gerçekleşen tehlike veya zarar karşısında göçmenlerin haklarının korunması dikkate alınmıştır. Göçmenlere sağlanan hakların bu çift yönlülüğü<sup>44</sup>, göçmenlerin mağduriyeti bakımından yapılacak değerlendirmeyi<sup>45</sup> etkilemektedir. Bunlar genel olarak güvenlik ve insanca muamele görme hakkı, ayrımcılığa uğramama hakkı ve uluslararası insan hakları hukuku ve özellikle uygulanabilir olduğu durumlarda, Mültecilerin Statüsüne ilişkin 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolü ve burada yer alan geri göndermeme ilkesine göre muamele görme hakkıdır. Göçmenlerin haklarını koruma ihtiyacı, devletlerin göçmen kaçakçılığına karşı toprak egemenliğinin korunması nedenine başka nedenler eklemektedir. Bu nedenle devletlerin toprak egemenliğinin değerinin, bireylerin haklarıyla ilgili farklı türden bir değer sistemiyle tamamlandığı ifade edilmektedir<sup>46</sup>. Böyle bir bakış açısı ise kaçak göçmenlerin göçmen kaçakçılığı yoluyla düzensiz göçle mücadele etmeyi amaçlayan devletlerin kendi çıkarlarını sürdürmek için yapabileceklerini sınırlayan haklara sahip olduğunu belirleyerek onu dengelemeye hizmet etmektedir<sup>47</sup>.

Protokol'ün 5. maddesi, taraf devletlerin göçü kontrol etme ve düzenleme ve bu amaçla kaçak göçmenlere ilişkin süreci sonlandırma yetkilerini sınırlamamaktadır<sup>48</sup>. İlgili düzenleme, ulusal mevzuatın uluslararası hukukun dinamik etkisinden yalıtılamayacağı esası<sup>49</sup> ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Türk Ceza Kanunu kapsamında da bu esasa tam olarak riayet edilmiş ve göçmenlerin kanuna aykırı olarak ülkeye girmesi veya ülkede ikamet etmesi cezayı gerektiren suç olarak

<sup>43</sup> İbid 13.

<sup>44</sup> Spena (n 17) 50.

<sup>45</sup> Doktrinde bir görüş tarafından ileri sürülen bu yaklaşımın dayanağını mağdur kavramının ikili ayrıma tabi tutularak incelenmesi hususu oluşturmaktadır. Bu görüşe göre, birincil mağduriyet, bir suçun mağduru olmaktan kaynaklanan mağduriyettir. Suçun birincil mağduru, o suçun tanımında belirtilen zarara/haksızlığa uğrayan kişidir. İkincil mağduriyet, mağdur için suçu önlemeyi veya bastırmayı amaçlayan sosyal kontrol sürecinden (tipik olarak mağduru suçlama veya duyarsızlık şeklinde) kaynaklanan olumsuz sonuçlara atıfta bulunmaktadır (ibid 50). Yazara göre, kaçak göçmenlerin ikincil mağduriyet olasılığı, kaçakçılığı gerçekleştirenlere karşı haklara sahip olmanın yanı sıra, kaçakçılığı gerçekleştirenlere karşı mücadele ederken, devletlerin ihlal edebileceği haklara da sahip olduklarının kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır. ibid 51.

<sup>46</sup> Spena (n 17) 50.

<sup>47</sup> ibid 51.

<sup>48</sup> Andreas Schloenhardt ve Hadley Hickson, 'Non-Criminalization of Smuggled Migrants: Rights, Obligations, and Australian Practice under Article 5 of the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea, and Airs', (2013) 25 (1) International Journal of Refugee Law 39, 50.

<sup>49</sup> Michael Head, 'Detention without Trial - A Threat to Democratic Rights', (2005) 9 University of Western Sydney Law Review 33, 46.

düzenlenmemiştir. Bu hem örgüt kapsamında gerçekleşen göçmen kaçakçılığı bakımından hem de münferit göçmen kaçakçılığı bakımından geçerlidir. Buna karşılık, göçmenleri göçmen kaçakçılığı kapsamında göçmen kaçakçılarına nazaran daha az cezaya karşılık gelecek şekilde fail olarak kabul eden ülke düzenlemeleri de bulunmaktadır<sup>50</sup>. ABD ve İtalya başta olmak üzere pek çok hedef ülkede göçmenlik yasalarının ihlallerini suç haline getirme konusunda dikkate değer bir eğilim vardır<sup>51</sup>. Nitekim Fransız hukukunda göçmenin yasa dışı yollarla ülkeye girmesi ya da ülkeden transit geçiş yapması suç olarak kabul edilmiştir<sup>52</sup>. Avrupa Birliği'ne üye ülkeler, organize suç örgütü bünyesinde işlenen göçmen kaçakçılığı suçunda Protokol'e uygun olarak göçmenleri fail olarak kabul etmese dahi, suç örgütü kapsamında gerçekleşmeyen yasa dışı göç suçunda göç edenleri fail olarak nitelendirmektedir<sup>53</sup>.

Protokol kapsamında göçmenlerin cezalandırılmaması düzenlemesi, göçmenlerin kaçakçılık bağlamında gerçekleşen hukuka aykırı fiillerden dolayı yaptırma tabi tutulamayacakları anlamına gelmemektedir. Protokol'ün 5. maddesinde belirlenen kural, kaçak göçmenlerin göçmen kaçakçılığı suçundan dolayı cezai kovuşturmayaya tabi tutulamaması gerektiğini açıklığa kavuşturmakta olup; bu, tam olarak, "suçun konusu" olmalarının bir sonucudur<sup>54</sup>. Nitekim Türk hukukunda da göçmenlerin, ilgili kanunda yer alan resmi gerekliliklere aykırı olarak ülkeye girmeye çalışmaları "yasa dışı yabancı" statüsü kapsamında kanuna aykırılık teşkil etmekle birlikte, göçmenler cezai bir yaptırma tabi tutulamazlar. Göçmenler suçun faili olarak kabul edilmemekle birlikte; bu kişilerin, 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'na aykırılıktan dolayı kabahate ilişkin sorumluluklarının devam edeceği<sup>55</sup> göz ardı edilmemelidir<sup>56</sup>. Nitekim ilgili kanunun 102/2. maddesi uyarınca, "*Diğer kanunlara göre daha ağır bir ceza gerektirmediği takdirde; 5 inci maddeye aykırı şekilde, Türkiye'ye yasa dışı giren veya Türkiye'yi yasa dışı terk eden ya da buna teşebbüs eden yabancılar hakkında iki bin Türk Lirası idari para cezasının*" uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Söz konusu fiiller, idare hukuku kapsamında değerlendirilmektedir. Bu düzenleme doktrinde göçmen kaçakçılığı benzeri kabahat şeklinde nitelendirilmektedir<sup>57</sup>. Belirtilmelidir ki, göçmen bakımından somut olayda

<sup>50</sup> Michael Flynn, 'Immigration Detention and Proportionality', Global Detention Project Working Paper No. 4 (Switzerland 2011) 10. Nitekim Federal Ülkede Yabancıların İkamet, Çalışma ve Entegrasyonuna İlişkin Kanun (Alman Göç Kanunu) kapsamında bir kişinin kanuna aykırı olarak Federal Almanya'ya girmesi, Federal Almanya'da ikamet etmesi 1 yıla kadar hapis veya para cezasını gerektirmektedir (md. 95). Ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan (n 4) 78 vd.

<sup>51</sup> Flynn (n 50) 7.

<sup>52</sup> Bostancı Bozbayındır (n 28) 385.

<sup>53</sup> ibid 386.

<sup>54</sup> Spena (n 17) 48.

<sup>55</sup> Bununla birlikte bu kişiler bakımından kabahat kapsamında yaptırma tabi olmalarına engel olacak düzenleme 2014 tarihli Geçici Koruma Yönetmeliği md. 5 ve 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair BM Sözleşmesi'nde (md. 31/1) yer almaktadır. Konu hakkında bkz. Doğan (n 4) 112.

<sup>56</sup> Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 4) 64.

<sup>57</sup> Doğan (n 4) 36. İdari para cezasının uygulanmasının, suçtan zarar gören ve sosyal anlamda suçun mağduru olan, çoğu zaman hayatlarını tehlikeye atan ve büyük zorluklarla boğuşan yabancılar bakımından haksızlık teşkil edebileceği yönünde değerlendirme için bkz. Döner ve Saydam (n 4) 9.

zorunluluk hali mevcutsa, göçmenin Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'na aykırılıktan dolayı da yaptırımı tabi tutulmasından söz edilemeyecektir<sup>58</sup>. Böylece mülga Pasaport Kanunu'nun cezai hükümlerinden farklı olarak, yürürlükteki kanuna göre göçmenlerin yasa dışı yollardan Türkiye'ye giriş ya da çıkış yapmaları suç teşkil etmemektedir<sup>59</sup>. Bu düzenlemede göçmenler tarafından gerçekleştirilen hukuka aykırı fiilin suç teşkil etmemesi aynı zamanda TCK ile aralarındaki uyumun bir ifadesi olarak değerlendirilebilir.

## B. Kişi Bakımından

Protokol'de göçmen kaçakçılığı suçunun konusu olarak göçmen bakımından ülkeye yasa dışı yollardan girmiş olma kriteri esas alınarak, yasa dışı giren kişilerin hukuki statüsündeki farklılığa ilişkin alt ayrıma gidilmemiştir. Kişinin vatansız olması veya yabancı bir devlet vatandaşlığında olması veya bulunduğu ülkeyi hangi sebeple terk etmiş olduğu<sup>60</sup> göçmen kaçakçılığında ayrıma sebebiyet vermemektedir. Başka bir ülkenin hukuk kurallarını ihlal etmek suretiyle ilgili ülkeye giren kişi göçmen olabileceği gibi, ilgili statü devlet tarafından tanınmıyacağı kadar sığınmacı ya da mülteci<sup>61</sup> de olabilir. Bu bağlamda suçun insan kaçakçılığı şeklinde kabulü daha kapsayıcı bir yaklaşıma işaret etmektedir. Bu nedenle yer değiştirme hareketi bir bütün olarak göç kelimesi ile anılması sebebiyle, göçmen kişileri ifade etmek üzere göçmen ifadesinin kullanıldığını söylemek mümkündür. Böylece göçmen kavramının vatansız veya uluslararası koruma statüsünde olanları da kapsayacak şekilde üst kavram olarak dikkate alınması gerekecektir<sup>62</sup>. Aslında bu kabulde göçmen ile kastedilen yabancından ibarettir. Yabancılığın tespiti noktasında bir devlete veya bir topluma aidiyeti belirleyen vatandaşlığın dikkate alınması, devletin ancak kendi vatandaşlarını tayin etme yetkisinin bulunduğu esası ile ilişkilidir. Dolayısıyla vatandaşlık, yabancından ayırım bağlamında ön plana çıkmaktadır<sup>63</sup>.

Protokol kapsamında tüm göçmenlere yönelik genel düzenlemelere yer verilmesi, çalışmanın devamında ele alınacak idari gözetim tedbiri bakımından da önem taşımaktadır. Çünkü Protokol'de yer alan göçmenlerin cezasızlık güvencesinin idari gözetim ile zedelendiği iddiası özellikle uluslararası koruma statüsü kapsamındaki

<sup>58</sup> Tezcan, Erdem ve Önok (n 4) 95.

<sup>59</sup> Bostancı Bozbayındır (n 28) 385.

<sup>60</sup> Bu bağlamda özellikle göçmen ile uluslararası koruma statüleri arasındaki ayrıma dikkat edilmesi gerekmektedir.

<sup>61</sup> Mülteci statüsüne yönelik değerlendirme için bkz. Boister (n 7) 76. Mültecilerin Statüsüne İlişkin 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolü, geniş ölçüde mülteci korumasının uluslararası temeli olarak kabul edilmektedir. Bu kapsamda *Pickering*, Sözleşme temelinde kişinin güvenlik bakımından gerçek bir risk altında olması, ırk, milliyet, dini inançlar, siyasi görüş vb. sebeplerle zulme uğramış veya uğrayacak olması, yabancılaşması (mutat meskenin bulunduğu ülke dışında) ve korunma gereksinimi şeklindeki mülteci kavramının temel unsurlarını ön plana çıkararak mültecilerin gerçekleştirilen göçler sonucu vardıkları ülkelerde kriminalize edilmeye çalışılmasına yönelik eleştirilerine zemin hazırlamıştır. Sharon Pickering, 'Crimes of the State: The Persecution And Protection Of Refugees', (2005) 13 Critical Criminology 141 vd.

<sup>62</sup> Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 4) 63; Evik (n 1) 128.

<sup>63</sup> ibid 141.



kişiler üzerinden güçlendirilmeye çalışılmaktadır<sup>64</sup>. Protokol sadece uluslararası koruma statüsü kapsamındaki kişiler bakımından değil, ülke sınırlarını ihlal ederek göç yasalarına aykırılık teşkil eden tüm göçmenlere yöneliktir. Bu tespit ile birlikte idari gözetim kapsamında incelemeye geçmeden önce, konunun çerçevesini teşkil etmesi sebebiyle göçmen kaçakçılığı suçu bağlamında mağdur kavramının ele alınması gerekmektedir.

## II. Göçmen Kaçakçılığı Suçunda Göçmenin Hukuki Niteliğinin Belirlenmesi

Göçmen kaçakçılığında genel olarak birden fazla kişinin iştirakinin gerekli olmasından<sup>65</sup>, bu süreçte ülkeye kaçak giriş veya çıkışın sağlanması konusunda kişilerin kompleks katkı zincirinden söz edilmesi gerekmektedir. Ceza hukuku karşılığında göçmen kaçakçılığı suçuyla ihlal edilen hukuki değerlerin çeşitliliği, etkisini suçun mağdurunun tespiti noktasında da göstermektedir. Göçmen kaçakçılığı suçunun karakteristik özelliği olarak ön plana çıkarılan göçmenin rızasının varlığı, suçun insan ticareti suçundan ayırımını ortaya koyan önemli bir unsur olmakla birlikte<sup>66</sup>; göçmen kaçakçılığı suçunun mağdurunun tespitine ilişkin tartışmaların ana eksenini teşkil etmektedir<sup>67</sup>. Belirtilmelidir ki, göçmen kaçakçılığının göçmenin rızası ile işlenebilmesinde hukuken geçerli bir rızadan söz edilemediği için, rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olarak dikkate alınması mümkün değildir. Bir ülkeye giriş ve çıkış düzeni kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hak alanı teşkil etmemektedir<sup>68</sup>.

İnsan ticareti ve göçmen kaçakçılığı, her ikisi de düzensiz göçün biçimleri olarak, ulusal sınırlar içinde, sınırların ötesinde veya aşamalı bir süreçte mümkün olabilmesi<sup>69</sup> nedeniyle benzerlik<sup>70</sup> göstermektedir. Ancak göç eden kişilerin istismar edilmesi suretiyle kazanç veya menfaat temin edilmesi temeline dayanan insan ticareti suçundan farklı olarak göçmen kaçakçılığı suçunda göçmenlerden kazanç

<sup>64</sup> Schloenhardt ve Hickson (n 48) 51.

<sup>65</sup> Bununla birlikte göçmen kaçakçılığı suçu çok failli suç olarak kabul edilemez. Zira bu suç kapsamında en az iki kişinin varlığı zorunlu olsa da göçmen ancak suçun konusu olarak dikkate alınabilir. Bu nedenle çok failli suç yapısına elverişli değildir. Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 4) 65.

<sup>66</sup> Arslan (n 4) 123. Göçmen kaçakçılığının ekonomik zorluklar, fırsat yokluğu ve düzenli göç sürecine getirilen kısıtlamalar sonucunda gerçekleşmesi durumunda özgür rızanın varlığının tartışmalı hale geldiği yönünde bkz. Tom Ellis ve James Akpala, 'Making Sense Of The Relationship Between Trafficking in Persons, Human Smuggling, and Organised Crime: The Case Of Nigeria', (2011) 84 The Police Journal 13, 17 vd.

<sup>67</sup> Göçmen kaçakçılığı kapsamında mağdur kavramına ilişkin değerlendirme için bkz. Gallagher ve David (n 8) 216.

<sup>68</sup> Erel (n 4) 282.

<sup>69</sup> Ellis ve Akpala (n 66) 15.

<sup>70</sup> İnsan ticareti ile göçmen kaçakçılığı arasındaki benzerliklere ilişkin değerlendirme için bkz. Doğan (n 4) 29.



veya menfaat temin edilmesi karşılıklılık esasına dayanmakta olup<sup>71</sup>, kural olarak fail veya failerin bu yönde göçmenleri istismar etmesinden söz edilememektedir<sup>72</sup>.

Göçmen kaçakçılığını gerçekleştiren kişi ile kaçak göçmenlerin arasındaki ilişki, kasıtlı bir sömürü durumuna sokmadan genellikle varış ülkesine girdikten kısa bir süre sonra sona ermesi sebebiyle<sup>73</sup>, suçun süreci açısından da insan ticareti suçundan farklılaşmaktadır. Bu husus aynı zamanda kaçak göçmenin bu geçişin sonrasında ilgili ülkenin kamu düzenini ihlal etmesi nedeniyle önemlidir. Bireye zarar veren insan ticaretinden farklı olarak, göçmen kaçakçılığında zarar ağırlıklı olarak hedef devlet tarafında söz konusu olmaktadır<sup>74</sup>. Kaçakçılığı yapılan kişinin rızasıyla ulusal sınırların yasa dışı geçişini kolaylaştıran faaliyetlerin karşılığı olarak göçmen kaçakçılığı, göçmenin de geçişi yapılan ülkenin kamu düzenini bozması nedeniyle mağdur olarak kabul edilip edilemeyeceğine yönelik belirsizliği ortaya çıkarmaktadır.

Nitekim İnsan Ticaretine İlişkin Protokol'de insan ticaretine konu olan kişilerin cezalandırılmayacaklarına yönelik açık bir düzenleme ile vurgu yapılmasına gerek olmayacak şekilde bu kişilerin suçun mağduru oldukları net olmakla birlikte, Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'de göçmenlerin suçun konusu olmaları itibarıyla cezalandırılmayacak olmalarına ilişkin açık düzenlemenin gerekliliği bunun bir ifadesi olarak değerlendirilebilir. Diğer bir ifadeyle, İnsan Ticaretine İlişkin Protokol tartışmasız bir şekilde insan ticaretine maruz kalmış kişileri suçun mağduru olarak ele alırken; Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol, kaçak göçmenlerin suçun mağduru olarak kabul edilip edilmeyeceği konusunda açıklık içermemektedir<sup>75</sup>. Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol kapsamında, kaçak göçmenler, bahsedildikleri hemen hemen her hükümde, "suçun konusu" olarak belirtilmekte ve böylece temelde pasif bir rol üstlenmektedirler<sup>76</sup>. Bununla birlikte her iki Protokol'ün ortaya koyduğu amaç beyanları çerçevesinde insan ticareti suçundaki mağdur kavramının göçmen kaçakçılığında göçmenler bakımından uygun olmadığını belirtilmesi gereklidir<sup>77</sup>.

<sup>71</sup> Guild (n 8) 13.

<sup>72</sup> Hartati (n 2) 23. Doktrinde bir görüş, herhangi bir noktada rıza geri alınır, taşıma sürecinin bir parçası olarak ortaya çıkan zorlama ve istismarın kaçakçılık olarak başlayan fiili insan ticaretine dönüştüreceğini belirtmiştir (Ellis ve Akpala (n 66) 17). Burada taşıma sürecinin parçası olarak her türlü zorlamanın fiili doğrudan insan ticaretine dönüştürmeyeceğine dikkat edilmesi gerekir. İnsan ticareti suçunun esasını oluşturan ve kişinin sömürülmesine yol açan belli amaçlarla hareket edilmesi unsurunun gerçekleşmesi önemlidir. Yoksa sadece taşıma sürecinde mağdurların hareket ettirilmesine yönelik zorlamalar bu kapsamda değerlendirilemeyecektir. Boister (n 7) 77.

<sup>73</sup> Ellis ve Akpala (n 66) 17. Bununla birlikte insan ticareti suçu zorlama, sömürü ve aldatma unsurlarını içermesi sebebiyle insan ticaretine maruz kalan kişilerin varış noktalarına ulaştıktan sonra zorunlu olarak insan ticaretini gerçekleştiren kişiler ile ilişkisinin devamlılığı gereklidir.

<sup>74</sup> Boister (n 7) 77. Göçmenlerin, bedeli fahiş olsa bile, bir hizmet için ödeme yaptıkları için mağdur olarak ifade edilmelerinin uygun olmadığı yönünde bkz. Guild (n 8) 17.

<sup>75</sup> Spena (n 17) 46. Benzer bir yaklaşım ileri süren Erel görüşünü şu şekilde ifade etmiştir: "...uluslararası sözleşmede göçmenlerin bu suçun hukuksal anlamda mağduru olduğu düşünülmeydi, bu suçtan cezai kovuşturmayla tabi tutulmalarına ilişkin düzenlemeyi öngörmezdi. Sözleşmedeki bu düzenleme ile suçun sosyal bakımından mağduru konumundaki göçmenlerin ayrıca göçmen kaçakçılığı suçundan da cezai kovuşturmayla tabi tutularak daha da mağdur edilmelerinin önlenmesi amaçlandığı söylenebilir. Bu, göçmenlere yönelik bir suç ve ceza siyasetinin bir sonucudur." Erel (n 4) 270.

<sup>76</sup> Spena (n 17) 46.

<sup>77</sup> Oconitrillo (n 14) 2.

Kaçak göçmenlerin genellikle kaçakçılığı gerçekleştiren kişilerle belli bir bedel karşılığı anlaşması ve bunun göçmenlerin kaçakçılara olan borçlarını ödemek için çalışmaya zorlanması şeklinde emeğin sömürülmesinde artışa neden olması<sup>78</sup> insan ticareti suçunun da göz önünde bulundurulmasına etki etmektedir. Suç örgütü olarak insan ticaretini gerçekleştirenlerin bu temsili, göçmenlerin savunmasız mağdurlar olduğu sonucunu ortaya çıkarmakta ve ilkinin ikincisinin zayıflıklarından yararlandığı bir dinamik olarak görünmektedir. Nitekim TCK'nın gerekçesinde söz konusu durum “*bu suçta asıl mağdurlar, çaresizlik ve yoksullukları nedeniyle kendilerine bir ekmek kapısı açmak için çarpınan insanlardır*” şeklinde ifade edilmiştir. Ancak göçmen kaçakçılığı bu tasvirden daha çok yönlüdür ve bunun karmaşıklığı göz ardı edilmemelidir<sup>79</sup>.

Bu bağlamda düşünüldüğünde, göçmen kaçakçılığı göçmenin yasa dışı geçişini sağlaması için faili azmettirdiği durumdan, genellikle suçun örgüt kapsamında işlendiği durumlarda göçmenin hayatı veya sağlığı ya da malvarlığı bakımından ciddi tehlikelerin oluştuğu<sup>80</sup> durumlara kadar geniş bir alanı kapsamakta; son belirtilen husus dâhilinde insan ticaretine dönüşme ihtimalini barındırmaktadır. Belirtilmelidir ki, insan ticareti bakımından bu fiili gerçekleştirenin suç için aranan belirli amaçlarla hareket etmesi durumu söz konusu olmadığı sürece, göçmenin hangi saikle ülkeye yasa dışı girmek istediğinin önemi bulunmamaktadır. Bu nedenle bazı durumlarda göçmenin tercihi olarak, çoğu durumda ise yoksulluk, insani krizler ve zulüm nedeniyle göçmen kaçakçılığı gerçekleşmektedir.

Çoğu durumda kaçakçılık faaliyetlerinin göçmenlerin hayatlarını tehlikeye atacak veya onlara zarar verecek şekilde gerçekleşmesinin ve göçmenlerin kaçakçılığı gerçekleştiren kişiler karşısındaki savunmasızlığını göstermesinin de etkisi ile göçmenler suçun mağduru<sup>81</sup> olarak kabul edilmektedir<sup>82</sup>. Zira göçmenlerin içinde

<sup>78</sup> Aziani (n 6) 2.

<sup>79</sup> ibid 2. Ülke sınırlarının korunması ile göçmenlerin korunması arasındaki denge, buna yönelik uygulama ve politikalarla değiştiği hakkında bkz. Pickering (n 61) 156.

<sup>80</sup> Ellis ve Akpala (n 66) 15-16. Göçmen kaçakçılığı kapsamında göçmenler bakımından çok yüksek ücretler karşılığı seyahat koşullarının çok düşük olması ve çoğu zaman tehlikeli sonuçlara yol açmasına yönelik eleştiri için bkz. Guild (n 8) 15.

<sup>81</sup> Ülkeye yasa dışı girme ve ülkede yasa dışı bulunma hareketleri kapsamında göçmen kaçakçılığı suçunun mağduru açısından özel suç olduğu yönünde bkz. Arslan (n 4) 122.

<sup>82</sup> Tezcan, Erdem ve Önok (n 4) 93; Arslan (n 4) 122; Kangal (n 3) 236; Evik (n 1) 140 vd.; Kılıncarslan (n 5) 856; Başlar (n 9) 347. Aksi yönde değerlendirme için bkz. Döner ve Saydam (n 4) 8-9. Türk ceza hukukunda göçmen kaçakçılığı suçunun mağdurunun kim olduğu sorunu özellikle 2010 tarihinde 6008 sayılı Kanun ile TCK md. 79/2'de yapılan değişiklikle yasal düzlemde netlik kazanmıştır. Kanun koyucu bu düzenleme ile göçmen yerine mağdur ifadesini kullanarak, bir anlamda bu belirsizliği ortadan kaldırmıştır. Bununla birlikte Yargıtay “sosyal olarak suçtan zarar gören durumda bulunan göçmenlerin göçmen kaçakçılığı suçunun yasal mağduru konumunda bulunmayıp, suçun konusu oldukları, suçun yasal mağdurunun uluslararası toplum olduğunı” kabul etmektedir. “Göçmen kaçakçılığı suçunda korunan hukuki yarar uluslararası toplum düzeni olup, menfaat karşılığı ülkeye sokulan, ülkede kalmasına veya yurt dışına çıkmasına imkan sağlanan kişilerin suçun yasal mağduru durumunda bulunmayıp suçun konusunu oluşturdıkları gözlemlenmektedir...”, Yargıtay 18 CD, 31.3.2015, E 2015/54, K 2015/28, <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 10 Nisan 2022. Ancak yakın zamanda vermiş olduğu kararla göçmenlerin de bu suçun mağduru olarak değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin vurgusu önemlidir. Yargıtay 12 CD, 21.10.2016, E 2016/7328, K 2016/12072. Doktrinde aksi yönde görüş, göçmenin suçun mağduru olarak kabul edilmesi kabulüne şu gerekçe ile katılmamaktadır: “Zira bu halde konu ve mağdur kavramları iç içe gireceği gibi bu suçun düzenlendiği yer dikkate alındığında bu suçun birey olarak mağdurunun bulunmadığını ancak devletin sınırları üzerindeki egemenliğinin, uluslararası saygınlığının ihlali nedeniyle devletin suçtan zarar gören olarak kabul edilmesi gerektiğini düşünürüz.” Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 4) 66.

buldukları koşulların, genellikle onların vücut dokunulmazlıklarının ihlal edilmesini ya da insan onuruna aykırı davranışlara maruz kalmasını kolaylaştırmasına, onları böyle tehlikelere karşı açık hale getirmesine yönelik vurgu<sup>83</sup> buna işaret etmektedir. Genellikle kendilerine daha iyi bir yaşam standardı elde etmek temeline dayalı olarak<sup>84</sup> bir ülkeye yasa dışı girmek isteyen göçmenlerin suçun mağduru olarak adlandırılmalarına yönelik girişimde, salt sınır güvenliğinin korunması odaklı bir bakış açısının terk edilmesine yönelik gereklilik açağıdır.

Göçmen kaçakçılığı kapsamında gerçekleştirilen her durum bakımından göçmenlerin suçun konusunu oluşturdukları açık olmakla birlikte; her durumda göçmenlerin suçun mağduru olduğu tespiti ceza hukuku kapsamındaki mağdur kavramı ile uyumlu değildir. Çünkü mağdur genel olarak hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilen fiilden maddi veya manevi olarak zarar gören, haksızlığa uğrayan kişi<sup>85</sup> şeklinde tanımlanmaktadır. Oysa göçmen kaçakçılığında, ülke sınırlarını aşarak, hedef ülkeye yasa dışı giriş yapan kişi olan göçmen, suçtan fayda sağlayacak kişilerden birisidir<sup>86</sup>. Bu nedenle suçun konusunu oluşturmaları sebebiyle fail olarak kabul edilmediklerinin sonucu, göçmenlerin otomatik olarak mağdur kabul edilmeleri değildir.

Konunun ikili bir ayırım yapılarak değerlendirilmesi gerekir. Öncelikle bu suçun mağduru olarak, toplumu oluşturan ve hukuk toplumunda barış içinde yaşama hakkına sahip olan herkes<sup>87</sup> kabul edilmelidir. Bunun dışında göçmenlerin hayatlarına veya vücut bütünlüklerine ya da malvarlıklarına yönelik bir zarar veya tehdit oluşması durumunda bu suçlar bakımından göçmeni mağdur olarak kabul etmek gerekir<sup>88</sup>. Nitekim devletlerin göçmen kaçakçılığına yönelik girişimlerinin bir nedeninin de, göçmenleri kaçakçılık durumunda karşılaşabilecekleri birçok riskten (ekonomik sömürü, aldatma, fiziksel yaralanmalar ve ölüm, yol boyunca aşağılayıcı muamele vb.) koruma ihtiyacından kaynaklanan göçmen merkezli bir yaklaşıma dayandığı ifade edilmektedir<sup>89</sup>. Böylece göçmenlerin mağdur olarak kabul edilebileceği durumların varlığına işaret edilmektedir. Göçmenlerin kaçakçılığın değil de ya fiilin gerçekleştirildiği somut yolların ya da hedeflenen somut amaçların mağduru olarak muamele görmesi, göçmenin mağdur olarak kabulünün, kaçakçılığın temel haksızlığına bağlı olan daha fazla zararlı boyutlara atfedilmesi anlamına gelmektedir<sup>90</sup>. Bunun

<sup>83</sup> Bostancı Bozbayındır (n 28) 382.

<sup>84</sup> Arslan (n 4) 131; Kılınçarslan (n 5) 854; Başlar (n 9) 343.

<sup>85</sup> Asiye Merve Turanlı, *Ceza Hukukunda Mağdur ve Mağdurun Korunması* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2012) 4.

<sup>86</sup> Yenedünya ve Alşahin (n 4) 8. Göçmen kaçakçılığı suçunun zorunlu şerikliğinin söz konusu olduğu suçlardan olduğu yönünde değerlendirme için bkz. Koca ve Üzülmöz (n 5) 83.

<sup>87</sup> Doğan (n 4) 126. *Kangal*, göçmen kaçakçılığı suçunda hem toplumu oluşturan herkesin hem de göçmenlerin mağdur olduğunu kabul etmektedir. *Kangal* (n 3) 235.

<sup>88</sup> Koca ve Üzülmöz (n 5) 86.

<sup>89</sup> Spena (n 17) 44.

<sup>90</sup> Militello ve Spena (n 23) 49.

ortaya çıkardığı sonuç ise, göçmenlerin mağdur olarak kabul edilmelerinin tamamen dışlandığı ihtimalin hukuka uygun olarak değerlendirilemeyeceği hususudur.

Genellikle göçmenlerin hayatlarına ve vücut bütünlüklerine yönelik tehlike içeren durumlar kapsamında göçmen kaçakçılığının gerçekleştiriliyor olması, göçmen bakımından bu zarar veya tehlikenin suçun unsuru olarak kabul edilmesini meşru kılmaz. Suçun oluşması bakımından göçmenlerin zarar görmesi<sup>91</sup> veya zarar ortaya çıkarmaya elverişli bir tehlikelilik durumunun bulunması gerekli değildir. Göçmen kaçakçılığı suçu bu yönüyle soyut tehlike suçu olarak kanunda yer almaktadır. Suç tipinde belirtilen hareketlerin yapılması yeterli olduğundan, suçun konusu üzerinde bir tehlikenin ortaya çıkıp çıkmadığının ayrıca araştırılmasına gerek bulunmamaktadır<sup>92</sup>. Göçmen kaçakçılığının göçmenlerin hayatı bakımından tehlike arz ettiği durumlar, suçun daha fazla cezayı gerektiren nitelikli şekli olarak kanunda düzenlenmiştir<sup>93</sup>. Burada salt kaçakçılığın sonucu olmayan ancak kaçakçılığı gerçekleştirenlerin göçmenlerin yabancı ülkeye düzensiz girişlerini veya yabancı bir ülkede kalmalarını sağlamak amacıyla yürütebilecekleri bazı faaliyetlerden ortaya çıkan mağduriyetten söz edilmektedir<sup>94</sup>.

Bu yaklaşım Protokol'ün kabul ediliş amacı ve md. 5 kapsamındaki göçmenlerin cezalandırılmaması esası ile de uyumludur<sup>95</sup>. Zira Protokol'ün temel düzenleniş sebebi Protokol'ün önsözünde de belirtildiği üzere uluslararası toplum düzeninin bu suçtan zarar görmesidir<sup>96</sup>. Bu kapsamda örgütlü suç gruplarının faaliyetlerindeki önemli artıştan duyulan endişeye vurgu yapıldığı görülmektedir. Ayrıca Protokol kapsamında göçmen kaçakçılığına ilişkin hiçbir hüküm (md. 6/1-a, md. 3-a), göçmenlerin suçun işlenmesinde ihlal edilebilecek haklarını özel olarak dikkate almamış; bu haklar, yalnızca 6. maddenin 3. paragrafında suçun daha fazla cezayı gerektiren hali olarak ilişkilendirilmiştir<sup>97</sup>. Böylece devletlerin toprak egemenliğini ihlal etmenin yanı sıra, göçmenin mağdur olması suretiyle hukuki değerlerini de ihlal edeceğinden insan haklarını ihlal etme boyutuyla ön plana çıkan göçmen kaçakçılığının, suçun haksızlığını artırma etkisinden söz edilmesi gerekecektir<sup>98</sup>.

<sup>91</sup> Doğan (n 4) 127.

<sup>92</sup> ibid 147.

<sup>93</sup> Doktrinde bir görüş, suçun, mağdurların hayatı bakımından bir tehlike oluşturması durumunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç teşkil ettiğini ileri sürmüştür (ibid 155). Aksi yönde görüş için bkz. Kangal (n 3) 246.

<sup>94</sup> Spina (n 17) 51.

<sup>95</sup> Benzer yönde değerlendirme için Doğan (n 4) 127.

<sup>96</sup> ibid 128. Benzer yönde yapılan bir değerlendirmede, Protokol'ün amaçları kapsamında göçmen kaçakçılığı ile mücadele ve göçmenlerin haklarının korunmasının pratikte bağlantılı olsalar da, kavramsal olarak ayrı oldukları belirtilmiştir. Bu ise, göçmen kaçakçılığının önlenmesinin ve buna yönelik mücadelenin, başlı başına kaçak göçmenlerin korunmasını içermediği esasına dayanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, göçmenlerin korunması, göçmen kaçakçılığı ile mücadeleye için değildir (Spina (n 17) 45-46). Bunun ortaya çıkardığı önemli sonuç, devlet merkezli yaklaşımın öncelikli olduğu ve göçmen kaçakçılığına karşı mücadelenin her şeyden önce düzensiz göçe karşı devletlerin toprak egemenliğini savunmanın bir yolu olduğudur. ibid 46.

<sup>97</sup> ibid 46.

<sup>98</sup> ibid 50.

Göçmen kaçakçılığı suçu bağlamında göçmenlerin hak sahibi olarak bu kadar geniş bir yelpazede tanınması, aslında göçmen kaçakçılığının mağduru olarak kabul edildikleri anlamına gelmemektedir. Protokol kapsamında kaçak göçmenler göçmen kaçakçılığı suçunun ortak faileri olarak görülmesi de, suçun temel biçimi, göçmenlerin değil, devletlerin göçmen akışlarının kontrolüne ilişkin bir menfaat ihlali olarak devlet merkezli bir yaklaşım esasında hazırlanmış görünmektedir<sup>99</sup>.

İncelenen hususlar bağlamında göçmenlerin suçun konusunu oluşturması ve göçmenlere yönelik kabahat veya idari yaptırımların uygulanabilir olması yönündeki tespit, bir sonraki adım bakımından önem taşımaktadır.

### III. İdari Gözetim Tedbiri

#### A. İdari Gözetimin Hukuki Niteliği ve İşlevi

Devletlerin göçmen kaçakçılığını gerçekleştirenleri cezalandırarak caydırmayı amaçlayan politikalar geliştirerek yanıt vermesi, göçmen kaçakçılığında göçmenlere yönelik uygulama ve tedbirlerin de bu amaca yönelik olup olmadığı meselesini<sup>100</sup> gündeme getirmektedir. Farklı ülkelerde göçe karşı uygulanan politikalar, kamu hukuku kapsamında idare hukuku tarafından yönetilen alt sistemlerin kurulmasına yol açmıştır<sup>101</sup>. Devletin ülkesel egemenlik ilkesi bağlamında hâkimiyet hakkının kapsamına, haklarında işlem tesis edebilme gücüne sahip olduğu yabancılar<sup>102</sup> da girmektedir. Potansiyel güvenlik risklerini araştırmak amacıyla göçmenlere geçici kısıtlamalar getirmek için devletlerin zorunlu olarak bazı yürütme yetkilerine sahip olması gerekmektedir<sup>103</sup>. Kural olarak devletlerin egemenlik yetkisi kapsamında yabancıları ülkeye kabul etmeye ilişkin yükümlülükleri bulunmamaktadır<sup>104</sup>. Ülkesine yapılan giriş çıkışı kontrol etme ve buna bağlı olarak belli koşullar çerçevesinde yabancıyı sınır dışı etme konusunda devlet takdir yetkisine sahiptir<sup>105</sup>.

<sup>99</sup> ibid 49.

<sup>100</sup> Doktrinde bir görüş, gelecekteki kaçak göçmenleri caydırmak amacıyla hâlihazırdaki kaçak göçmenlerin hapisane benzeri tesislerde alıkonulmasının, ceza yaptırımından kolayca ayırt edilemeyeceğine dikkat çekmiştir. Yazara göre, Protokol'ün 5. madde kapsamındaki yükümlülüklerine uyulması, göçmenlerin gözetim altına alınmasının etkilerinin en aza indirecek şekilde hareket edilmesini gerektirmektedir. Schloenhardt ve Hickson (n 48) 63.

<sup>101</sup> Gian Luigi Gatta 'Global Trends in 'Crimmigration' Policies: From the EU to the USA', *Controlling Immigration Through Criminal Law: European and Comparative Perspectives on 'Crimmigration'*, (Oxford 2020) 47-80, 70.

<sup>102</sup> Yabancı kavramına ilişkin açıklamalar için bkz. Başak Güzel, *Türkiye'de İdari Gözetim* (Seçkin 2020) 19.

<sup>103</sup> Schloenhardt ve Hickson (n 48) 50.

<sup>104</sup> Evik (n 1) 147.

<sup>105</sup> Güzel (n 102) 17.

Bu bağlamda özellikle idari gözetim tedbiri<sup>106</sup> gerek yapısı gerekse uygulama koşulları nedeniyle<sup>107</sup> ön plana çıkmaktadır. Bir devletin, vatandaş olmayan bir kişinin sınır dışı edilip edilmeyeceğini veya kabul edilmeyeceğini belirlemek için bir tür idari ve/veya adli prosedüre sahip olması gerekmektedir. Bu belirleme kapsamında çoğu devlet, yürütmeye, vatandaş olmayanların gözetim altına alınmasına izin vermek için yetki vermektedir<sup>108</sup>.

Göçmenlerin gözetim altına alınması uygulamasının artması, çağdaş toplumlarda riskin en aza indirilmesine ve toplumsal kontrole yönelik genel bir eğilimin parçası olarak görülmektedir<sup>109</sup>. Gözetim merkezleri iç göç kontrolünde merkezi bir rol oynamakta ve idari gözetim sadece girişi engellemek için değil, aynı zamanda ülke içinde yakalanan düzensiz göçmenlerin sınır dışı edilmesini kolaylaştırmak için de giderek daha fazla kullanılmaktadır<sup>110</sup>. Göçmenlerin özgürlüklerinden yoksun kılınması<sup>111</sup> sonucunu ortaya çıkaran<sup>112</sup> bu tedbirin kapsamı ve amacının tespiti önemlidir. Bu bağlamda göç kanunlarının uygulamasının çerçevesi birey, ulus-devlet ve toprak arasındaki ilişki tarafından belirlendiğinden<sup>113</sup>, bu özellikli yapı da dikkate alınmalıdır.

İdari gözetim, yabancıların ülkeye kabul veya ülkeden sınır dışı edilmelerine ilişkin süreçte belirli koşulların varlığı halinde uygulanabilen ve devletler arasında

<sup>106</sup> İdari gözetimin genel esaslarını içeren uluslararası bir düzenleme bulunmadığı ve bu nedenle kavramın adlandırılması noktasında farklılıkların ortaya çıktığı yönünde bkz. Merve Akbulut, *Türk Yabancılar Hukukunda İdari Gözetim* (On İki Levha 2020) 7. İdari gözetimin güvenlik ve terörizm sebebiyle önleyici alıkoyma ve düzensiz göçü sınırlamak için alıkoyma şeklinde de ifade edildiği yönünde bkz. Nimet Özbek, 'AIHM Kararları Işığında YUKK'nda İdari Gözetimin Uygulandığı Mekânlar Hakkında Ortak Sorular', (2015) 118 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 15, 19. Göçmenlerin gözetim altına alınmasında dikkate alınan ilkelerin karşılaştırılabilir hukuk alanlarından göreceli olarak yalıtılarak geliştirildiği yönünde bkz. Matthew Groves, 'Immigration Detention vs Imprisonment Differences explored', (2004) 29 (5) *Alternative Law Journal* 228, 228.

<sup>107</sup> Nitekim Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin, 2004 yılında konuyla ilişkili olarak verilen üç dizi kararda, Federal Hükümet'in, reddedilen sığınmacıların, başka bir ülkeye sınır dışı edilememeleri ve idari gözetim merkezlerinin koşullarına bakılmaksızın süresiz olarak gözetim altında tutulabileceklerine ilişkin açıklaması kabul görmemiştir. Mahkeme, *Al-Kateb* ve *Al Khafaji* davalarında ilgili kişilerin sınır dışı edilmeleri mümkün olmasa dahi, idari gözetim merkezlerinde bulunmalarının yargılanmaksızın tutukluluk anlamına gelmeyeceğini, yabancıların idari gözetim altında bulundurulmalarının anayasal nitelikte bir yürütme yetkisi olduğunu belirtmiştir. Diğer bir dava ise gözetim merkezlerinde barındırılma koşulları ile de ilişkili olup, bu davada Mahkeme ülkenin uzak kamplarındaki tutulma koşullarının ne kadar katı olursa olsun göçmenlerin gözetim altından kaçmalarına karşı bir savunma sağlayamayacağını belirtmiştir. İlgili davalar ve Mahkeme kararları için bkz. Head (n 49) 34.

<sup>108</sup> Daniel Wilsher, 'The Administrative Detention Of Non-Nationals Pursuant To Immigration Control: International And Constitutional Law Perspectives', (2004) 53 (4) *International and Comparative Law Quarterly* (ICLQ) 897, 900. Bir yargılamaya ya da mahkeme kararı olmaksızın kişiyi özgürlüğünden yoksun kılmayı sonuçlayan gözetim altına almanın, yargı yetkisinin bağımsızlığını ortadan kaldırmadığı ve bu nedenle anayasal nitelikteki kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil etmediği, tutukluluğun amacının cezalandırıcı olmadığı süreçte, vatandaş olmayanların gözetim altına alınmasına ilişkin bir kanunun kuvvetler ayrılığı ilkesini ihlal etmediği yönünde bkz. Groves (n 106) 231.

<sup>109</sup> Cornelisse (n 16) 74.

<sup>110</sup> Dennis Broeders, 'Return to sender? Administrative detention of irregular migrants in Germany and the Netherlands', (2010) 12 (2) *Punishment & Society*, 169, 170.

<sup>111</sup> Birleşmiş Milletler (BM) İşkence, İnsanlık Dışı, Küçük Düşürücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşmenin Ek İhtiyari Protokolü'nde özgürlüğünden yoksun kılma kavramına yer verilmiştir. "Bu Protokolün amacı itibarıyla, özgürlüğünden yoksun olmanın anlamı, her türlü gözaltı ya da hapsedme ya da kişinin kendi rızasıyla ayrılmasına herhangi bir adli, idari ya da diğer yetkilinin emriyle izin verilmediği kamusal ya da özel bir yerde tutmadır."

<sup>112</sup> Head (n 49) 39.

<sup>113</sup> Cornelisse (n 16) 77.

kabul gören bir uygulama<sup>114</sup> olarak ifade edilmektedir<sup>115</sup>. Göçmenlerin zorunlu olarak gözetim altına alınmasının en yaygın gerekçesi, böyle bir tedbirle cezalandırmanın amaçlanmadığı, daha ziyade sığınma taleplerinin değerlendirilmesini kolaylaştıran ve yasa dışı göçmenlerin sınır dışı edilmesini hızlandıran idari bir işlev olduğudur<sup>116</sup>.

Göçmenlerin idari gözetim altına alınması<sup>117</sup>, genellikle güvenlik nedenleriyle ev sahibi ülkenin düzensiz göçü kontrol etmek amacıyla bir yabancıyı sınır dışı edilmeden<sup>118</sup> kaçmasını önlemek için yargılamadan özgürlüğünden alıkonulmasına izin veren bir prosedür olarak değerlendirilmektedir<sup>119</sup>. Hatta Almanya’da düzensiz ikamet (*irregular residence*) suç olmasına rağmen, düzensiz göçmenler genellikle ceza hukuku kapsamında gözaltına alınmamakta ve çoğu ülkede olduğu gibi, göçmenlerin gözetim altında tutulması idari gözetim olarak dikkate alınmaktadır. Böylece söz konusu tedbir cezai bir önlem olarak değil, başta sınır dışı etme olmak üzere diğer amaçları güvence altına almak için bir önlem olarak kabul edilmektedir<sup>120</sup>.

Birçok ülkede göçle ilgili gözetim altına alma uygulaması konusundaki insan haklarına ilişkin bilimsel söylemler de, göçmenlik ihlallerinin cezai meselelerden ziyade statüyle ilgili nedenlerle<sup>121</sup> kabul edildiğinden, gözetim altında tutulmanın genellikle idari yönüne odaklanma eğilimindedir<sup>122</sup>. İdari gözetimin, ceza hukuku

<sup>114</sup> Nitekim AB kapsamında üye devletlerde yasa dışı olarak kalan üçüncü ülke vatandaşlarının geri gönderilmesine ilişkin ortak standartlar ve prosedürler hakkında 16 Aralık 2008 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi md. 15/1’e göre; “*Belirli bir durumda diğer yeterli ancak daha az zorlayıcı önlemler etkili bir şekilde uygulanmadığı sürece, Üye Devletler, geri dönüşü hazırlamak ve/veya sınır dışı sürecini yürütmek için yalnızca iade prosedürlerine tabi olan bir üçüncü ülke vatandaşını gözetim altında tutabilir.*” Direktif kapsamında özellikle ilgili üçüncü ülke vatandaşının kaçma riski varsa veya geri dönüş hazırlıklarını veya sınır dışı etme sürecini engellemesi söz konusuysa gözetim altına alma tedbirine başvurulacaktır. Yine Direktif’te bu kapsamda bir alıkoymanın, mümkün olduğu kadar kısa bir süre için olacağı ve yalnızca sınır dışı etme düzenlemeleri devam ettiği ve gereken özenle yürütüldüğü sürece sürdürüleceği açıkça düzenlenmiştir (md. 15/1 son cümle).

<sup>115</sup> Nuray Ekşi, *6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nda İdari Gözetim* (Beta 2014) 3; Broeders (n 110) 169; Arjen Leerkes ve Dennis Broeders, ‘A CASE OF MIXED MOTIVES? Formal and Informal Functions of Administrative Immigration Detention’, (2010) 50 British Journal of Criminology 830, 831. Avrupa ülkelerine ilişkin değerlendirme için bkz. Asher Colombo, ‘Foreigners and immigrants in Italy’s penal and administrative detention systems’, (2013) 10 (6) European Journal of Criminology 746, 749.

<sup>116</sup> Schloenhardt ve Hickson (n 48) 59.

<sup>117</sup> Göçmenlerin gözetim altında tutulmasının türlerine ilişkin değerlendirme için bkz. Leerkes ve Broeders (n 115) 830.

<sup>118</sup> “*Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 125. maddesi gereği idari işlemler yargı denetimine tabidir; bununla birlikte, uygulamada adli makam, yabancıların sınır dışı edilmesi bağlamını çok büyük bir idari takdir yetkisine bırakmaktadır.*” Ulaş Sunata ve Selenay Erduran, ‘Practicing Law in Administrative Detention for Syrian Refugees in Turkey’, (2021) Journal of Immigrant & Refugee Studies, 4.

<sup>119</sup> ibid 3. Nitekim Avustralya Yüksek Mahkemesi, göçmenlerin gözetim altına alınmasının meşruiyetine karşı anayasal bir itirazla ilgili olarak cezai nitelikte olmayan gözaltı kavramını kabul etmiştir ve göçmenlerin gözetim altına alınmasının “*sınır dışı etme veya sınır dışı etme amaçları için gerekli görüldüğünde veya bir giriş başvurusunun yapılması ve değerlendirilmesi için makul ölçüde yeterli olduğu durumlarda cezalandırıcı olmadığını*” belirtmiştir. Schloenhardt ve Hickson (n 48) 59.

<sup>120</sup> Dünkel ve diğerleri, 2007: 377’den aktaran Broeders (n 110) 175.

<sup>121</sup> Bununla birlikte, bazı ülkeler yabancıların (*non-citizens*) gözetim altına alınmasını statüyle ilgili sorulardan kaçınacak şekilde “*barışı bozmak*” gerekçesiyle meşrulaştırmakta ve göçmen kişilere statüleriyle ilgili gerekçelere dayandırılmayan bir önleyici gözaltı uygulamaktadır. Flynn (n 50) 9.

<sup>122</sup> ibid 7. Nitekim Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin uzun yıllardır istikrar kazanan içtihadı, sınır dışı etme kararlarının ve ilgili göçmenlerin gözetim altına alınmasının, cezai yaptırımlarla karşılaştırılabilir bir ceza olarak değil, sivil çözüm yolları olarak görülmesi gerektiğine ilişkindir. Gatta (n 101) 74.



kapsamı dışında kalan güvenlik, terörizm ve düzensiz göçü sınırlamak gibi amaçlarla başvuru bir tedbir olarak ele alınması<sup>123</sup>, bunu desteklemektedir.

Ceza yaptırımı olmayan, suçtan mahkûmiyet gerektirmeyen ve bir gözetim altına alma yöntemi olan idari gözetim, *sınırdan geri çevirme ve sınır dışı etme kararlarının uygulanabilmesi ve uluslararası koruma başvurusunda bulunanların başvurularının değerlendirilmesi sırasında belli şartların varlığı halinde uygulanan idari bir tedbir*<sup>124</sup> olarak karşımıza çıkmaktadır. BMMYK, gözetim altına almayı “*Başta hapisane, kapalı kamp, gözetim tesisi ya da havaalanı transit bölgesi olmak üzere hareket serbestisinin önemli ölçüde sınırlandırıldığı ve bu sınırlı alanı terk etmenin tek yolunun ülkeyi terk etmek olduğu dar bir şekilde sınırlandırılmış ya da kısıtlanmış bir alana kapatılma*” şeklinde tanımlamıştır<sup>125</sup>. İlgili tanımlar dikkate alındığında, idari gözetimin, göçmenlerin hareket serbestisini engelleyen veya duruma göre kısıtlayan bir nitelik arz ettiği görülmektedir.

Bu bağlamda söz konusu tedbirin uygulanacağı kişiler bakımından yabancı veya vatandaş olmayan ifadelerinin kullanılmasıyla sığınmacılar, düzensiz göçmenler, vatansız kişiler veya mülteciler arasında ayırma önem atfedilmediğine dikkat edilmesi gerekmektedir<sup>126</sup>. Tedbirin kişi bakımından kapsamında temel ölçüt, yabancı olma iken; hangi yabancılara yönelik bu tedbirin uygulanması gerektiği noktasında kendi hukuk düzenleri çerçevesinde farklılık gösterebilmektedir. Bu bağlamda Hollanda’nın, gözetim tedbirine yalnızca cezai hükümlü göçmenler veya başka bir şekilde kamu düzenini bozan göçmenler bakımından başvurulacağı bir politika üzerinde çalışılması gerektiği yönündeki talebi<sup>127</sup> göçmen haklarına ilişkin ileri bir adım olarak değerlendirilebilir.

Türk hukukunda idari gözetime idari makamlar tarafından karar verilmekteyken; bazı ülkelerde mahkeme tarafından karar verilmektedir<sup>128</sup>. İster idari makamlar tarafından, ister mahkeme tarafından verilmiş olsun idari gözetim, AİHS md. 5/1-f bendiyle de kabul edilmiştir. Bu düzenleme uyarınca “*Kişinin, usulüne aykırı*

<sup>123</sup> Özbek (n 106) 19.

<sup>124</sup> Ekşi (n 115) 3.

<sup>125</sup> Bu tanımla sığınmacılar özelinde gözetim altına alınmanın “*doğal olarak istenmeyen (inherently undesirable)*” şeklinde ifade edildiğine yönelik ve konu bağlamında geliştirilen Sığınmacıların Gözaltına Alınmasına İlişkin Uygulanabilir Kriterler ve Standartlara İlişkin Kılavuz İlkeler hakkında bilgi için bkz. Sunata ve Erduran (n 118) 3.

<sup>126</sup> Flynn (n 50) 7. Yazar böyle bir kabulün, devletlerin ve uluslararası kuruluşların sığınmayı diğer göç biçimlerinden analitik olarak ayırma çabalarına aykırı olduğuna dikkat çekerek, özellikle Avrupa Birliği’nde sığınmacıların gözetim altına alındıkları yerler bakımından diğer göçmenlerden ayrı tutulduklarını belirtmiştir (ibid 7). Nitekim BMMYK Sığınmacıların Gözaltına Alınmasına ve Gözaltı Alternatiflerine İlişkin Geçerli Kriterler ve Standartlar Hakkında Kılavuz İlkeleri (BMMYK Gözaltı Kılavuz İlkeleri)’nde (s. 19, prg. 32) “...*kişinin yalnızca sığınma talebinde bulunması nedeniyle gözaltına alınması uluslararası hukuka göre yasal değildir. Sığınmacıların yasa dışı girişi veya kalması, Devlete otomatik olarak alıkoyma veya hareket özgürlüğünü başka bir şekilde kısıtlama yetkisi vermez. Gelecekteki sığınmacıları caydırmak veya başvuruda bulunanları onları takip etmekten caydırmak için uygulanan gözaltı, uluslararası normlara aykırıdır.*” düzenlemesine yer verilmiştir. <<https://www.unhcr.org/publications/legal/505b10ee9/unhcr-detention-guidelines.html>> Erişim tarihi 01 Mayıs 2022.

<sup>127</sup> Cornelisse (n 16) 84.

<sup>128</sup> Ekşi (n 115) 2.



surette ülke topraklarına girmekten alıkonması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması” kişiyi özgürlüğünden yoksun kılmanın ihlali anlamına gelmeyecektir<sup>129</sup>. Kişinin özgürlüğünden alıkonulmasının meşru zeminini öngörülen usul ve esaslar ile uluslararası kriterlere uygunluk oluşturduğundan, usul ve esasları hukuka uygun olarak önceden belirlenmiş bir idari gözetim uygulaması AİHS’in ihlaline sebep olmayacaktır<sup>130</sup>.

Böylece kişinin vatandaşı olmadığı ülkede belli şartların gerçekleşmesi halinde alıkonulması<sup>131</sup> esasına dayanan idari gözetim tedbirinin<sup>132</sup> yasal bir süreç çerçevesinde uygulandığı takdirde kamu güvenliği amacına hizmet ettiği<sup>133</sup> sonucuna varılması mümkündür<sup>134</sup>. Bu noktada göçmenlerin özgürlüklerinden yoksun kılınması sonucunu ortaya çıkaran bu tedbirin kapsamının ve şartlarının tespiti önemlidir.

## B. İdari Gözetim Tedbirinin Türk Hukuku Özelinde Kapsamı ve Şartları

Göçmenlerin gözetim altına alınması, egemenlik imtiyazları ile vatandaş olmayanların hakları arasındaki bir gerilim ile karakterize edilmektedir. Tedbir, devletin kendi toprakları üzerindeki egemenliğinin doğasında var olan, vatandaş olmayanların giriş ve kalışlarını kontrol etme hakkının bir tezahürü olarak ön plana çıkmaktadır<sup>135</sup>. Devletlerin, sınırlarından kimlerin geçip geçemeyeceği konusunda geniş takdir yetkisi olsa da, alıkoyma ve sınır dışı etme kararları, yaygın olarak kabul edilen bir dizi norm ve ilke tarafından sınırlandırılmıştır<sup>136</sup>. Zira uluslararası

<sup>129</sup> Devletlerin göç bağlamında, yabancıların özgürlüğünü kontrol etmelerine imkân vermektedir (Khlaifia ve Diğerleri/İtalya [BD], § 89).

<sup>130</sup> Mehmet Aktaş, ‘Geri Gönderme Merkezlerinde Uygulanan İdari Gözetimin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin “Özgürlük Ve Güvenlik Hakkı” Başlıklı 5 inci Madde Perspektifinden Değerlendirilmesi’, (2019) 2 Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu 61, 71.

<sup>131</sup> BM Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) Sığınmacıların Gözaltına Alınmasına ve Gözaltı Alternatiflerine İlişkin Geçerli Kriterler ve Standartlar Hakkında Kılavuz İlke md. 5’te alıkonulma “özgürlükten mahrumiyet veya sığınmacının istediği zaman çıkmasına izin verilmeyen kapalı bir alanda (hapisane veya bu amaçla inşa edilmiş gözaltı, kapalı kabul veya tutma merkezleri veya tesisleri) kısıtlı tutma” şeklinde ifade edilmiştir.

<sup>132</sup> Türk hukukunda idari gözetim Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nda yasal dayanak bulmuştur. Kanunun genel gerekçesinde Avrupa Birliği (AB) ile devam eden müzakere süreci çerçevesinde insan haklarını esas alan ve AB normları ile uyumlu bir göç mevzuat sisteminin oluşturulmasına, idari gözetim dâhil ikincil mevzuat düzenlemeleri ile sürdürülen uygulamaların kanuni dayanağa kavuşturulmasına ve Türkiye’yi de yoğun olarak etkileyen uluslararası düzensiz göçle etkin mücadele edilmesine yer verilmiştir. Türkiye’de idari gözetim uygulamasının daha eskiye dayandığı yönünde bkz. Aktaş (n 132) 64.

<sup>133</sup> Göçmenlerin gözetim altına alınmasının, öncelikle sözde riskler ve güvenliğe yönelik potansiyel tehlikeler ile ilgili kamu korkularını yatıştırmak için bir araç haline geldiği şeklindeki görüş için bkz. Cornelisse (n 16) 75.

<sup>134</sup> Blake Sharpton, ‘Detention of Non-Citizens: The Supreme Court’s Muddling of an Already Complex Issue’ (2005-2006) 57 (4) Mercer Law Review 1221, 1225.

<sup>135</sup> Cornelisse (n 16) 79. Yazar, devletin dışlama hakkının toprak egemenliği ve ulusal sınırların bütünlüğü kavramlarına dayandırılmasının büyük ölçüde, yalnızca devletlerin birbirlerine karşı hak ve ödevleri hakkında bir söylem olan ve bu haliyle bireyin çıkarlarının bu kapsamda özellik arz etmediği klasik uluslararası hukuktaki bölgesel sınırların dokunulmazlığı kavramından türediğini iddia etmiştir (ibid 79). Devletlerin genellikle yabancılar üzerinden egemenlik haklarına vurgu yapmasının, göçün cezalandırılması düşüncesini beslediği yönünde bkz. Flynn (n 50) 10.

<sup>136</sup> ibid 3.

belgelerde<sup>137</sup> yer alan kişilerin özgürlük ve güvenlik hakkının hangi gerekçe ile ve hangi hukuki dayanakla sınırlanabileceği meselesi önem teşkil etmektedir. Kişi özgürlüğü hakkının temel önemi göz önüne alındığında, kişinin özgürlüğünden alıkonulmasına yönelik açık bir yasal yetki olmadıkça böyle bir kısıtlamanın yasa dışı olduğuna dair katı bir ortak hukuk kabulü vardır<sup>138</sup>.

İdari gözetim tedbiri bakımından tüm devletler için geçerli standart bir uygulamadan söz edilememektedir. Örneğin, AB üye ülkeleri, düzensiz bir göçmenin özellikle ne kadar süreyle gözetim altında tutulabileceği konusunda önemli ölçüde farklılık göstermektedir<sup>139</sup>. Bu bağlamda idari gözetimi konuyla sınırlı olarak somutlaştırmak adına Türk hukukuna değinilecektir.

İdari bir önlem teşkil etmekle birlikte, göçmenlerin keyfi olarak özgürlüklerinden alıkonulmaması için yasal olarak düzenlenmesi gereken idari gözetim tedbirine, Türk hukukunda Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda yer verilmiştir<sup>140</sup>. Bu husus yabancılara yönelik getirilen anayasal güvence olan md. 16'nın bir gereği olarak da yerindedir. Yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin uluslararası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceği hükmü çerçevesinde idari gözetim kapsamında yabancının özgürlüğünden alıkonulmasının anayasal çerçevesi çizilmiştir. Bunun yanı sıra AY md. 19 kapsamında kişinin özgürlüğünden yoksun kılınması "*usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması*" halinde hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir. Burada yakalama ve tutuklamanın ceza hukuku kurumu şeklinde yanlış anlaşılabilir olmaları nedeniyle uygun kavramlar olmadığına da belirtilmesi gerekmektedir<sup>141</sup>.

Böylece idari gözetimin yasal güvenceye kavuştuğu açık olmakla birlikte, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun, idari gözetimle ilgili düzenlemelerindeki en önemli eksikliği olarak, hürriyeti sınırlama gibi önemli bir sonuç doğuran bu kavramın tanımının yapılmamış olmasına dikkat çekilmektedir. İdari gözetim kavramının ancak ilgili hükümlerden hareketle tespiti mümkündür<sup>142</sup>.

<sup>137</sup> AİHS md. 5'e göre: "*Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz*". 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi md. 9'a göre: "*Hiç kimse keyfi olarak yakalanamaz, tutuklanamaz ve sürgün edilemez*". Benzer şekilde Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi md. 9/1'e göre: "*Herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı vardır. Hiç kimse keyfi olarak tutuklanamaz veya gözaltına alınmaz. Hiç kimse, bu tür gerekçeler ve kanunla belirlenen usuller dışında özgürlüğünden yoksun bırakılamaz*".

<sup>138</sup> Head (n 49) 45.

<sup>139</sup> Broaders (n 110) 175.

<sup>140</sup> Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sunata ve Erduran (n 118) 2 vd. Bu Kanun yürürlüğe girmeden önce yabancıların özgürlüklerinden alıkonulması sonucunu ortaya çıkaran idari gözetimin keyfi uygulamalar çerçevesinde gerçekleştirildiği ve bu bağlamda yabancıların temel usuli güvencelerden mahrum bırakıldıkları yönünde bkz. ibid 4. Ayrıca bkz. Ekşi (n 115) 3 vd. YUKK'un idari gözetime ilişkin düzenlemesinin büyük oranda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) içtihadı ve Türkiye'ye yönelmiş olduğu eleştiriler çerçevesinde şekillendiğine yönelik bilgi için bkz. Döndü Kuşcu, 'Yabancılar Ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Sınır Dışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancıların İdari Gözetim Altına Alınmaları', (2017) 22 (37) DÜHFD 241, 245.

<sup>141</sup> Aynı yönde değerlendirme için bkz. Ekşi (n 115) 8.

<sup>142</sup> Rifat Erten, 'Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme' (2015) XIX (1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3, 37.

Kural olarak geri göndermeme ilkesi<sup>143</sup> kapsamında gönderilemeyen göçmenler ve kendisine insani ikamet izni verilmiş olan kişiler<sup>144</sup> <sup>145</sup> dışında Türkiye'ye yasal giriş veya Türkiye'den yasal çıkış hükümlerini ihlal edenler ve Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu kapsamında Türkiye'de kalma hakkı bulunmayanlar hakkında sınır dışı etme kararı<sup>146</sup> alınır (YUKK md. 54).

Yine aynı Kanunun 57/2. maddesi uyarınca, “*Hakkında sınır dışı etme kararı alınanlardan; kaçma ve kaybolma riski bulunan, Türkiye'ye giriş veya çıkış kurallarını ihlal eden, sahte ya da asılsız belge kullanan, kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın Türkiye'den çıkmaları için tanınan sürede çıkmayan, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar hakkında valilik tarafından*<sup>147</sup> *idari gözetim kararı alınır ya da 57/A maddesi uyarınca idari gözetime alternatif yükümlülükler getirilir. Hakkında idari gözetim kararı alınan yabancılar; yakalamayı yapan kolluk birimince geri gönderme merkezlerine kırk sekiz saat içinde*<sup>148</sup> *götürülür.*” İlgili düzenlemede yer alan ifadeden, söz konusu nedenlerin gerçekleşmesi hâlinde valiliğin yetkisinin bağlı olduğu anlaşılmakta ve idarenin, nedenlerden hangisine dayandığını somut bir şekilde ortaya koyması gerekmektedir<sup>149</sup>. Bu husus, düzenlemede yer alan nedenlerin fazlalığı dikkate alındığında, tedbirin kural haline gelmemesi ve istisnai şekilde uygulanabilmesi bakımından önem arz eden bir gerekliliktir<sup>150</sup>.

<sup>143</sup> Geri göndermeme ilkesine (*Non-Refoulement*) ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ceren Karagözoğlu, *Non-Refoulement İlkesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Uygulanması*, (2023) 43 (1) *Public and Private International Law Bulletin* 313, 317-319.

<sup>144</sup> YUKK md. 46'ya göre: “(1) *Aşağıda belirtilen hâllerde, diğer ikamet izinlerinin verilmesindeki şartlar aranmadan, Bakanlıkça belirlenen sürelerle sınır olmak kaydıyla ve Genel Müdürlüğün onayı alınarak valiliklerce insani ikamet izni verilebilir ve bu izinler uzatılabilir: a) Çocuğun yüksek yararı söz konusu olduğunda, b) Haklarında sınır dışı etme veya Türkiye'ye giriş yasağı kararı alındığı hâlde, yabancıların Türkiye'den çıkışları yaptırılmadığında ya da Türkiye'den ayrılmaları makul veya mümkün görülmediğinde, c) 55 inci madde uyarınca yabancı hakkında sınır dışı etme kararı alınmadığında, ç) 53 üncü, 72 nci ve 77 nci maddelere göre yapılan işlemlere karşı yargı yoluna başvurulduğunda, d) Başvuru sahibinin ilk iltica ülkesi veya güvenli üçüncü ülkeye geri gönderilmesi işlemlerinin devamı süresince e) Acil nedenlerden dolayı veya ülke menfaatlerinin korunması ile kamu düzeni ve kamu güvenliği açısından Türkiye'ye girişine ve Türkiye'de kalmasına izin verilmesi gereken yabancıların, ikamet izni verilmesine engel teşkil eden durumlara sebebiyle diğer ikamet izinlerinden birini alma imkânı bulunmadığında, f) Olağanüstü durumlarda.*

(2) *İnsani ikamet izni alan yabancılar, iznin verilmiş tarihinden itibaren en geç yirmi iş günü içinde adres kayıt sistemine kayıt yaptırmak zorundadır.*”

<sup>145</sup> Bazı devletlerin, sığınmacıları, mülteci statüsü talepleri gözden geçirilinceye kadar sistematik olarak alıkoydukları yönünde bilgi için bkz. Flynn (n 50) 9. Uluslararası koruma talep eden yabancılar bakımından uygulanabilecek idari gözetime yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. Ekşi (n 115) 10 vd.

<sup>146</sup> Sınır dışı etmenin, çeşitli kamu menfaatlerini (ekonomi, sağlık, düzen ve güvenlik) karşılamayı amaçlayan ilgili idari düzenlemenin nihai hedefi olduğu, idare hukukunun bu menfaatleri korumak ve böylece uygulanmasını haklı kılmayı amaçladığı yönünde değerlendirme için bkz. Gatta (n 101) 50.

<sup>147</sup> Ancak uygulamada bu karar Valilik onayı ile İl Göç İdaresi Müdürlüğü kararına göre uygulanmaktadır. Sunata ve Erduran (n 118) 5.

<sup>148</sup> Bu sürenin idari gözetim süresine dâhil olup olmadığı konusunda Kanun'da bir açıklığın olmadığı yönünde bkz. Sunata ve Erduran (n 118) 5. Yazarlar, bu sürenin göçmenin özgürlüğünden alkonulmasını içermesi nedeniyle idari gözetim süresine dâhil olması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. ibid 5.

<sup>149</sup> Erten (n 144) 38.

<sup>150</sup> ibid 39.

Geri gönderme merkezlerindeki idari gözetim süresi altı ayı geçemez<sup>151</sup>. Ancak bu süre, sınır dışı etme işlemlerinin yabancının iş birliği yapmaması veya ülkesiyle ilgili doğru bilgi ya da belgeleri vermemesi nedeniyle tamamlanamaması hâlinde, en fazla altı ay daha uzatılabilir (YUKK md. 57/3). Zira göçmenlik makamlarının, menşe ülkeye gönderilmek istemeyen, yasal kimliklerini gizleyen ve evraklarını imha eden yasa dışı göçmenlerin tespitinde büyük zorluklar yaşadığı ve yine menşe ülkelerin de geri dönüş konusunda işbirliği yapma konusunda isteksiz olabileceği, bu süreçte karşılaşılabilen durumlar olarak ön plana çıkmaktadır<sup>152</sup>. Bu bağlamda sınır dışı etme oranlarının düşmesine yol açan bu engellerle karşı karşıya kalan devletlerin hem göçmenler hem de menşe ülkelerin yetkilileri üzerindeki baskıyı artırmak için ‘karşı önlemler’ arayışı<sup>153</sup> dikkat çekmektedir. Nitekim yetkililerin bunu yapmak için kullandıkları en önemli aracın yasa dışı göçmenler üzerinde ciddi bir baskı kaynağı teşkil etmesi nedeniyle gözetim tedbirinin kendisi olduğu ileri sürülmektedir<sup>154</sup>.

İlgili düzenleme gereği, hakkında sınır dışı etme kararı verilen göçmenin bu idari işleme kadar idari gözetim kapsamında<sup>155</sup> özgürlüğünden yoksun bırakılabileceği süre en fazla 12 ay olabilecektir. Bu bağlamda göçmenin gözetim altındaki azami süresinin uzatılmasına hiçbir koşulda izin verilmeyecektir. Bunun ortaya çıkardığı sonuç ise, süre sona erdiğinde ilgili kişinin derhal serbest bırakılması gerektiğidir. Nitekim AİHS çerçevesinde Mahkeme’nin yaptığı değerlendirmede konu keyfilik yasağı üzerinden ele alınmış ve sürenin uzunluğu konusuna vurgu yapılmıştır: *“Madde 5 § 1 (f) ’nin birinci kısmı bağlamında “keyfilik yasağı” böylelikle, söz konusu tutmanın iyi niyetle yapılması gerektiği anlamına gelir; izinli olmayan kişinin ülkeye girmesini engelleme amacıyla bağlantılı olmalıdır; tutmanın yeri ve koşulları uygun olmalı, tedbirin, suç işlemiş olan kişiler için değil, çoğu zaman ölümden korkuları nedeniyle kendi ülkelerinden kaçmış olan yabancılar için geçerli olduğu göz önünde bulundurulmalıdır ve tutma süresinin uzunluğu, burada güdülen amaç için makul ölçüde gereken süreyi aşmamalıdır.”*<sup>156</sup>

<sup>151</sup> Benzer şekilde AB’nin 2008 tarihli Direktifi’nde gözetim altına alma tedbirinin, Direktif’in 1. paragrafında belirtilen koşullar yerine getirildiği ve başarılı bir şekilde geri göndermenin sağlanması için gerekli olduğu sürece devam ettirileceğine ve her üye devletin, altı ayı geçemeyen sınırlı bir gözetim altına alma süresi belirleyeceğine yer verilmiştir (md.15/5). Bunun dışında süre uzatımına ilişkin istisnai durumlara atıfta bulunularak, üye devletlerin keyfi şekilde süre uzatımının önüne geçilmiştir. Direktif md. 15/6’da üye devletlerin tüm makul çabalarına rağmen, sınır dışı etme işleminin üçüncü ülke vatandaşının işbirliği eksikliği veya üçüncü ülkelerden gerekli belgelerin alınmasında yaşanan gecikmelerden dolayı daha uzun sürmesinin muhtemel olduğu durumlarda, ulusal hukuka göre on iki ayı geçmeyen sınırlı bir süre dışında, 5. paragrafta atıfta bulunulan süreyi uzatamayacakları düzenlenmiştir.

<sup>152</sup> Leerkes ve Broeders (n 115) 831.

<sup>153</sup> Broeders (n 110) 179.

<sup>154</sup> ibid 179.

<sup>155</sup> İçişleri Bakanlığı tarafından “Kabul ve Barınma Merkezleri ile Geri Gönderme Merkezlerinin Kurulması, Yönetimi, İşletilmesi, İşletirilmesi ve Denetimi Hakkında Yönetmelik” hazırlanmış ve geri gönderme merkezleri, bu merkezlerin koşulları, merkezde tutulan yabancıların faydalanacağı hizmetler vs. ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. RG. 22.04.2014, S. 28980.

<sup>156</sup> Saadi/Birleşik Krallık [BD], § 73’den aktaran Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 5. Madde Rehberi-Özgürlük ve Güvenlik Hakkı (2021) 29. Konuya ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. Gatta (n 101) 73.

Zamansal bir kısıtlama olmaksızın göçmenin özgürlüğünden alıkonulması durumunun, objektif olarak sınır dışı etme amacıyla gözetim altına alma olarak değerlendirilemeyeceği için, yürütme yetkisinin sınırlarının aşılması<sup>157</sup> anlamına geleceğine dikkat edilmesi gerekmektedir. Yabancıların idari olarak gözetim altına alınmasına izin veren yasaların, ancak “*ihtiyaç duydukları ve izin verdikleri gözaltının sınır dışı edilme amaçları için makul olarak gerekli görülenle sınırlı olması halinde geçerli olması*”<sup>158</sup> gerektiği dikkate alınmalıdır. Bu nedenle yasal veya diğer gerekçelerle makul bir sınır dışı etme olasılığının artık mevcut olmadığı anlaşıldığında, gözetim tedbiri çerçevesinde tutukluluk hali haklı olmaktan çıkacağından, ilgili kişi derhal serbest bırakılmalıdır<sup>159</sup>. Böylece vatandaş olmayanların ülkeye izinsiz gelmesinden veya ülkede kalmasından kaynaklanan idari gözetim uygulamasının belli sınırlar dâhilinde meşru bir zemine yerleştirilmesi mümkün olabilecektir.

#### IV. İdari Gözetim Tedbirinin Ceza Hukuku Kurumları ile Karşılaştırılması

Ceza muhakemesinde yer alan koruma tedbirlerinden gözaltına alma ya da tutuklama veya kişiyi özgürlüğünden yoksun kılmayı sonuçlayan hapis cezası ile kıyaslanmak suretiyle cezalandırıcı niteliğinin bulunduğu iddiası<sup>160</sup> ile birlikte gözetim altına alma tedbirine ilişkin bir değerlendirme yapılması gereklidir. Öncelikle belirtilmelidir ki, ceza yaptırımının temel özelliği, yasal düzenlemeler çerçevesinde yargılama sonucuna dayanan bir yargı kararı şeklinde ve mahkeme tarafından verilmesidir. Nitekim bir ceza yaptırımı olan hapis cezasının hangi ölçüde medeni hakların ve kişisel özerkliğin kaybıyla sonuçlanması gerektiği konusunda bir uzlaşma bulunmasa da hapis cezasının ve olumsuz sonuçlarının yalnızca bağımsız bir hâkim tarafından dinlenerek adil bir şekilde yargılanmış ve hüküm giymiş birine uygulanabileceği konusunda görüş birliği vardır<sup>161</sup>. Ceza hukuku kapsamındaki düzenlemeler, bir kişiyi özgürlüğünden alıkoyma yetkisinin hem kaynağını hem de sınırını sağlamaktadır. Göçmen gözetimi tamamen farklı bir temelde işlemektedir. Göçmenlerin gözetim

<sup>157</sup> Head (n 49) 41.

<sup>158</sup> ibid 41. Avustralya’ya yasa dışı yollardan giren Kamboçyalı bir sığınmacının gözetim altına alınmasıyla ilgili olan göçmenlik davasına konu olayda, sığınmacı 4 yılı aşkın bir süre göçmen gözaltısında tutulduktan sonra serbest bırakılmıştır. Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi kapsamında İnsan Hakları Komitesi, sığınma talebinde bulunan kişileri gözaltına almanın kendiliğinden keyfi olmadığına karar vermekle birlikte olayın tüm koşullarını göz önünde bulundurarak, gözetim altına almanın, örneğin kaçmanın veya kanıtlara müdahalenin önlenmesi için gerekli değilse, keyfi olarak değerlendirilebileceğini belirtmiştir. Böylece orantılılık unsuru bu bağlamda önem kazanmaktadır. A v. Australia, Communication No. 560/1993, U.N. Doc. CCPR/C/59/D/560/1993 (30 April 1997)’den aktaran Wilsher (n 108) 901.

<sup>159</sup> AB’nin 2008 tarihli Direktifi md. 15/4.

<sup>160</sup> Nitekim doktrin de bir görüş bu durumu her iki hapsedme biçiminin de özgürlükten zorla mahrum bırakma, zorlayıcı muamele ve temel kişisel özerkliğin reddi gibi temel ortak unsurları paylaştığı şeklinde ifade etmiştir. Schloenhardt ve Hickson (n 48) 62.

<sup>161</sup> Groves (n 106) 230.

altına alınması, bir jüri veya mahkeme tarafından verilen bir karara bağlı değildir<sup>162</sup>. Kişinin yasal olarak “yasa dışı yabancı” (*unlawful non-citizen*) tanımına girmesi yeterlidir<sup>163</sup>. İdari gözetim ile ilgili hükümler, bir kişinin yer değiştirmesi veya sınır dışı edilmesi ya da vize verilmesi şeklinde ortaya çıkan durumdan biri gerçekleşene kadar gözetim altına alınmasını gerektirmekte<sup>164</sup> olup, göçmenlerin gözetim altında tutulması ile hedeflenen, kişinin kimliğini tespit etmek, sınır dışı etme emrini yerine getirmek ve/veya göçmenin ikamet veya sığınma taleplerini değerlendirmekten<sup>165</sup> ibarettir.

Hapis cezasının da dâhil olduğu ceza hukuku kapsamında yaptırımdan söz edebilmek için öncelikle bütün unsurları teşekkül etmiş suçun varlığı ve cezalar bakımından failin kusurlu addedilebilirliği gereklidir<sup>166</sup>. Söz konusu kişiye yaptırım uygulanması ile amaçlanan ise, kişi üzerinde belli fiilî veya hukuki sonuçların doğması ve böylelikle kişiye yönelik belli bir etkinin meydana gelmesidir<sup>167</sup>. *Ceza, suç teşkil eden filleri kusurlu bir iradeyle işleyenler hakkında devlet eliyle uygulanan ve onları bazı yoksunluklara tabi kılan, sosyalleştirme amacına yönelik olan ıstırap verici, korkutucu ve caydırıcı bir yaptırım türüdür*<sup>168</sup>. Belirtilen tanımdan da anlaşılacağı üzere ceza sadece geçmişe dönük anlamda suçun kefareti olarak değil, genel ve özel önlemeyi sağlamak üzere geleceğe yönelik etki etmektedir<sup>169</sup>. Bu nedenle ceza ile sadece suç işleyen kişinin topluma kazandırılması ve toplum bakımından güvenilir hale getirilmesi<sup>170</sup> yeterli değildir. Cezanın suç teşkil eden davranışların azaltılmasına yönelik araçsal veya faydacı işlevi, caydırıcılık, rehabilitasyon ve tehlikeli bireylerin toplumdan uzaklaştırılarak suç seviyelerinin kontrol edilebilmesi kavramlarını içermektedir<sup>171</sup>. Belirtilen unsurların, idari gözetim tedbiri kapsamında

<sup>162</sup> Bununla birlikte AB kapsamında farklı bir yönde düzenlemeye yer verildiğine de değinmek gerekir. Üye devletlerde yasa dışı olarak kalan üçüncü ülke vatandaşlarının geri gönderilmesine ilişkin ortak standartlar ve prosedürler hakkında 16 Aralık 2008 Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi md. 15'e göre; gözetim altına alma tedbirine ya idari ya da yargısal makamlar tarafından karar verilmesi gerekir. Eğer idari makamlar tarafından gözetim altına alma emri verilirse üye devletler, ya gözetim altına alınmanın yasallığının hızlı bir yargı denetimine tabi tutulmasını sağlamak ve özgürlüğünden alıkonulmanın başlangıcından itibaren mümkün olduğu kadar çabuk karara bağlamak veya ilgili üçüncü ülke vatandaşına, gözetim altına alınmasının kanuna uygunluğunun, ilgili işlemlerin başlatılmasından sonra mümkün olan en kısa sürede karara bağlanacak hızlı bir adli incelemeye tabi tutulacağı işlemlere başlama hakkını vermek yükümlülüğü altındadır. Böyle bir durumda üye devletlerin ilgili üçüncü ülke vatandaşını bu tür işlemlere başlama olasılığı hakkında derhal bilgilendirmesi gerekmektedir.

<sup>163</sup> Groves (n 106) 230. Yazar, ceza mahkemesi tarafından verilen hapis cezası kararından farklı olarak, bir kişinin yasa dışı yabancı olarak nitelendirilmesinin herhangi bir süre sınırlamasına tabi olmadığı durumda daha güvencesiz bir uygulamadan söz edilmesi gerektiğine dikkat çekmiştir (ibid 231). Benzer şekilde yazar, bir kişiyi gözetim altına almadan önce bireysel koşulları dikkate alma zorunluluğunun olmamasının, bu gözetim biçiminin keyfî niteliğini ortaya koyacağını belirtmiştir. Buna karşılık, mahkeme, hapis cezası verirken, kişinin hapsedilmesinin gerekip gerekmediğine ve eğer öyleyse, ne kadar süreyle hapsedileceğine karar vermeden önce bireyin kişisel koşullarını ayrıntılı olarak incelemektedir. ibid 231.

<sup>164</sup> ibid 231.

<sup>165</sup> Flynn (n 50) 10.

<sup>166</sup> Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. bası, Seçkin 2021) 560.

<sup>167</sup> İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. bası, Seçkin 2021) 769.

<sup>168</sup> Koca ve Üzülmez (n 167) 561.

<sup>169</sup> ibid, s. 562.

<sup>170</sup> Özgenç (n 168) 772.

<sup>171</sup> Leerkes ve Broaders (n 115) 832.

da benzerlik teşkil ettiği ileri sürülmüştür. Bu bağlamda söz konusu husus, kısa süreli dahi olsa göçmenlerin toplumdan hariç tutulması, ceza hukukuna özgü bir unsur olma eğiliminin daha baskın olması ile birlikte istenmeyen yabancılarla ilgili değerlerle bağlantılı olarak kınamanın varlığı ve gelecekteki yasa dışı göçmenlerin engellenmesine yönelik caydırıcılık şeklinde ifade edilmiştir<sup>172</sup>.

Böylece belirli bir sosyal düzen için tehlike arz ettiği görülen davranışların bir tepkisi olan ceza hukukunda ifade edilen cezai yaptırımlar ile belirli bir siyasi düzene yönelik tehditlerle başa çıkmak anlamına gelen kontrolden kaynaklanan zorlama şekli arasındaki farkı, algılanan tehdidin doğasında bulmak mümkündür<sup>173</sup>. Göçmenin idari gözetim tedbirine tabi kılınması, ceza hukuku bakımından bir sonuç doğurmamaktadır. Bu bağlamda göçmenlerin gözetim altına alınmasının sadece cezai bir tedbire indirgenemeyeceğinin farkındalığı çerçevesinde, göçmenlerin gözetim altına alındığı bağlamın, klasik ceza hukuku kapsamındaki cezalandırmadan temelden farklı olan ayırt ediciliğine dikkat edilmesi gerekmektedir<sup>174</sup>. Ne idari gözetim kararı verme yetkisinin bazı devlet uygulamalarında olduğu gibi hâkimlere verilmiş olması<sup>175</sup> ne de idari gözetim altındaki göçmenlerin hapisane<sup>176</sup> benzeri yerlerde tutuluyor olması<sup>177</sup> göçmenlerin suçlu statüsünde<sup>178</sup> değerlendirilmesine gerekçe teşkil etmez<sup>179</sup>. Ceza hukuku ile göçmenlik politikaları arasındaki çizginin belirsiz bir şekilde bulanıklaştığı iddia edilse bile, göçmenlerin gözetim altına alındığı bağlamın, ceza hukuku kapsamında hapis cezasına tabi olmaktan farklı olan ayırt ediciliği göz ardı edilmemelidir<sup>180</sup>.

<sup>172</sup> ibid 845.

<sup>173</sup> Cornelisse (n 16) 77.

<sup>174</sup> ibid 77.

<sup>175</sup> Belirtilmelidir ki, Avustralya uygulamasında söz konusu gözetim merkezlerinin özelleştirilmiş şirketler tarafından yönetilmesinin önemli bir sorun olduğuna dikkat çekilmiştir. Bu durumun bu merkezlerde bulunan kişilere yapılan muamelelerin rutin olarak devletin sözleşmeli eylemlerinden ziyade özelleştirilmiş şirketlerin operasyonel meseleleri olarak görülmesine sebep olduğu belirtilmiştir. Zorunlu gözetim sürecinde devlet ve devlet dışı aktörün iç içe geçmesinin buradaki kişilere yönelik muamelelerde devlet otoritelerinin sorumluluğu bakımından tampon oluşturduğu yönünde değerlendirme için bkz. Pickering (n 61) 157.

<sup>176</sup> Özellikle Amerika Birleşik Devletleri, Kanada ve ayrıca çoğu gelişmekte olan ülkede, cezaevlerinin, göçle ilgili ihlaller nedeniyle tutulan idari tutuklular için kısa veya uzun süreli gözaltı yerleri olarak kullanıldığına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Flynn (n 50) 16. Yazar ayrıca göçmenleri idari gözetim altında tutmak için cezai tesislerin kullanılmasının, yetkililerin göçmenleri hapsedmeye çalışıp çalışmadığına ilişkin ciddi soruları ortaya çıkardığına dikkat çekmiştir. ibid 17.

<sup>177</sup> Groves (n 106) 228. Bu bağlamda AB'nin 2008 tarihli Direktifi md. 16/1'e göre: "Gözaltı, kural olarak, özel gözaltı merkezlerinde gerçekleşir. Bir Üye Devletin özel bir gözaltı tesisinde barınma sağlamadığı ve cezaevi konaklamasına başvurmak zorunda kaldığı durumlarda, tutuklu üçüncü ülke vatandaşları sıradan mahkûmlardan ayrı tutulacaktır." Örneğin, AB Adalet Divanı, Almanya ile ilgili davada, belgesiz göçmenlerin geri gönderilmeden önce cezaevinde mahkûmlarla birlikte tutulmasının yasak olduğunu ve bu kişilerin gözetim merkezlerinde tutulması gerektiğini belirtmiştir (Case C-474/13 Thi Ly Pham v Stadt Schweinfurt, Amt für Meldewesen und Statistik [2014] ECLI:EU:C:2014:2096'dan aktaran Gatta (n 101) 73). Doktrinde bir görüş, sistematik bir gözetim merkezi tipolojisi olmadan, göçmenlerin gözetim altında tutulmasının hapsedmeye ne ölçüde benzeyip benzemediğine karar verilmesini sağlayacak ayrımlar yapmak için gerekli araçların bulunmadığını belirtmiştir. Flynn (n 50) 6.

<sup>178</sup> Belirtilmelidir ki, idari gözetim merkezlerinde bulunan göçmenlerin cezaevlerine gönderilmeleri konusu bundan farklıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Groves (n 106) 229. Göçmen tutukluların suç teşkil eden fiilleri gerçekleştirdiği durumlar dışında, cezaevlerinin göçmenlerin gözetim altında tutulması için kullanılmaması ve aksi takdirde bir cezaevine nakledilecek insanları barındırabilecek ayrı bir tesisin geliştirilmesi gerektiği yönündeki tavsiyelerin karşılık bulamayacağı yönünde bkz. ibid 229.

<sup>179</sup> Cezaevleri ve göçmen gözetim merkezleri arasında net bir yasal veya fiziksel ayrımın bulunmaması haline ilişkin eleştiri için bkz. Schloenhardt ve Hickson (n 48) 62.

<sup>180</sup> Cornelisse (n 16) 77.



Cezai olmayan nedenlerle yabancının hürriyetinden yoksun bırakılması olarak idari gözetim, Türk Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında koruma tedbirleri olan gözaltı veya tutuklama olarak da değerlendirilememektedir. Koruma tedbirlerinin genel özelliği, bir ceza uyuşmazlığına ilişkin muhakeme sürecinde delil elde edilmesini veya şüpheli/sanığın bu süreçte hazır bulunmasını sağlamaya yönelik olarak şüpheli/sanığın hak ve hürriyetlerini sınırlandıran geçici nitelikteki tedbirler olmalarıdır<sup>181</sup>. Söz konusu koruma tedbirlerinin hangi durumlarda ve hangi şartlar çerçevesinde uygulanabileceği yasal olarak düzenlenmiştir. Koruma tedbirleri bakımından gerekli şartlar, ilgili tedbirin kişinin temel hak ve özgürlüğüne yönelttiği müdahalenin yoğunluğuna göre farklılaşmaktadır<sup>182</sup>. Koruma tedbirlerinin temel hak ve özgürlüklere müdahale içermesinin bir yansıması olarak orantılılık, ilgili tedbiri düzenleyen kanun hükmünde belirtilmiş olmasa dahi tedbirin uygulanmasında uyulması gereken bir ilke olarak önem taşımaktadır<sup>183</sup>.

İdari gözetim tedbirine benzerliği ile ön plana çıkan koruma tedbirleri olarak gözaltına alma ve tutuklamanın uygulanmasındaki amaç, şüpheli veya sanığın soruşturma veya kovuşturma sürecinde hazır bulunmasını sağlamak iken; idari gözetim tedbirine başvurulmasındaki amaç, sınır dışı işleminin uygulanabilmesini ve kamu düzeninin korunmasını sağlamak<sup>184</sup> şeklinde ifade edilmektedir. Gözetim altına alınanın niteliğini, bu tedbirin dayatılmasının görünürdeki nedenlerinden -yani yasa dışı göçmenleri toplumdan ayırmaktan- türetmek, ceza hukuku kapsamındaki tutuklamanın bu kapsamda olmayan tutuklamadan ayırt edilmesi gereken özelliklerini ve etkilerini dikkate almamak<sup>185</sup> anlamına gelecektir. İdari gözetime ilişkin düzenlemelerin esas olarak özgürlükten yoksun bırakma ile ilgili olduğu ve bu yoksunluğun cezai bir amaç için olup olmadığıyla ilgili olmadığı kabulü<sup>186</sup> bu kapsamda değerlendirilmelidir.

İdari gözetim tedbiri usul açısından da sözü edilen ceza hukuku kurumlarından farklılaşmaktadır. İdari makamlar tarafından karar verilen ve yine bu makamlar tarafından uygulanan idari gözetim tedbirine ilişkin itirazın sulh ceza hâkimine yapılacak olması (YUKK md. 57/6) da tedbirin idari niteliğini zedeleyici nitelik arz etmemektedir. Ayrıca kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma sonucunu ortaya çıkaran idari gözetime ilişkin sadece sulh ceza hâkimine itiraz yolunun varlığı ve bunun ötesinde üst mahkemelerin yargısal denetimine tabi olmaması hususu<sup>187</sup>, bu tedbirin

<sup>181</sup> Koruma tedbirleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (9. bası, Seçkin 2021) 322 vd.

<sup>182</sup> Bahri Öztürk, Behiye Eker Kazancı ve Sesim Soyer Güleç, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri* (5. bası, Seçkin 2022) 32.

<sup>183</sup> ibid 39.

<sup>184</sup> Akbulut (n 106) 10.

<sup>185</sup> Schloenhardt ve Hickson (n 48) 61.

<sup>186</sup> ibid 61.

<sup>187</sup> Gatta (n 101) 74.



idari işlem olarak kabul edilen sınır dışı etme yaptırımına<sup>188</sup> ön gelen bir önlem teşkil etmesi durumu ile birlikte ele alındığında, göçmenlerin yasal haklarını sınırlandıran bir sonuca yol açmamaktadır.

Böylece idari gözetimin, gözetim kararını veren makam, amacı ve sebepleri bakımından ceza hukuku kurumlarından farklılık arz ettiği<sup>189</sup> sonucuna varılması mümkündür. Nitekim AİHM, göçmenlerin gözetim altına alınmasını “*inkar edilemez bir egemenlik hakkı (undeniably sovereign right)*”na “*gerekli bir tamamlayan (necessary adjunct)*” olarak nitelendirerek AİHS kapsamında kişiyi özgürlüğünden yoksun kılmayı sonuçlayan (gözaltı, tutukluluk gibi) diğer kategorilerden daha az koruma derecesine sahip olduğu konusundaki farklılığın nedenini vurgulamıştır<sup>190</sup>.

Bununla birlikte yabancının suç işlemesi halinde, bunun sonuçlarının ceza hukuku kapsamında kalacağına ve bu bağlamda işlediği suçun sınır dışı edilme sebebi oluşturup oluşturmadığına ayrıca dikkat edilmesi gerekmektedir<sup>191</sup>. TCK md. 59’a göre: “*İşlediği suç nedeniyle hapis cezasına mahkûm edilen yabancı, denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezasının infazına veya koşullu salıverilmesine karar verildikten ve her halde cezasının infazı tamamlandıktan sonra, durumu, sınır dışı işlemleriyle ilgili olarak değerlendirilmek üzere derhal İçişleri Bakanlığına bildirilir.*” İçişleri Bakanlığı’nın sınır dışı kararı vermesi halinde bu kararın icra edilmesine kadar geçecek süre için idari gözetim kararı verilebilecektir. Ancak bu durumda dahi verilecek kararın idare hukuku kapsamında yer aldığı göz ardı edilmemesi gereklidir<sup>192</sup>.

Göçmenlere yönelik uygulanan idari gözetim çerçevesinde olağan ceza adaleti sistemi sürece dâhil değildir<sup>193</sup>. Konuyla ilişkili olarak, idari gözetimin ceza hukuku kurumu olarak kabul edilmemesi gerektiği şeklindeki yaklaşımın temelinde bulunan cezalandırmanın adil olması gerekliliğinin yanı sıra orantılılık vurgusu da önem arz etmektedir<sup>194</sup>. Bu nedenle göçmenlerin gözetim altına alınması bağlamında, orantılılık ilkesi çerçevesinde gözetim altına alınmanın yalnızca ilgili kanunda öngörülen idari hedefleri kolaylaştırmak için gerekli olan sınırlı ölçüde kullanılması gerektiğine de

<sup>188</sup> Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin sınır dışı etme kararının suça karşılık gelen bir ceza olmadığı şeklindeki içtihadının, ceza adaleti sistemi kapsamında sağlanan güvencelerin göç kanunu ihlallerine uygulanmasını reddetmenin gerekçesini teşkil ettiği yönünde değerlendirme için bkz. ibid 75.

<sup>189</sup> AİHM’nin sınır dışı işlemleri bağlamında düzensiz göçmenlerin gözetim altına alınmasını, diğer gözaltı biçimleri ve bu nedenle devletlerin temel haklara yönelik diğer müdahaleleri ile aynı incelemeye tabi tutmadığı yönünde bkz. Cornelisse (n 16) 78. Ayrıca AİHM, göçmenlerin gözetim altına alınması haricinde özgürlüğü kısıtlayan diğer tedbirler özellikle tutuklama tedbiri bakımından tedbirin ancak son çare olarak uygulanması gerekliliğine ayrıca vurgu yapmıştır. Witold Litwa v Poland, 4 April 2000’dan aktaran Cornelisse (n 16) 78.

<sup>190</sup> ibid 79.

<sup>191</sup> Ekşi (n 115) 4.

<sup>192</sup> ibid 4.

<sup>193</sup> Colombo (n 115) 749.

<sup>194</sup> Leerkes ve Broeders (n 115) 845.

dikkat edilmelidir<sup>195</sup>. Söz konusu hususu, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma şeklinde tezahür eden bedel ile risk arasındaki dengeyi, zorunluluğu ortaya çıkaran ihtiyaç ile tedbir arasındaki uygunluk<sup>196</sup> şeklinde ifade etmek mümkündür.

## V. İdari Gözetim Tedbirine Yönelik Ceza Hukuku Perspektifinden Getirilen Eleştiriler ve Değerlendirme

Söz konusu tedbir birçok açıdan eleştirilere maruz kalmıştır. Bu uygulamanın “*farklılık ve varsayılan tehdit algıları*” tarafından yönlendirilen “*küreselleşen bir kontrol kültürünü*” yansıttığı<sup>197</sup> ve göçmenin gözetim altına alınması ve sınır dışı edilmesi uygulamalarının resmi olarak idari ancak somut olarak cezai oldukları iddia edilmiştir<sup>198</sup>. Nitekim önceleri akademik çalışmalarda göçmenlere yönelik uygulanan idari gözetimin istisnai niteliğine odaklanma söz konusu iken; günümüzdeki çalışmalar, devletlerin bu alanda insan hareketliliğini yönetmek için giderek artan bir şekilde cezalandırma mantığını esas alarak bu önlemi anlamlandırmaya yönelik çabalara ağırlık vermektedir<sup>199</sup>. Bu bağlamda Birleşmiş Milletler Göçmenlerin İnsan Hakları Özel Raportörü 2010 yılında BM Genel Kurulu’na kriminalizasyonla ilgili olarak sunduğu bir raporda, “*gözetim altına alınmış, doğası gereği başvurulması gereken idare hukukunun aksine ceza hukukunu karakterize eden bir araç olduğunu*” öne sürmüştür<sup>200</sup>.

Göç hukukunun, tehlikede olan kamu çıkarlarını korumak için ceza hukukundan uygulama ve prosedürleri ödünç alma eğiliminde olduğu ancak aynı zamanda, ceza adaleti sistemi kapsamında sağlanan garantileri kasıtlı olarak yerine getirmediği iddiası<sup>201</sup>, idari gözetim tedbirinin uygulanış amacını şüpheye düşüren nitelik arz etmektedir. Hatta doktrinde, idari gözetimin artması, cezalandırma pratiği kapsamında sözde suç ve sapkın davranışları kontrol etmenin ve bunlara tepki vermenin yeni bir yolunu gerektiren bir kavram olan *Yeni Penoloji*’nin (*New Penology*) ortaya çıkışı şeklinde ifade edilmektedir<sup>202</sup>. *Feely* ve *Simon* tarafından 1992’de ileri sürülen bu sistem daha ziyade, tehlikeliliğe göre sıralanmış gruplandırmaları tanımlama, sınıflandırma ve yönetme teknikleriyle ilgilidir<sup>203</sup>.

<sup>195</sup> Flynn (n 50) 10.

<sup>196</sup> Yenisey ve Nuhoğlu (n 183) 326.

<sup>197</sup> Cornelisse (n 16) 75.

<sup>198</sup> Leerkes ve Broeders (n 115) 845.

<sup>199</sup> Cornelisse (n 16) 73.

<sup>200</sup> Flynn (n 50) 10.

<sup>201</sup> Gatta (n 101) 48. İdari gözetimin uygulanma sebepleri bakımından istenmeyen göçmenlerin “ceza ve hapisane” gibi ceza adalet sisteminde yer alan kavramlar kapsamında tanımlanması ve yönetilmesi gereken tehlikeli bir grup olarak dikkate alınması buna örnektir. Cornelisse (n 16) 74.

<sup>202</sup> ibid 74. Bu kapsamda geleneksel penolojiden farklı olarak suçlunun rehabilitasyonundan ziyade yönetsel amaçların ön planda olduğuna dikkat çekilmiştir. Bu bağlamda zorlamanın, artık esas olarak bireye değil, risk potansiyeli farklı araçlar aracılığıyla değerlendirilen ve kontrol edilen belirli nüfus kategorilerine odaklandığı yönünde görüş için bkz. ibid 75. Yeni Penolojinin geleneksel ceza hukuku uygulama alanının dışında kalan sosyal kontrol biçimlerini kapsadığı ve göç kanunlarının uygulanması ile çağdaş ceza hukuku araçları arasında bir bağlantı kurulmuş olmasının şartı olmadığı yönünde bkz. ibid 75.

<sup>203</sup> Broeders (n 110) 171.

Bu kapsamda cezanın işlevleriyle ilgili ceza politikaları ve uygulamalarında yaşanan değişiklikler tartışılmaya başlanmıştır. Görece yakın süreçte konuyla ilişkili olarak ceza uygulamalarının merkezinde yer alan rehabilitasyon uygulamasının, yerini giderek daha katı ve daha sert politikalara bıraktığı belirtilmiştir<sup>204</sup>. Diğer bir ifadeyle, ceza sisteminde, rehabilitasyon fikri geride bırakılırken, sistem “tehlikeli” nüfusları yöneten bir kontrol sistemi haline gelmektedir<sup>205</sup>. Bu sistemde cezai nitelikteki sapkınlıkların rehabilite edilmesine yönelik geleneksel teknikler, riskin tanımlanmasını ve sınıflandırılmasını optimize eden daha uygun maliyetli gözetim ve kontrol biçimleriyle değiştirilmektedir. Bu yeni tekniklerin karakteristik özelliği, cezanın baskın modeli olarak caydırıcılığın yükselişi olarak ön plana çıkmaktadır<sup>206</sup>. Konu kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma temeline dayanan idari gözetim ile ilişkilendirilmektedir. İdari gözetimin konuyla ilişkilendirilmesine ilişkin diğer bir argüman ise, ortaya atılan bu yeni yaklaşımın ceza sisteminin ağının daha geniş olduğu ve bireysel suçlular dışında daha geniş bir yelpazedeki ‘tehlikeli’ sosyal grupları hedef almaya başladığı iddiasına dayanmaktadır<sup>207</sup>. Nitekim bu bağlamda göçmenlere yönelik düzenlemelerin uygulanmasının bir aracı olarak özgürlükten yoksun bırakmanın, günümüzde göçmenlerin bireyselliğinden ziyade neredeyse sadece kategorileri hedef alan araçsal bir düzene dayandığı iddia edilmektedir<sup>208</sup>.

Göç kontrolünün, ceza adaleti sisteminin uygulamalarını ve önceliklerini giderek daha fazla benimsediğine dikkat çekilmiştir<sup>209</sup>. Yasa dışı göçle karşı karşıya kalan devletlerin bunu önlemeye yönelik olarak, idari gözetim gibi tedbirlerle ceza hukuku ile idare hukukunun özelliklerini taşıyan karma bir sistemin oluşturulduğu belirtilmektedir. Bu yaklaşımın diğer bir ifadesi de göçle mücadelede göçmenlerin sosyal kontrolünün etkinliğinin artırılmasına yönelik ceza hukuku araç ve tekniklerinin ceza sisteminin kapsamı dışında uygulanabilmesidir<sup>210</sup>. Bu açıdan bakıldığında, ceza hukuku kapsamındaki gözaltının şüpheliyi kanunlara uygun davranışa zorlamayı amaçlaması gibi, idari gözetim ülkeyi terk etmeleri ve sınır dışı etme prosedürüyle işbirliği yapmaları için yabancılar üzerindeki baskıyı artırmayı amaçlamaktadır<sup>211</sup>. Hatta bunun da ötesinde idari gözetime ilişkin hükümler ceza hukukunun geleneksel ilkelerini ve prosedürlerini aşındırmak veya ortadan kaldırmak için düzenlenmişlerdir. Bu, aynı zamanda düzensiz göçmen sorunuyla

<sup>204</sup> Leerkes ve Broeders (n 115) 833. Bu gelişmede Batı Avrupa ve Kuzey Amerika’da artan hapsedilme oranlarının etkili olduğuna yönelik değerlendirme için bkz. ibid 833.

<sup>205</sup> Broeders (n 110) 171.

<sup>206</sup> Teresa A. Miller, ‘Citizenship and Severity: Recent Immigration Reforms and the New Penology’, (2003) 17 Geo. Immigr. L.J. 611, 658.

<sup>207</sup> Leerkes ve Broeders (n 115) 833.

<sup>208</sup> Cornelisse (n 16) 76.

<sup>209</sup> Miller (n 208) 613.

<sup>210</sup> Gatta (n 101) 70-71. Yazar, görüşünü *Sklansky* tarafından ileri sürülen, göç kanununun kriminalize edilmesinin, nihai amaca, yani belgesiz göçmenlerin sınır dışı edilmesine ulaşmak için kullanılabilir, “birbirine değiştirilebilir araçlar” olarak tasarlanan kural ve prosedürleri gerektirdiği savıyla desteklemiştir. ibid 71.

<sup>211</sup> Leerkes ve Broeders (n 115) 836.

mücadelenin siyasi önceliğine uygun bir yasal çerçeveye yönelik ihtiyacın ürünü<sup>212</sup> olarak görülmektedir.

Konuya ilişkin ileri sürülen önemli bir argüman, önceleri idari gözetimin tehlikeli göçmenlerin sınır dışı edilme süreçlerinde uygulanabilir bir tedbir olarak dikkat çekerken, günümüzde sınır dışı edilebilir tüm yabancıları kapsamına almak suretiyle geniş bir şekilde uygulanmasıdır. Böylece tedbirin artık en tehlikeli kişileri etkisiz hale getirmeye değil, çoğu kişiyi cezalandırmaya hizmet ettiği üzerinde durulmaktadır<sup>213</sup>. Bununla birlikte devlet uygulamalarının toplumun sosyal anlamda kontrolüne yönelik olarak baskıcı bir şekilde göçmenlerin potansiyel suçlu olarak görülmesine ve bu kişilerin ceza yaptırımlarına tabi kılınamayacak olması sebebiyle klasik cezalandırma amacı olarak suçlunun rehabilitasyonundan ziyade sosyal kontrol biçimi olarak dışlama mekanizmalarına yönelmesi<sup>214</sup> Protokol ile yükümlü kıldıkları göçmen haklarının korunması amacının göz ardı edilmesine yol açabilecektir.

Göçmenlerin dolaylı olarak cezalandırılması sonucunun ortaya çıktığını benimseyen yaklaşımın ileri sürdüğü diğer bir husus, idari gözetimin idare hukuku kapsamında yer alması nedeniyle uygulanabilirliği noktasında idarenin sahip olduğu takdir yetkisine ilişkindir. Bu ise göçmenlik yasasına “*ceza adaleti normlarının asimetrik bir şekilde dâhil edilmesi*” şeklinde ifade edilerek, göçmenlerin ceza hukuku kapsamında yer alan güvenceler olmaksızın bu sürece maruz kalmaları vurgulanmıştır<sup>215</sup>. Yine bazı akademik çalışmalarda idari gözetim tedbiri eşdeğer nitelikte maddi ve usule ilişkin güvenceler uygulanmaksızın ceza hukuku sisteminden ödünç alınan koruma önlemi<sup>216</sup> şeklinde ifade edilmektedir. Ceza hukuku kapsamındaki cezaların şeffaflık ve yargı denetimi standardı gerektirdiği ve özellikle hükümlüler için belirli haklar tanınması söz konusu iken; idari olarak uygulanan bu tür önlem mümkün olduğunca az mahkeme müdahalesine izin verecek şekilde yapılandırılması sebebiyle kaçak göçmenlerin haklarına tehdit oluşturmaktadır. Bu anlamda idare hukuku, yetkililere ceza hukuku kapsamında elde edilmesi muhtemelen zor olacak esnek bir kontrol aracı sağlamaktadır<sup>217</sup>. Sınırsız idari yetkiler, kaçak göçmenlerin, ilgili uluslararası hukuk normlarına bakılmaksızın yönetilmesine izin verilmesi<sup>218</sup> olarak değerlendirilmesi gerekir. Bu bağlamda getirilen sert bir eleştiri, devletlerin ilgili göç kanunlarında somutlaşan idari gözetim tedbirinin, idari makamların iddia edilen “yasa dışı yabancıları”

<sup>212</sup> Broeders (n 110) 173.

<sup>213</sup> Miller (n 208) 614.

<sup>214</sup> Sosyal dışlama amacının ceza hukuku ile göç hukukunun benzerliğinin daha iyi anlaşılmasına olanak sağladığını ileri süren bir görüş, ceza hukukunda hapis cezası yoluyla sosyal dışlanma amacı sürdürülürken; göç hukukunda bireyin toplumdaki uzaklaştırılarak benzer, hatta belki daha da radikal bir amaç peşinde koşulduğunu belirtmiştir. Gatta (n 101) 48.

<sup>215</sup> ibid 71.

<sup>216</sup> İbid 70.

<sup>217</sup> Leerkes ve Broeders (n 115) 846.

<sup>218</sup> Schloenhardt ve Hickson (n 48) 47.

mahkeme önüne çıkarmalarını ve bir suç işlediklerini kanıtlamalarını gereksiz kılmak için tasarlandığı iddiasıdır<sup>219</sup>. Bununla ilişkili olarak öne çıkarılan husus ise, göçmenlerin gözetim altına alınmasının neden ceza hukukuna entegre edilmediği ve Almanya gibi yasa dışı ikametini suç olarak tanımlandığı ülkelerde bile neden idare hukuku kapsamında ele alınma eğiliminde olduğu sorusudur<sup>220</sup>.

İdari gözetimin belli şartlar altında bulunan kişiler bakımından zorunlu olarak uygulanmasının geçerli olmakla birlikte, ne ölçüde gerekli olduğu meselesi üzerinden yapılabilecek tartışma, tedbirin uygulanma süreleri ile daha da genişlemektedir. İdari gözetimin en fazla sorun teşkil ettiği konu, gözetim altındaki sürenin belirsizliği<sup>221</sup> ve çoğu durumda bu sürelerin uzunluğudur<sup>222</sup>. Buna yönelik olarak gözetim sürelerine odaklanan bir görüş, tedbirin potansiyel etkisi dikkate alındığında, ceza hukuku kapsamındaki hapis cezası ile aralarındaki ayrımın yapay olduğu iddiasındadır<sup>223</sup>. Tüm bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda, kamu düzeninin ve güvenliğinin sağlanması amacıyla<sup>224</sup> hizmet eden idari gözetim tedbirine ilişkin düzenlemelerin, uygulamada ortaya çıkan sorunlar ile birlikte örtülü olarak, bu tedbir ile karşı karşıya kalan kişileri suçlama amacına doğru odağını kaydıracağına yönelik söylem güçlenmektedir.

Devletlerin göçmenleri cezalandırma aracı olarak idari gözetimi kullandığı iddiası bağlamında ileri sürülen argüman sadece süre ile sınırlı olmayıp ayrıca bu gözetim merkezlerinde kişilere yönelik uygulamaların insan hakkı ihlali teşkil ettiği<sup>225</sup>. Göçmenlerin gözetim altına alınmasını doğası gereği cezalandırıcı kılan, gerekçeleri değil, zorlu koşulların dayatılması ve temel özgürlüklerden yoksun bırakılmasıdır<sup>226</sup>. Bu bağlamda idari gözetime yönelik getirilen eleştiriler idarenin bu konuya ilişkin takdir yetkisinin kapsamının geniş olması, idari gözetim merkezlerinde sağlanan olanakların yetersiz olması, gözetim altındaki kişilerin toplumdaki adeta tecrit edilmiş şekilde yaşamaya tabi kılınmasına ilişkindir<sup>227</sup>. Nitekim Türkiye özelinde idari gözetim tedbirine yönelik getirilen eleştiriler, idari gözetim yerlerinin aşırı kalabalık

<sup>219</sup> Head (n 49) 43.

<sup>220</sup> Leerkes ve Broeders (n 115) 845.

<sup>221</sup> Nitekim konuyla ilgili *Zadydas v. Davis* davasında süresiz gözetim sorununa makul süre ölçütü ile çözüm bulmaya çalışan Amerikan Yüksek Mahkemesi, bir yabancı, sınır dışı etme kararından ve altı aylık süreden sonra, yabancı makul bir şekilde öngörülebilir bir gelecekte fiilen sınır dışı edilmesinin olasılığının bulunmaması halinde altı aydan fazla tutulamayacağı yönünde görüş bildirmiştir (Sharpton (n 136) 1229 vd.). Göçmenlerin süresiz olarak gözetim altında tutulmasının konu edildiği Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin önüne gelen davaya ilişkin bkz. Schloenhardt ve Hickson (n 48) 60.

<sup>222</sup> Süresiz gözetim uygulamaları hakkında ayrıca bkz. Pieters (n 13) 156.

<sup>223</sup> Schloenhardt ve Hickson (n 48) 47.

<sup>224</sup> Kişileri yalnızca devletin toprak egemenliğini ihlal ettikleri iddiasıyla özgürlüklerinden mahrum bırakan gözetim altına alma uygulamasının anayasal demokrasilerin olağan yasal çerçevesinin dışında bir uygulama olduğu izlenimini verdiği yönünde değerlendirme için bkz. Cornelisse (n 16) 77.

<sup>225</sup> Schloenhardt ve Hickson (n 48) 60.

<sup>226</sup> ibid 60.

<sup>227</sup> Leerkes ve Broeders (n 115) 836 vd.

olması, buralarda bulunan yabancıların hukuki yardıma erişiminin güçlük arz etmesi ve gözetim altında tutulan bazı yabancılara yapılan muamelelerin insanlık dışı olması hususlarında<sup>228</sup> yoğunlaşmıştır. Göçmenlerin hapsedilme gerçeğinin yanı sıra, tesisler aşırı kalabalık ve genellikle tıbbi ve adli yardım eksikliği şeklinde tezahür eden koşullar katı olduğu için rejimin “normal” cezaevlerinden daha sert olduğu kabulü ortaya çıkmaktadır<sup>229</sup>.

Böylece idari gözetimin aslında bir cezalandırma aracı olduğu ve devletlerin Protokol’ün 5. maddesini ihlal ettikleri iddiasının argümanı, idari gözetim altında yer alan göçmenlere yönelik tedbirin uygulanmasından ortaya çıkan sorunlardan kaynaklanmaktadır. Buradaki mesele, ülkeye yasa dışı giren yabancıları kontrol etmek ve bunların iddialarını işleme koymak için kurulan bir idari gözetim sisteminin hangi noktada doğrudan veya dolaylı olarak kaçak göçmenleri fail kabul eden bir cezalandırma biçimine dönüştüğü ve böylece devletlerin doğrudan yapamadıklarını dolaylı olarak gerçekleştirmeye çalışmalarıdır<sup>230</sup>. Zira resmi işlevi hâlâ sıkı bir şekilde korunan idari gözetim tedbirinin, gözetim altındaki uygulamaları tam olarak açıklayamadığı iddiası<sup>231</sup> buna işaret etmektedir. Konu, tedbirin cezalandırıcı yönü ve insan haklarının korunması arasında belirli bir dengenin gerekli görülmesine ilişkindir<sup>232</sup>.

Temel insan haklarına ilişkin güvencelerin yalnızca ceza hukuku kapsamındaki yaptırımlar ile sınırlanamayacağı ve göçmenlerin idari alıkonması ve tüm geri gönderme işlemleri için de geçerli olduğunun göz önünde bulundurulması gerekmektedir<sup>233</sup>. İdari gözetim altında bulunan göçmenlerin yasal belirsizlikle karşı karşıya kalmaması için özellikle gözetim merkezlerine ilişkin (dış dünya ile iletişimin sağlanması, gözetim tedbirine itiraz usulünün belirlenmesi vb.) ayrıntılı düzenlemelere yer verilmelidir. Söz konusu tedbir, göçmenlerin yasa dışı ülkeye giriş ve burada ikamet etmekten caydırılmasına yönelik genel bir tehdit aracına dönüştürülmemelidir. Bu bağlamda idari gözetimin bizatihi kendisinden ziyade uygulanma koşullarından ortaya çıkan caydırıcılık veya cezalandırma etkisine dikkat edilmelidir<sup>234</sup>. Zira belirtilen durumlar, idari gözetim tedbirinin özellikle sınır dışı etme başarısız olduğunda, göçmenlerle başa çıkmanın bir yolu olabileceği, idari gözetim tedbirinin göçmenler için caydırıcı ve yerel nüfus için bir güvence işlevi göreceği iddialarının<sup>235</sup> güçlenmesine yol açabilecek niteliktedir.

<sup>228</sup> Kuşcu (n 142) 245.

<sup>229</sup> Broeders (n 110) 179.

<sup>230</sup> Schloenhardt ve Hickson (n 48) 61.

<sup>231</sup> Leerkes ve Broeders (n 115) 844.

<sup>232</sup> Benzer yönde değerlendirme için bkz. ibid 845.

<sup>233</sup> AİHS md. 3 kapsamında değerlendirme için bkz. Gatta (n 101) 79.

<sup>234</sup> Böyle bir yaklaşımın ortaya çıkan sonuçtan ziyade, tutuklamaya izin veren hükümlere ilişkin dar bir yasal odaklanmayı teşvik ettiği yönünde değerlendirme için bkz. Groves (n 106) 234.

<sup>235</sup> Broeders (n 110) 182.

Ayrıca ilgili durumlar, Protokol md. 15 kapsamında göçmenlerin yaşam ve vücut dokunulmazlığına, işkenceye veya insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye maruz kalmama haklarına aykırılık teşkil edebilecektir<sup>236</sup>. İdari gözetimin yasal gerekçeleri kapsamında süreye uyulması veya tedbir kararının yetkili merci tarafından verilmesi gibi usule ilişkin şartların yerine getirilmesi, tedbirin salt idari amaçlarla uygulandığı kabulü bakımından yeterli değildir. Tedbirin fiilî olarak ve hangi amaçla işlevini gerçekleştirdiği, tedbirin cezalandırıcı yönünün tespiti bakımından daha kayda değer bir ölçüt teşkil etmektedir.

Devletlerin idari gözetim ile birlikte Protokol md. 5 kapsamındaki göçmenlerin cezalandırılmamasına yönelik yükümlülüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkin ileri sürülen iyi niyet (*good faith*) ilkesine<sup>237</sup> dayanan argüman<sup>238</sup>, idari gözetimin varlığı bakımından esas teşkil edecek nitelikte değildir. Devletlerin hakkı kötüye kullanmaması gereği çerçevesinde haklarını iyi niyetle ve sorumluluk bilinciyle kullanmaları ve hakkın kullanımında keyfi hareket etmemeleri temelinde<sup>239</sup> idari gözetimin bizatihi varlığı, iyi niyet esasına aykırılık arz etmemektedir<sup>240</sup>. İdari gözetimin esasen cezai yaptırımların etkisini yansıtan ağır idari tedbir şeklinde nitelendirilmesi ve buna bağlı olarak dolaylı şekilde Protokol'ün 5. maddesinin yasakladıklarını gerçekleştirme hedefine dikkat çekilmesi<sup>241</sup> yerinde değildir. Bununla birlikte devletlerin eylemleri veya ihmallerinin, Protokol tarafından yüklenen yükümlülükleri gereksiz kılma etkisine sahip olduğunda, Protokol yükümlülüklerini iyi niyetle yerine getirme görevinin ihlal edilmiş olacağı<sup>242</sup> göz önünde bulundurulması gerekmektedir. İdari gözetimin sivil tutukluluk (*civil detention*) veya göçmen hapisanesi<sup>243</sup> olarak ifade edilmesinin altında yatan sebep de budur. Ayrıca tedbirin istisnai niteliği dikkate alınarak, buna aykırılık teşkil edecek uygulamalardan vazgeçilmesi gerekmektedir. Hollanda örneği üzerinden ele alınan konu, idari gözetim merkezlerinin sayısının

<sup>236</sup> Spena (n 17) 45.

<sup>237</sup> Andlaşmalar hukukunun bu temel ilkesi, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 26. maddesinde yer almaktadır ve Sözleşme'de "yürürlükteki her andlaşma, tarafları bağlar ve iyi niyetle yerine getirilmelidir" şeklinde düzenlenmiştir. Bu yükümlülüğün yasal önemi, Uluslararası Adalet Divanı (UAD) tarafından uzun süredir kabul edilmektedir. Uluslararası hukukta iyi niyetin amacı, bir andlaşmaya taraf olan devletlerin beyan ettikleri hedeflere ters etki yaparak anlaşmalarının amacını bozmadan yükümlülüklerini yerine getirmeleridir. İlke, kabul edilen yükümlülüğün hedeflenen amacını ihlal eden, andlaşmanın açık kapsamı dışında kalan hükümet eylemlerini caydırarak uluslararası anlaşmaların bütünlüğünü korumaya çalışmaktadır. Schloenhardt ve Hickson (n 48) 48.

<sup>238</sup> ibid 48.

<sup>239</sup> Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice: General Principles and Sources of Law* (Grotius Publishers, vol 1, 1986), 12–13'den aktaran ibid 48.

<sup>240</sup> Bununla birlikte doktrinde bir görüş, bir devletin bir anlaşmanın tüm açık şartlarını usulüne uygun olarak uygulaması ve bunlara uyması halinde dahi iyi niyetten yoksun olabileceğini belirterek, iyi niyetin ihlalinin objektif esaslar çerçevesinde tespit edilebileceğine dikkat çekmiş ve önemli olanın, devletlerin eylemlerinin ardındaki neden veya amaçtan ziyade eylemlerin etkisi ve sonucu olduğunu ileri sürmüştür (Schloenhardt ve Hickson (n 48) 49. Yazarlar, görüşünü şu ifadeyle desteklemişlerdir: "Uluslararası hukuk ve uluslararası yükümlülükler kapsamındaki sorumluluk meselesi olarak, örneğin devlet önleminin veya eyleminin iç hukukta nasıl nitelendirildiği değil, gerçekte ne olduğu önemlidir. Bu nedenle, göçmenlerin gözetim altında tutulmasının kaçak göçmenleri dolaylı olarak suçlu sayma derecesi, yalnızca gözaltı rejiminin belirlenen amacına göre değil, pratik işleyişine göre değerlendirilmelidir." ibid 61.

<sup>241</sup> ibid 50.

<sup>242</sup> Schloenhardt ve Hickson (n 48) 48.

<sup>243</sup> Gatta (n 101) 68.



giderek artırılması ve ilgili makamların bu tedbiri adeta bir gözaltı uygulamasına dönüştürdüğü iddiası ile gündeme getirilmiştir<sup>244</sup>.

Belirtilmelidir ki, normal cezaevlerine kıyasla idari gözetim altındaki yüksek yoksunluk düzeyinin resmi politika çerçevesinden kaynaklandığı ve göçmenlerin gözetim altında tutulmasının caydırıcı amaçlarla kullanıldığı bir göstergesi olarak alınamayacağı iddiası kabul edilebilir değildir<sup>245</sup>. Bu noktada idari gözetime tabi olan yabancıların hukuksal statüsünün de göz önünde bulundurulması ve örneğin uluslararası koruma kapsamında yer alan kişiler ile bu kapsamda bulunmayan göçmenler arasındaki ayrıma idari gözetimin uygulanması bağlamında önem atfedilmesi gerekmektedir. Belirtilen husus, idari gözetimin uluslararası korumadan yararlanan kişiler bakımından bir caydırma veya cezalandırma aracı olarak kullanılmasının önüne geçmek için de gereklidir. Ancak bu şekilde uluslararası düzenlemeler veya anayasal hükümler ile getirilen güvencelerin amaca uygun şekilde uygulanabilirliğinden söz etmek mümkün olabilecektir.

Bununla birlikte uzun tutukluluk süreleri, idari gözetim altında tutulanlara yönelik bu süreçteki muamelelerin denetim altına alınmaması<sup>246</sup>, gözetim merkezlerinin uygun olmayan koşulları<sup>247</sup> ve buna bağlı olarak ortaya çıkan hak ihlallerinin göçmenlerin haklarının korunması bağlamında<sup>248</sup> Protokol yükümlülüklerini ihlal edici nitelik arz edeceği dikkate alınmalıdır. Nitekim AİHM göçmenlerin kontrolüne ilişkin uygulamaların ceza hukuku uygulamalarından temelde farklı olduğuna yönelik gözlemini belirtmekle birlikte, göçmenlerin idari gözetim süresince özgürlüklerinden alıkonuldukları yerin<sup>249</sup> ve koşullarının uygun olması gerekliliğine vurgu yapmıştır<sup>250</sup>.

Protokol md. 5 kapsamında getirilen güvence göçmenin cezai kovuşturmayaya tabi tutulmamasına ilişkindir. Diğer bir ifadeyle, bu düzenleme ile göçmenler

<sup>244</sup> Leerkes ve Broeders (n 115) 834.

<sup>245</sup> ibid 837.

<sup>246</sup> Groves (n 106) 229. Konuya ilişkin AB kapsamında gözetim altına alma tedbirinin istisnai niteliğini vurgulayacak şekilde bir düzenlemeye yer verilmiştir. AB'nin 2008 tarihli Direktifi'nin 15/3. maddesine göre "Her durumda, gözaltı, ya ilgili üçüncü ülke vatandaşının başvurusu üzerine ya da re'sen makul aralıklarla gözden geçirilecektir. Gözaltı süresinin uzatılması halinde, incelemeler bir yargı merciinin denetimine tabi olacaktır."

<sup>247</sup> Flynn (n 50) 5. İfade veya geri dönüş sürecinin bir parçası olarak, idari gözetim merkezlerindeki göçmenlerin buradaki durumunun uluslararası hukukun öngördüğü insan haklarına uygun şekilde dikkate alınması gerekirken, bu merkezlerin bazen cezaevi koşullarından dahi daha güvencesiz olabildiği yönünde bkz. Gatta (n 101) 62.

<sup>248</sup> Göçmen kontrolü kapsamında göçmeni gözetim altına almak isteyen devletin, bunu yaparken uluslararası anlaşma standartlarına uyması gerektiği yönünde bkz. Wilsher (n 108) 900.

<sup>249</sup> Groves, idari gözetim altında tutulan göçmenlerin cezaevinde olmasa dahi, özgürlüğünden alıkonulmuş olmalarının taşıdığı önemin altını çizerek, görüşünü şu şekilde ifade etmiştir: "Hapishanenin özü, hapishane binasının tarzı veya standardı değil, içindeki insanlara yapılan muameledir. Hapsedilmenin temel unsurları, zorla alıkoyma ve cebri muameledir. Mahkûmlar iradeleri dışında tutulmakta ve diğer tüm vatandaşların sahip olduğu temel medeni haklardan mahrum bırakılmaktadır." Groves (n 106) 229. Bunun yanı sıra yazar, gözetim merkezlerinin yasal tanımının yapılmasının ve bu kapsamda gözetim altına alınan kişilerin kanun uyarınca kurulmuş gözetim merkezlerinde tutulmasının belirsiz şekilde tanımlanmamasının gerekli olduğunu belirtmiştir. ibid 230.

<sup>250</sup> Rashed v. Czech Republic, 27 November 2008'den aktaran Cornelisse (n 16) 80. Bazı ülkelerin göçmenlerle ilgili gözaltı amacıyla belirli tesisler kullanmasına ve standartlaştırılmış çalışma biçimlerine sahip olmasına karşılık, birçok devletin farklı türdeki tutuklular için veya göçmenlik sistemi yoluyla sürecin farklı aşamaları için çeşitli tesisler kullandığı yönünde bkz. Flynn (n 50) 4.



bakımından ceza ve ceza muhakemesi kurumlarının uygulanmasının önüne geçilmektedir. Bu nedenle göçmenlerin gözetim altında tutulmasını, cezalandırmanın gerekliliklerini içermediği sürece<sup>251</sup> bir cezalandırma türü olarak değerlendirmek söz konusu değildir.<sup>252</sup> Suç teşkil eden bir fiilin fail tarafından gerçekleştirilmesinden ve bu suçun kendisine karşı işlendiği hukuk sisteminin oluşturduğu bir merci tarafından yaptırma tabi tutulmasından söz edilemediği sürece ceza hukuku anlamında bir cezalandırmadan da bahsedilemeyecektir.<sup>253</sup> Göçmenin gözetim altında tutulmasının karakteristik özelliği, cezalandırıcı değil<sup>254</sup>, idari sebeplere dayanmasıdır<sup>255</sup>. Bununla birlikte gözetim altına alma uygulamalarının göç politikasının idari amaçlarıyla orantılı olması yönündeki gerekliliğe dikkat edilmelidir. İdari gözetim son çare olarak, bu tedbire alternatif önlemlerin yetersiz kalması durumunda uygulanabilmelidir<sup>256</sup>.

## Sonuç

Başka bir ülkeye yasa dışı giren kişilere yönelik uygulanan idari gözetim tedbirinin dolaylı olarak göçmenlerin cezalandırılması esasına dayandığı iddiasının yerindeliğini incelemek için ele alınan bu çalışma, öncelikle göçmen kaçakçılığı kapsamında suçla konu kişiler olarak göçmenlerin konumunun belirlenmesini gerekli kıldığından, bu husus göçmen kaçakçılığına konu kişiler ile insan ticaretine konu kişiler üzerinden yapılan ayırım ekseninde değerlendirilmiştir. İnsan ticareti ile göçmen kaçakçılığı benzerlikler taşımakla birlikte, göçmen kaçakçılığının karakteristik özelliği olarak, rıza önemli bir ayırım noktası olarak kabul edilmektedir. Her iki suç tipine yönelik değerlendirme üzerinden suçun mağduru ve suçun konusuna ilişkin belirlemede, Protokol md. 5 düzenlemesi önemli bir dayanak noktası oluşturmaktadır. Zira ilgili düzenleme göçmenlerin hukuki statüsü bakımından önemli bir tespiti içermekte olup, göçmenlerin suçun konusunu teşkil etmeleri sebebiyle cezalandırılmayacağını belirtmiştir. Bu çerçevede göçmenin her durumda suçun mağduru olmadığı kabulü üzerinden, göçmenlere yönelik uygulanan yaptırım ve tedbirler kapsamında idari gözetime odaklanılmıştır.

<sup>251</sup> Gözetim altına alma tedbirinin koruyucu niteliğini ön plana çıkarmaya yönelik olarak bu tedbirin bazı caydırıcı yönlere de sahip olabileceği vurgusu, salt caydırıcılığın cezalandırma amacı kapsamında değerlendirilemeyeceğine işaret etmektedir. Bu bakış açısının üzerinde durduğu husus, caydırıcılığın hukukun temel amaçlarından biri olmadıkça ve gözetim altına alma başkalarını caydırmak için ceza olarak kabul edilmedikçe, söz konusu tedbirin doğası gereği cezalandırıcı olarak nitelendirilmeyecek olmasıdır. Bu bakış açısının, tutuklamamanın “caydırıcı” bir yönü olsa bile, toplumu korumak için göçmenleri süresiz olarak gözaltına alma yetkisinin geçerliliğini belirten bir ifade olarak değerlendirilemeyeceğine dikkat edilmelidir. Head (n 49) 40.

<sup>252</sup> Kriminlizasyonun, düzensiz ikamet için cezai yaptırım sağlayan yeni düzenlemelerin kabul edilmesi veya mevcut kanunların giderek daha katı bir şekilde uygulanması dâhil olmak üzere, birçok biçimde ortaya çıkabileceği yönünde değerlendirme için bkz. Flynn (n 50) 10.

<sup>253</sup> Groves (n 106) 231.

<sup>254</sup> Mahkemeler veya idari makamlar tarafından uygulanan birçok önlemin cezalandırıcı ve cezalandırıcı olmayan özelliklerin bir karışımını içerebileceği, örneğin, ceza hukuku kapsamında verilen bir cezanın, cezalandırıcı özellik içermekle birlikte toplumun korunması gibi başka amaçlarla da verilebileceği ve bu nedenle, kişiye yönelik muameleyi ‘cezalandırıcı’ veya ‘cezalandırıcı olmayan’ olarak nitelendirmeye yönelik girişimin yardımcı olmadığı yönünde değerlendirme için bkz. ibid 232.

<sup>255</sup> ibid 232. İdari gözetimin caydırıcı bir tedbir teşkil ettiği yönünde bkz. Comelisse (n 16) 79.

<sup>256</sup> Gatta (n 101) 73; Leerkes ve Broeders (n 115) 841.

İdari gözetim tedbirinin, yasa dışı göç yönetimine ilişkin bir araç olduğu dikkate alınarak, bu tedbirin bir yaptırım veya cezalandırma amacına hizmet etmediğinin vurgulanması gerekmektedir. İdari gözetimin, uygulanma koşullarının ve denetim yollarının yasal olarak düzenlenmesi, göçmenin keyfi olarak özgürlüğünden yoksun kılınmaması bakımından gerekli olmakla birlikte, yeterli bir güvence sağlamamaktadır. Bu nedenle göçmenlere yönelik idari tedbirin yasal çerçevede öngörülen şartlar bağlamında ele alınması önem arz etmekte olup, buna bağlı olarak insan haklarını ihlal edecek şekilde gözetim tedbirinin uygulanmasının hukuka aykırılığı sonuçlayacağı göz önünde bulundurulmalıdır.

İdari gözetimin ülkeye yasa dışı giren tüm yabancılar bakımından aynı uygulama şartlarına tabi kılınmaması, ortaya çıkabilecek adaletsiz sonuçların önüne geçilmesi bakımından önemlidir. Zira göçmen kaçakçılığında göçmenlerin rızası ile kaçakçılığın gerçekleşmesine rağmen, göçmenlerin mağdur olarak kabul edilmesine yönelik eğilim, çoğu durumda uluslararası koruma statüsü kapsamında yer alan yabancılar üzerinden argüman ileri sürmektedir. Bununla birlikte Protokol, göçmen kavramıyla genel olarak ülkeye yasa dışı giren yabancıları kapsamakta olup, üst kavram olarak göçmene yönelik belirlemelerle düzenlemeler öngörmüştür.

İdari gözetimin uygulanma şartlarından veya süreye riayet edilmeksizin kişinin özgürlüğünden alıkonulmasından kaynaklanan hukuka aykırılıklar<sup>257</sup>, Protokol md. 5'in ihlali anlamına gelmemektedir. Bu bağlamda ilgili Protokol'de göçmen haklarına ilişkin ihlallere ilişkin düzenlemelerin ve bunun dışında insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşme hükümlerinin ihlalinden söz edilmesi mümkün olacaktır. Suçun konusu olmaları sebebiyle göçmenlerin cezai takibata tabi tutulamayacak olması, onların özgürlüğünden yoksun kılınmasını sonuçlayan idari gözetime de tabi tutulamayacak olmalarını ortaya çıkarmaz<sup>258</sup>. Protokol md. 5'in kapsamının lafzi anlamını dikkate alarak ceza hukuku ile sınırlı şeklinin yorum yoluyla bu şekilde genişletilmesine Protokol'ün kabul edilmiş amacına uygunluk ile de meşruluk kazandırılmaz<sup>259</sup>. Ayrıca böyle bir kabul, ülkeye yasa dışı giren göçmenlere hiçbir idari yaptırımın uygulanamaması tehlikesini de beraberinde getirecektir.

Bizatihi tedbirin kendisinin cezalandırma amacı taşıdığından hareketle, tedbirin tümüyle reddedilmesi yerinde değildir. İstisnai şartlar çerçevesinde, yasal hükümlere uygun olmak ve gözetim süresinin mümkün olduğunca az olması şartıyla, idari gözetim kamu düzeninin sağlanması açısından gerekli bir tedbir olarak kabul edilmelidir.

<sup>257</sup> AB üye devletlerinde göçmenlerin gözetim altına alınmasının açık bir şekilde kişi kategorilerini hedef alan, her birinin bireysel koşullarının değerlendirilmesi için giderek daha az alan bırakan ve neredeyse cezalandırıcı nitelikte olan geniş ölçekli bir araç teşkil ettiği yönünde değerlendirme için bkz. Cornelisse (n 16) 75.

<sup>258</sup> Protokol md. 5 düzenlemesinin, taraf devletlerin, kaçak göçmenleri fiili suçlulara dönüştürmek için egemenlik güçlerini kullanmalarını engellemeyi amaçladığı yönünde değerlendirme için bkz. Schloenhardt ve Hickson (n 48) 50.

<sup>259</sup> Böyle bir genişletmenin, Protokol'de ifade edilen "kaçak göçmenlerin haklarını koruma" hedefini daha da ileriye taşıyacağı ve 5. maddenin amaçlanan amacına daha uygun olduğu yönünde değerlendirme için bkz. Schloenhardt ve Hickson (n 48) 47.

**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

Akbulut M, *Türk Yabancılar Hukukunda İdari Gözetim* (On İki Levha 2020).

Aktaş M, 'Geri Gönderme Merkezlerinde Uygulanan İdari Gözetimin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Özgürlük Ve Güvenlik Hakkı" Başlıklı 5 inci Madde Perspektifinden Değerlendirilmesi', (2019) 2 Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu 61-78.

Arslan Ç, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçları', (2003) 52 (1), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 113-145.

Aytekin A. İ, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçu', (2019) 14 (175-176) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 387-432.

Aziani A, 'The heterogeneity of human smugglers: a reflection on the use of concepts in studies on the smuggling of migrants', (2021) Trends in Organized Crime, <<https://doi.org/10.1007/s12117-021-09435-w>> Erişim tarihi 13 Mart 2022.

Başlar Y, 'The Crime of Migrant Smuggling in Turkish Legal System in the Light of Recent Developments', (2018) 8 (2) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 337-366.

Boister N, *An Introduction to Transnational Criminal Law* (2. Bası, Oxford University Press 2018).

Bozbayındır, G. B., 'Türk Ceza Kanunu'nda göçmen kaçakçılığı suçu', (2015) Disiplinlerarası Göç ve Göç Politikaları Sempozyumu 377-405.

Broeders D, 'Return to sender? Administrative detention of irregular migrants in Germany and the Netherlands', (2010) 12 (2) Punishment & Society 169-186.

Colombo A, 'Foreigners and immigrants in Italy's penal and administrative detention systems', 2013 10 (6) European Journal of Criminology 746-759.

Cornelisse G, 'Immigration Detention: An Instrument in the Fight Against Illegal Immigration or a Tool for Its Management?', *Immigration Detention, Risk and Human Rights: Studies on Immigration and Crime* (Springer 2016) 73-90.

Doğan K, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, (3. bası, Seçkin 2021).

Döner A ve Saydam M, 'TCK'nın 79. Maddesinde Düzenlenen Göçmen Kaçakçılığı Suçunun Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz Ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi', (2015) XIX (1-2) EÜHFD 1-15.

Ekşi N, *6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda İdari Gözetim* (Beta 2014).

Ellis T ve Akpala J, 'Making Sense Of The Relationship Between Trafficking in Persons, Human Smuggling, and Organised Crime: The Case Of Nigeria', (2011) 84 The Police Journal 13-34.

Erel K, 'Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu', (2007) 71 TBB Dergisi 264-299.

Erten R, 'Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme' (2015) XIX (1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3-51.

- Escobar V. J, 'Smuggling of Migrants is and Should be Established as an Autonomous Offence', (2019) 27 *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 226-241.
- Evik A. H, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçu', (2005) IX (3-4) Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 125-179.
- Flynn M, 'Immigration Detention and Proportionality', (2011) Global Detention Project Working Paper No. 4, Switzerland.
- Gallagher A. T ve Fiona D, 'Acting against Migrant Smuggling: Capacities and Limitations', *The International Law of Migrant Smuggling*, (Cambridge University Press 2014) 202-275.
- Gatta G. L, 'Global Trends in 'Crimmigration' Policies: From the EU to the USA', *Controlling Immigration Through Criminal Law: European and Comparative Perspectives on 'Crimmigration'*, (Oxford: Hart Publishing 2020) 47-80.
- Groves M, 'Immigration Detention vs Imprisonment Differences explored', (October 2004) 29 (5) *Alternative Law Journal* 228-234.
- Guild E, 'Assessing Migration Management and the Role of Criminal Law' *Controlling Immigration Through Criminal Law: European and Comparative Perspectives on 'Crimmigration'*, (Oxford: Hart Publishing 2020) 9-24.
- Güzel B, *Türkiye'de İdari Gözetim* (Seçkin 2020).
- Hartati A. S, 'Criminalization Of The Smuggling Of Migrants In Accordance With The United Nations Convention Against Transnational Organized Crime And Protocol Against The Smuggling Of Migrants By Land, Sea And Air', (2013) 11 (1) *Indonesian Journal of International Law*.
- Head M, 'Detention without Trial - A Threat to Democratic Rights' (2005) 9 *University of Western Sydney Law Review* 33-52.
- Kangal Z. T, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçu', (2019) 21 (Özel Sayı) D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan 221-277.
- Karagözoğlu C, Non-Refoulement İlkesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Uygulanması, (2023) 43 (1) *Public and Private International Law Bulletin* 313-351.
- Kılınçarslan S, 'Göçmen Kaçakçılığı Sırasında Meydana Gelen Ölüm Olayları', (2016) 15 (1) *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 853-866.
- Koca M ve Üzülmöz İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. bs, Seçkin 2021).
- Koca M ve Üzülmöz İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (8. baskı, Adalet 2022)
- Kuşçu D, 'Yabancılar Ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Sınır Dışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancıların İdari Gözetim Altına Alınmaları', (2017) 22 (37) *DÜHFD* 241-284.
- Leerkes A ve Broeders D, 'A CASE OF MIXED MOTIVES? Formal and Informal Functions of Administrative Immigration Detention', (2010) 50 *British Journal of Criminology* 830-850.
- Militello V ve Spena A, 'Between Criminalization and Protection The Italian Way of Dealing with Migrant Smuggling and Trafficking within the European and International Context', *Transnational Crime* (Brill 2019).
- Miller T. A, 'Citizenship and Severity: Recent Immigration Reforms and the New Penology', (2003) 17 *Geo. Immigr. L.J.* 611 <[https://digitalcommons.law.buffalo.edu/journal\\_articles/408](https://digitalcommons.law.buffalo.edu/journal_articles/408)> Erişim tarihi 10 Ocak 2022.
- Özbek N, 'AİHM Kararları Işığında YUKK'nda İdari Gözetimin Uygulandığı Mekânlar Hakkında Ortak Sorunlar', (2015) 118 *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 15-50.
- Özbek V. Ö, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (16. bası, Seçkin 2021).

- Özgenç İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (17. bası, Seçkin 2021).
- Öztürk B, Kazancı B. E ve Soyser S. G, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, (5. bası, Seçkin 2022).
- Pickering S, 'Crimes of the State: The Persecution And Protection Of Refugees', (2005) 13 *Critical Criminology* 141-163.
- Pieters B, 'Dutch Criminal And Administrative Law Concerning Trafficking in And Smuggling Of Human Beings The Blurred Legal Position Of Smuggled And Trafficked Persons: Victims, Instigators Or Illegals?', *Immigration and Criminal Law in the European Union: The Legal Measures and Social Consequences of Criminal Law in Member States on Trafficking and Smuggling in Human Beings*, (Brill 2006) 201-239.
- Rodríguez P. O, 'Non-criminalization of smuggled migrants (Notes on the interpretation of article 5 of the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air)', (2014) <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9791.pdf?view=1>> Erişim tarihi 2 Nisan 2022.
- Schloenhardt A ve Hickson H, 'Non-Criminalization of Smuggled Migrants: Rights, Obligations, and Australian Practice under Article 5 of the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea, and Airs', (2013) 25 (1), *International Journal of Refugee Law* 39-64.
- Sharpton B, 'Detention of Non-Citizens: The Supreme Court's Muddling of an Already Complex Issue' (2005-2006) 57 (4) *Mercer Law Review* 1221-1260.
- Spena A, 'Smuggled Migrants as Victims? Reflecting on the UN Protocol against Migrant Smuggling and on Its Implementation', (2019) 3 (4) *Transnational Crime* 43-57.
- Sunata U ve Erduran S, 'Practicing Law in Administrative Detention for Syrian Refugees in Turkey', (2021) *Journal of Immigrant & Refugee Studies* 1-15.
- Tezcan D, Erdem M. R ve Önok R. M, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (19. bası, Seçkin 2021).
- Tunç G, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçuna İlişkin Yargıtay Karar Tahlili', (2016) 3 *Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 199-211.
- Wilsher D, 'The Administrative Detention Of Non-Nationals Pursuant To Immigration Control: International And Constitutional Law Perspectives', (2004) 53 (04) *International and Comparative Law Quarterly (ICLQ)* 897-934.
- Yenerer Çakmut Ö, 'Türk Ceza Yasası'nda Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK m.79)', (2010) 9 (2) *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 115-135.
- Yenidünya A. C ve Alşahin M. E, 'Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK. m.79)', (2009) 82 *TBB Dergisi* 1-50.
- Yenisey F ve Nuhoglu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (9. bs, Seçkin 2021).



## 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 250 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 yayınevinin) muvafakati de iletilmelidir. Çeviriler de hakem değerlendirilmesine tâbi tutulur.

*Besides articles, also translations may be published in the accepted languages. These papers might be approved or rejected by the Editorial Board. Original text of the translation and consent of the rightful owner are also should be enclosed with the translation. Translations are also subject to the assessment of reviewers.*

16. İstanbul Hukuk Mecmuası’nda yayımlanması istenen yazıların [ihfdergiler@istanbul.edu.tr](mailto: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](mailto: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 gözетerek 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.*