

# ERZİNCAN BİNALI YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ

## Hukuk Fakültesi Dergisi



### Erzincan Law Review

CİLT/VOL: 28

SAYI/NO: 1

HAZİRAN/JUNE 2024

**KAMU HUKUKU** ♦GÖÇMEN/ASLAN, Uluslararası ve Ulusüstü Hukuk Bağlamında Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Tarihsel Gelişimi ♦KILINÇ, Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Zorunlu Bilirkişilik ♦HASAN/İSLAM, Reparation of Civil Aerial Accidents Under International Air Law: A Case Study of the 2020 Ukrainian Plane Incident in Iran ♦İNCE TUNCER, Türk ve Alman Ceza Hukuku Mevzuatının Roma Statüsü'ne Uyumu ♦USLUADAM, Eşitlik İlkesi Bağlamında Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma ♦ÇAĞLAR GÜRGEY, Yargıçların Sosyal Rolü ve Yükümlülükleri ♦TAŞ, The Act Singularity in the Scope of Conceptual Aggregation in Turkish Criminal Law.

**ÖZEL HUKUK** ♦ARSLAN, Sigortacının Gemi İpoteği Alacaklısına Karşı Bildirim Yükümlülüğü ♦ÇAĞLAYAN AYGÜN, Doğrudan Temsilde Temsilcinin Yetki Sınırını Aşması ♦ÖZDEMİR, Mirasbırakanın Anonim ve Limited Ortaklıklardaki Payını Muvazaalı Olarak Devri.

ERZİNCAN – 2024



II

ISSN 2651-494X

e-ISSN 2791-6502

**Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EBYÜ-HFD)**  
**Erzincan Law Review (ErLR)**

**Sahibi / Owner**

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına  
Prof. Dr. Ayhan DÖNER

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Responsible Manager**

Yılmaz ÖZKER

**Dizgi ve Mizanpaj / Typesetting and Layout**

Doç. Dr. Ahmet NAR  
Arş. Gör. Maide POLAT

**İletişim Bilgileri / Contact Information**

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Mimar Sinan Mah.  
24070 - Merkez / Erzincan  
Telefon / Phone: +90 (446) 225 17 41-42-43  
Faks / Fax: +90 (446) 225 17 45  
E-mail: [dergihukuk@erzincan.edu.tr](mailto:dergihukuk@erzincan.edu.tr)  
<https://hukukdergi.ebyu.edu.tr/> - <https://dergipark.org.tr/pub/ebyuhfd>

**Baskı / Printed by**

Doğu Ciltevi Dijital Baskı Merkezi, İnönü Mah. 14. Sokak No: 8, 24180 - Merkez /  
Erzincan

**Yayın Türü / Publication Type:** Yaygın Süreli / Periodical

Tüm hakları saklıdır. EBYÜ-HFD, Haziran ve Aralık aylarında, yılda iki sayı olarak yayımlanan, ULAKBİM TR Dizin tarafından taranan, ulusal, hakemli, açık erişimli ve bilimsel bir dergidir. Yayın dili Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca'dır. Dergide ileri sürülen görüşlerin hukuki sorumluluğu yazarlara aittir.

All rights reserved. ErLR is a scholarly, national, ULAKBİM TR Dizin indexed, peer-reviewed and open-access journal published twice a year in June and December. The publication languages of the journal are Turkish, English, German and French. The legal responsibility for the opinions expressed in the articles belongs to the authors.

Derginin eski ismi "Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi"dir.  
Former name of the journal is "Erzincan University Law Review".

Dergide çıkan herhangi bir yazıya atıf yaparken "EBYÜ-HFD" kısaltmasının kullanılmasını önerilir. For citations please use the abbreviation: "ErLR"

Erzincan, Haziran 2024 / Erzincan, June 2024



**Baş Editör\* / Editor-in-Chief\*\***

Prof. Dr. Ayhan DÖNER (*adoner@erzincan.edu.tr*)

**Editörler\* / Editors\*\***

**Özel Hukuk Alan Editörleri / Private Law Editor**

Doç. Dr. Ahmet NAR (*anar@erzincan.edu.tr*)

Doç. Dr. Hatice Duygu ÖZER (*hdozer24@gmail.com*)

Dr. Öğr. Üyesi Şengül AL KILIÇ (*sal@erzincan.edu.tr*)

Dr. Öğr. Üyesi Nagehan OKUMUŞ (*nokumus@erzincan.edu.tr*)

**Kamu Hukuku Alan Editörleri / Public Law Editor**

Doç. Dr. İsmail KÖKÜSARI (*ikokusari@erzincan.edu.tr*)

Doç. Dr. Ercan YAŞAR (*ercan.yasar@erzincan.edu.tr*)

**Yabancı Dil Editörü / Foreign Language Editor**

Dr. Öğr. Üyesi Melih SÖNMEZ (*melihsonmez@erzincan.edu.tr*)

**Editör Yardımcıları\* / Co-Editors\*\***

Arş. Gör. Maide POLAT (*maide.polat@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Fuat ALTUNTAŞ (*fuat.altuntas@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Ahmet Töresin ODLUYURT (*ahmet.odluyurt@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Elif ÖZDEMİR (*elif.ozdemir@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Ensar ERCAN (*ensar.ercan@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Erdoğan KESKİN (*erdogan.keskin@erzincan.edu.tr*)

**Yayın Kurulu/ Editorial Board**

Prof. Dr. Ayhan DÖNER (*adoner@erzincan.edu.tr*)

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Erzincan, Türkiye

Erzincan Binali Yıldırım University, Faculty of Law, Erzincan, Turkey

Prof. Dr. Cem BAYGIN (*cbaygin@erzincan.edu.tr*)

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Erzincan, Türkiye

Erzincan Binali Yıldırım University, Faculty of Law, Erzincan, Turkey

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY (*ibrahim.ozbay@gop.edu.tr*)

Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Tokat, Türkiye

Tokat Gaziosmanpaşa University, Faculty of Law, Tokat, Turkey

Prof. Dr. Şafak NARBAY (*safaknarbay@sakarya.edu.tr*)

Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Sakarya, Türkiye

Sakarya University, Faculty of Law, Sakarya, Turkey

Doç. Dr. Zülküf AYRANGÖL (*zayrangol@erzincan.edu.tr*)

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Erzincan, Türkiye

Erzincan Binali Yıldırım University, Faculty of Law, Erzincan, Turkey

Dr. Öğr. Üyesi Fatih AYDEMİR (*fatih.aydemir@erzincan.edu.tr*)

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Erzincan, Türkiye

Erzincan Binali Yıldırım University, Faculty of Law, Erzincan, Turkey

Dr. Öğr. Üyesi Ercan SARICAĞLU (*esaricaoglu@trabzon.edu.tr*)

Trabzon Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Trabzon, Türkiye

Trabzon University, Faculty of Law, Trabzon, Turkey

\* Yukarıda adları geçen baş editör, editörler, yabancı dil editörü ve editör yardımcıları halen Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde görev yapmaktadır.

\*\* Editor-in-chief, editors, foreign language editor and co-editors listed above currently work at Erzincan Binali Yıldırım University Faculty of Law.

**Danışma Kurulu\* / Advisory Board\*\***

Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN (*akendigelen@istanbul.edu.tr*)  
İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye  
Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (*acbudak@ticaret.edu.tr*)  
İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye  
Istanbul Commerce University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Ayhan CEYLAN (*aceylan@ticaret.edu.tr*)  
İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye  
Istanbul Commerce University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Fatih UŞAN (*fusan@ybu.edu.tr*)  
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye  
Ankara Yıldırım Beyazıt University, Faculty of Law, Ankara, Turkey

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (*ilhan.uzulmez@hbv.edu.tr*)  
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye  
Ankara Hacı Bayram Veli University, Faculty of Law, Ankara, Turkey

Prof. Dr. Melikşah YASİN (*meliksah.yasinistanbul.edu.tr*)  
İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye  
Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Murat DOĞAN (*murat.dogan@erciyes.edu.tr*)  
Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kayseri, Türkiye  
Erciyes University, Faculty of Law, Kayseri, Turkey

Prof. Dr. Nihat BULUT (*nihat.bulut@medipol.edu.tr*)  
İstanbul Medipol Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye  
Istanbul Medipol University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN (*ramazan.caglayan@hbv.edu.tr*)  
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye  
Ankara Hacı Bayram Veli University, Faculty of Law, Ankara, Turkey

Prof. Dr. Vahit DOĞAN (*vahitdogan@aydin.edu.tr*)  
İstanbul Aydın Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye  
Istanbul Aydın University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

---

\* Danışma Kurulunda yer alan akademisyenler alfabetik sırayla gösterilmektedir.

\*\* The academics in the Advisory Board are listed in alphabetical order.

### Yayın İlkeleri

1. Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EBYÜ-HFD), bilimsel, hakemli ve ulusal bir dergidir.
2. Dergi'nin yayın dili, Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızcadır.
3. Dergi, Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanır. Dergi'nin Haziran sayısı için son yazı kabul tarihi 30 Nisan; Aralık sayısı için son yazı kabul tarihi ise 31 Ekim'dir. Bu tarihlerden sonra gönderilecek çalışmalar, takip eden sayı için yayın değerlendirme listesine alınacaktır.
4. Dergi'ye gönderilen çalışmalar, kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Çalışmanın Dergi'ye gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
5. Dergi'de, makale, karar incelemesi, çeviri, yasal kurallar değerlendirmesi ve kitap eleştirisi gibi çalışmalara yer verilir. Bu tür çalışmaların yayımlanıp yayımlanmayacağına, Yayın Kurulu tarafından karar verilir. Çevirilerin orijinal dildeki nüshasının gönderilmesi şarttır. Ayrıca; çevirilerde, çeviri yapan yazar, asıl eser üzerindeki hak sahiplerinden Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na uygun olarak yazılı izin almış olmalıdır.
6. Çalışmaların, dergipark üzerinden Microsoft Word yazılımı formatında (\*.doc, \*.docx) ve derginin yazım kurallarına uygun olarak hazırlanmış bir şekilde gönderilmesi gerekmektedir. Gönderilen metin yazarın kimliğini belirleyecek herhangi bir ifade içermemelidir. Yazar, gönderdiği e-posta içinde, adını-soyadını, (varsa) akademik unvanını, orcid.org adresinden alacağı araştırmacı kimlik numarasını, çalıştığı kurumu, iletişim adresini, telefon numarasını ve e-posta adresini bildirmelidir.
7. Dergi'ye gönderilen çalışmalarda, makalede değil kapak yazısı dosyasında akademik unvan, görevli olunan üniversite, fakülte ve bölümü, ORCID kimliği ile yazarın kurumsal e-posta adresine yer verilmelidir.
8. Çalışmaların ilk değerlendirilmesi editör tarafından yapılacak ve daha sonra Yayın Kuruluna sunulacak olup; intihal raporu sonucunun yayın kurulunca belirlenen oranı aşması, olağanın dışında yazım yanlışlarının bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yayın ilkelerine uygun hazırlanmadığının tespit edilmesi, çalışmanın Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir. Gönderilen çalışmaların yayınlanmasında nihai takdir Dergi Yayın Kuruluna aittir.
9. Editör tarafından yapılacak ilk değerlendirmeden sonra Yayın Kuruluna sunulan ve geri çekilmeyen çalışmalar, “nesnel değerlendirme ilkesi” uyarınca ilgili olduğu alanda, yazara göre daha üst bir akademik unvana sahip en az iki hakemin incelemesine sunulur. Yazarlara çalışmanın hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Dergi'de yayımlanacak çalışmalar, çift kör hakemlik esasına göre hakem incelemesinden geçirilerek hakemlerden gelen rapor doğrultusunda çalışmanın yayınlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan en kısa sürede haberdar edilir.
10. Hakemlerden gelen raporlardan birinin olumsuz, diğerinin olumlu olması durumunda, üçüncü bir hakeme gönderilip gönderilmemesi yayın kurulunun takdirindedir. Üçüncü hakem incelemesine gönderilmeyen veya üçüncü hakem raporunun da olumsuz olması durumunda çalışma yayımlanmayacaktır. Hakemlerin raporlarında düzeltme istemesi durumunda, yazar, hakem tarafından belirtilen düzeltmeler dışında esaslı değişiklikler yapamaz. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra, hakemlerin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Yayımlanmayan çalışmalar, yazarına geri gönderilmez, yazara sadece durum hakkında bilgi verilir.
11. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talep bulunmadıkça Dergi'nin bir sonraki sayısı için değerlendirilir.
12. Çalışmalar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, elektronik ortamda tam metin (her türlü formatta) olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım haklarına sahiptir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiş sayılır.
13. Dergi'de yayımlanan çalışmalardaki görüşlerle, bunlara dair oluşacak sorumluluk yazarına veya yazarlarına aittir.

### **Publication Principles**

1. Erzincan Law Review (ErLR) is a scientific, peer-reviewed and national journal.
2. The publication language of the journal is Turkish, English, German and French.
3. The journal is published twice a year, in June and December. The latest deadline for submission of the June issues of the Journal is at 31<sup>st</sup> of April; and the latest deadline for submission of the December issue is at 31<sup>st</sup> of October. The studies submitted after these dates will be contained in the publication evaluation list for the next issue.
4. Studies submitted to the Journal should be related to the public law, private law or economy-finance fields and should not be published in any other Journals or sent for the publication. Any works that have been sent to the Journal will be accepted as the commitment of the author on this matter.
5. The Journal contains studies, such as article, case analysis, translation, evaluation of legal rules and book criticism. Whether all these submitted studies will be published or not is decided by the Editorial Board. A copy of the translations in the original language should be sent. In translations, it is also essential to get a writing permission from the rights holders on the original work in accordance with the Intellectual Property Law for the translating authors.
6. The papers should be sent via dergipark as the Microsoft Word format and should be prepared in accordance with the writing rules of the Journal. The submitted paper should not contain any statement that would identify the author. In the e-mail the author should indicate his/her name, academic title (if any), the ORCID number, the institution he/she works for, contact details, telephone number and e-mail address.
7. In the file of cover page only the name of the author, academic title, the university, the faculty, department, ORCID number and the official e-mail address should be indicated respectively.
8. The first examination of the papers will be completed by the Editor and then submitted to the Editorial Board. If the result of the plagiarism report exceeds the rate determined by the Editorial Board; if there are unusual and major spelling and writing mistakes; if the submitted study is non-compliance with the scientific criteria; if it is determined that the work does not match with the publication principles, the submitted study will be rejected by the Editorial Board. The final discretion about the publication of the submitted works belongs to the Editorial Board of the Journal.
9. In accordance with “the objective evaluation principle”, after the initial examination of the submitted works that is completed by the Editor, all of the studies are submitted to the review of at least two referees in the relevant interested areas, who have a higher academic degree than the author. The authors are not informed about the peer-reviewed process. The studies to be published in the journal are subject to the double blind refereeing. According to the referees report, the submitted works can be published or can have minor/major corrections or can be rejected. The authors are informed as soon as possible about the referees report.
10. If one of the reports from the referees is negative and the other is positive, the Editorial Board has a discretion on whether to send it to a third referee or not. The study shall not be published if the third referee report is also negative. In case the referees request corrections in their reports, the author cannot make any substantial changes other than the corrections that are specified by the referees. After these corrections are completed by the author, peer review can be applied again in accordance with the recommendations of the referees. Unpublished works shall not be sent back to the authors.
11. Papers, the peer review process of which are not completed within the time limit, may be published in the next issue of the Journal, unless the work is not withdrawn by the author.
12. If the papers are accepted for the publication, Erzincan Binali Yıldırım University Faculty of Law will have all copyrights on the submitted works including publishing them as full text in any format. It is deemed to be accepted by the authors that no royalties will be paid.
13. Responsibilities for the views and opinions in the published studies of the Journal belong to the author or authors.

### Yazım Kuralları / Citation and Writing Rules

1. Gönderilecek çalışmaların Times New Roman karakterinde, ana metnin 1,5 satır aralığında ve 12 punto; dipnotların 10 punto olarak hazırlanması ve 50 sayfayı (bu sayfa sayısı belirtilen format için geçerlidir; mizanpajdan sonra artabilir) geçmemesi gerekmektedir. Dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot metni, iki yana yaslı ve 3 nk aralıklı yazılmalıdır. Çalışmanın sonunda, çalışmada kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.

The manuscripts to be submitted should be in Times New Roman, 1.5 lines spacing of the main text and 12-type size. Footnotes should be prepared in 10-font size and the papers should not be exceed 50 pages (this number of pages is valid for the specified format, it may increase after the layout). Footnotes should be indicated at the bottom of the page. Footnote text should be justified and written with 3 pt spacing. At the end of the submitted article, there should be a bibliography, where all the sources used in the study are listed according to the surnames of the authors.

2. Dergi'ye gönderilen çalışmalarda, hem Türkçe hem de İngilizce olmak üzere çalışma başlığı (title), en az 100 en fazla 200 sözcükten oluşan öz (abstract) ve en az 5 en fazla 10 sözcük veya sözcük grubundan oluşan anahtar kelimeler (keywords) belirtilmiş olmalıdır.

In the papers submitted to the Journal, both Turkish and English titles, abstracts consisting of at least 100 and maximum 200 words, and key words consisting of at least 5 and maximum 10 words must be indicated.

3. Metin iki yana yaslı olarak yazılmalıdır. Çalışmalarda Microsoft Word otomatik başlıkları kullanılmamalıdır. Aynen veya kısaltılarak yapılan alıntılar, tırnak içinde ve italik karakter kullanılarak belirtilir. Virgül, nokta ve diğer noktalama işaretlerinden sonra bir karakter boşluk bırakılır.

The text should be written as justified on both sides. Automatic titles of Microsoft Word should not be applied in the studies. Direct or abbreviated quotations should be italics and indicated in quotation marks. One character space should be left after all punctuation marks.

4. Giriş, Sonuç/Değerlendirme ve Kaynakça başlık numarası verilmeksizin bold (kalın) ve tümü büyük harfle yazılır. Metin içerisinde başlıklar bold (kalın) olmak üzere düzenlenmelidir.

The introduction, conclusion and bibliography should be written in bold and with the all capital letters without numbering.

#### ÖZ

#### ABSTRACT

#### GİRİŞ

#### I. TÜM HARFLER BÜYÜK

#### A. Sadece İlk Harfler Büyük

#### 1. Sadece İlk Harfler Büyük

#### a. Sadece İlk Harfler Büyük

#### 1) Sadece İlk Harfler Büyük

#### a) *İtalik ve Sadece İlk Harfler Büyük*

#### SONUÇ

#### KAYNAKÇA

#### ABSTRACT

#### ÖZ

#### INTRODUCTION

#### I. ALL LETTERS CAPITALIZED

#### A. First Letters Capitalized

#### 1. First Letters Capitalized

#### a. First Letters Capitalized

#### 1) First Letters Capitalized

#### a) *First Letters Capitalized and Italicized.*

#### CONCLUSION

#### REFERENCES

## VIII

Aşağıda detayları belirtilen atıf usulünde kural bulunmayan durumlarda Chicago atıf sistemi takip edilmelidir. Dergi'nin bütünselliği açısından aşağıda gösterilen örneklere uyulmalıdır. Daha fazla örnek için EBYÜ-HFD Yazım Kuralları (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ebyuhfd/writing-rules>)'na bakılabilir.

In cases where there is no rule in the citation method detailed below, the Chicago citation system should be followed. For the integrity of the Journal, the examples shown below should be followed. For more examples, see ErLR Writing Rules (<https://dergipark.org.tr/en/pub/ebyuhfd/writing-rules>).

### **Tek Yazarlı Kitap / Book with a Single Author**

#### *1. Dipnotta / In the Footnote*

Ad **Soyad**, Eser Adı, Basım/Baskı/Bası sayısı, Yayımlayan kuruluş, Eserin basıldığı yer/şehir yayım yılı, sayfa numarası.

Ayhan **Döner**, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 24.

#### *2. Tekrar eden atıflarda / Repetitive citations*

Yazarın **Soyadı**, Sayfa Numarası.

**Döner**, s. 24.

#### *3. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflarda / Cites to different works of the same author*

**Döner**, İnsan Hakları, s. 24.

#### *4. Kaynakçada / In the Bibliography*

**Soyad**, Ad, Eser Adı, Basım/Baskı/Bası sayısı, Yayımlayan kuruluş, Eserin basıldığı yer/şehir ve yayım yılı.

**Döner**, Ayhan, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 24.

### **İki Yazarlı Kitap / Book with Two Authors**

İbrahim **Özbay**/Taner Emre **Yardımcı**, Tebligat Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 60.

### **Üç Yazarlı Kitap / Book with Three Authors**

Bihlerin **Vural Dinçkol**/Mehmet **Akad**/Nihat **Bulut**, Genel Kamu Hukuku, 15. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2019, s. 34.

### **Dört ve Daha Fazla Yazarlı Kitap / Book with More than Three Authors**

Cem **Baygın ve diğerleri**, Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları – III (Eşya Hukuku), 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 10.

### **Makale / Article**

*Dergi adı uzun yazılabileceği gibi, standart ve yaygın bir kısaltma tercih edilebilir.*

Sururi **Aktaş**, "Hukuk Kavramının Analizi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 67, S. 2, Y. 2018, (227-252), s. 25.

### **Tez / Thesis**

Muhammet Emin **Ruhi**, 1982 Anayasası Çerçevesinde Sosyal Devlet ve Özelleştirme, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1999, s. 79.

### **Yargı Kararları / Judicial Decisions**

Mahkeme adı kısaltması, Dairesi, Esas numarası, Karar numarası, Karar Tarihi, (Kararın Yayım Yeri)

Yarg. 4. HD., E. 2008/1699, K. 2008/13767, 10.11.2008, (Erişim kaynağı ya da bağlantısı) AYM, E. 2015/17, K. 2015/20, 05.03.2015, (RG., 19.6.2015, S. 29391).



## İÇİNDEKİLER / CONTENTS

---

### KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

#### *Araştırma Makalesi / Research Article*

**Prof. Dr. İlke GÖÇMEN/Dr. Öğr. Üyesi Gündüz Alp ASLAN**

Uluslararası ve Ulusüstü Hukuk Bağlamında Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Tarihsel Gelişimi

*Historical Development of National Human Rights Institutions in the Context of International and Supranational Law* ..... 1–37

#### *Araştırma Makalesi / Research Article*

**Doç. Dr. Ahmet KILINÇ**

Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Zorunlu Bilirkişilik

*Compulsory Expertise in Classical Period Ottoman Law* ..... 39–70

#### *Araştırma Makalesi / Research Article*

**Dr. Öğr. Üyesi ASM Mahmudul HASAN/ Md Syful ISLAM**

Reparation of Civil Aerial Accidents Under International Air Law: A Case Study of the 2020 Ukrainian Plane Incident in Iran

*Uluslararası Hava Hukuku Çerçevesinde Sivil Hava Kazalarının Onarımı: İran'da 2020 Ukrayna Uçağı Kazası Üzerine Bir Vaka Çalışması* .... 71–94

#### *Araştırma Makalesi / Research Article*

**Dr. Öğr. Üyesi Asuman İNCE TUNÇER**

Türk ve Alman Ceza Hukuku Mevzuatının Roma Statüsü'ne Uyumu

*The Compatibility of Turkish and German Criminal Law Legislations with the Rome Statute* ..... 95–128

#### *Araştırma Makalesi / Research Article*

**Arş. Gör. Dr. Asena Kamer USLUADAM**

Eşitlik İlkesi Bağlamında Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma

*The Victim-Offender Mediation in Criminal Procedure in the Context of the Principle of Equality* ..... 129–173

#### *Araştırma Makalesi / Research Article*

**Dr. Fatma İrem ÇAĞLAR GÜRGEY**

Yargıçların Sosyal Rolü ve Yükümlülükleri

*The Social Role and the Obligations of Judges* ..... 175–205

X

*Araştırma Makalesi / Research Article*

**Arş. Gör. Burak TAŞ**

The Act Singularity in the Scope of Conceptual Aggregation in Turkish Criminal Law

*Türk Ceza Hukukunda Fikri İçtima Bağlamında Fiil Tekliği* ..... 207–228

## **ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW**

*Araştırma Makalesi / Research Article*

**Dr. Öğr. Üyesi Zeynep ARSLAN**

Sigortacının Gemi İpoteği Alacaklısına Karşı Bildirim Yükümlülüğü

*Notification Obligation of the Insurer Toward the Ship Mortgagee* ..... 231–267

*Araştırma Makalesi / Research Article*

**Dr. Öğr. Üyesi Gözde ÇAĞLAYAN AYGÜN**

Doğrudan Temsilde Temsilcinin Yetki Sınırını Aşması

*Exceeding the Authority Limit of the Representative in Direct Representation* ..... 269–307

*Araştırma Makalesi / Research Article*

**Dr. Öğr. Gör. İbrahim Akan ÖZDEMİR**

Mirasbırakanın Anonim ve Limited Ortaklıklardaki Payını Muvazaalı Olarak Devri

*Collusive Transfer of the Legator's Share in the Joint Stock and Limited Partnerships* ..... 309–350

**Kamu Hukuku / Public Law**

---







# Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 28 Sayı/No: 1 Haziran/June 2024

## Uluslararası ve Ulusüstü Hukuk Bağlamında Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Tarihsel Gelişimi

Historical Development of National Human Rights Institutions  
in the Context of International and Supranational Law

  Prof. Dr. İlke GÖÇMEN\*

  Dr. Öğr. Üyesi Gündüz Alp ASLAN\*\*

 10.60002/ebyuhfd.1428257

### ÖZ

Ulusal insan hakları kurumları, bir yandan git gide daha yaygın biçimde görülmeye, diğer yandan uluslararası ve ulusüstü hukuk tarafından git gide daha çok düzenlenmeye başlamıştır. Bu çalışma, ulusal insan hakları kurumlarının tarihsel gelişimini uluslararası ve ulusüstü hukuktaki düzenlemeler bağlamında, 2000’ler öncesi ve sonrası dönem olarak konuyu ikiye ayırarak, incelemektedir. Bu yönden, uluslararası hukuk açısından küresel çapta Birleşmiş Milletler ve bölgesel çapta Avrupa Konseyi ve ulusüstü hukuk açısından bölgesel çapta

\* Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Avrupa Birliği Hukuk Anabilim Dalı.

\*\* Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

#### Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article

Geliş/Received: 30.01.2024 | Kabul/Accepted: 13.03.2024.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

**Atıf/Cite as:** İlke Göçmen/Gündüz Alp Aslan, “Uluslararası ve Ulusüstü Hukuk Bağlamında Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Tarihsel Gelişimi”, EBYÜ-HFD, C. 28, S. 1, Haziran 2024, s. (1-37).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

Avrupa Birliği temel alınmıştır. Sonuç olarak, uluslararası ve ulusüstü hukukun, ulusal insan hakları kurumlarının tarihsel gelişiminde git gide artan bir rol üstlenmekte olduğu görölmektedir. Daha spesifik olarak ise üç eğilim gözlenmektedir: (i) Ulusal insan hakları kurumları, uluslararası veya ulusüstü hukuki belgelere bazı yönlerden etki vermek üzere zorunlu olarak kurdurulabilmektedir, (ii) ulusal insan hakları kurumlarının asgari standartları, temel olarak Birleşmiş Milletler tarafından belirlense de Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği tarafından ileri taşınmaya çalışılmaktadır, (iii) bu asgari standartları belirleyen belgeler, esnek hukuktan bağlayıcı hukuka, dolayısıyla da yeknesaklaşmaya doğru gitmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Ulusal İnsan Hakları Kurumları, Birleşmiş Milletler, Paris İlkeleri, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği

### ABSTRACT

National human rights institutions are increasingly being seen in a more widespread manner on one hand, and on the other hand, they are starting to be increasingly regulated by international and supranational law. This work examines the historical development of national human rights institutions in the context of regulations in international and supranational law, dividing the subject into the pre-2000s and post-2000s periods. In this respect, the work is based on globally United Nations and regionally Council of Europe from the perspective of international law, and on regionally European Union from the perspective of supranational law. Consequently, it can be observed that international and supranational law are increasingly playing a role in the historical development of national human rights institutions. More specifically, three trends are observed: (i) National human rights institutions may be compulsorily established to give effect to certain aspects of international or supranational legal documents, (ii) the minimum standards of national human rights institutions are primarily set by the United Nations but are attempted to be advanced by the Council of Europe and the European Union, (iii) the documents setting these minimum standards are moving from soft law to hard law, and therefore towards uniformity.

**Keywords:** National Human Rights Institutions, United Nations, Paris Principles, Council of Europe and European Union

### GİRİŞ

Ulusal insan hakları kurumları, bir yandan git gide daha yaygın biçimde görölmeye, diğer yandan uluslararası ve ulusüstü hukuk tarafından git gide daha çok düzenlenmeye başlamıştır. “Ulusal insan hakları kurumu” ile ana hatlarıyla (i) örneğin insan hakları kurumu, ombudsman, eşitlik kurumu gibi adı ne olursa olsun, (ii) tamamen veya kısmen insan haklarını teşvik etmek ve korumak ile görevlendirilmiş, (iii) bağımsız, (iv) idari nitelikli, (v) danişsal otoriteye sahip bulunan, (vi)

görüşler ve tavsiyeler veya şikayet değerlendirmek aracılığıyla işleyen ulusal organlar kastedilmektedir.<sup>1</sup> Ulusal insan hakları kurumları, herhangi bir devletin kendi inisiyatifiyle kurulabilmekteyse de uluslararası ve ulusüstü hukuk bu alanda kayda değer etki doğurabilmektedir. Uluslararası hukuk ile küresel çapta Birleşmiş Milletler (“BM”) ve bölgesel çapta Avrupa Konseyi (“AK”) kaynaklı hukuka ve ulusüstü hukuk ile bölgesel çapta Avrupa Birliği (“AB”) kaynaklı hukuka referans verilmektedir.

Uluslararası ve ulusüstü hukuk bağlamında ulusal insan hakları kurumları *nasıl* bir tarihsel gelişim sürecinden geçmektedir? Başka bir ifadeyle, ulusal insan hakları kurumlarının tarihsel gelişim sürecinde uluslararası ve ulusüstü hukuk *nasıl* bir rol oynamaktadır? Bu çalışma, bilindiği kadarıyla buna odaklanan bir çalışmanın yokluğunda, ulusal insan hakları kurumlarının *tarihsel gelişimini* uluslararası ve ulusüstü hukuktaki düzenlemeler *bağlamında* incelemeyi amaçlamaktadır. Çalışma *hukuki yöntem* esas alınarak kaleme alınmıştır. Bu yönden birincil kaynaklar olarak ilgili uluslararası ve ulusüstü belgeler ve ikincil kaynaklar olarak ilgili literatür değerlendirilerek belirli sonuçlara varılmaya çalışılmıştır.

Çalışmanın; BM, AK ve AB kaynaklı hukuk temel alınacağı için; Türkiye açısından da yol gösterici olacağı umulmaktadır. Türkiye, bu bakımdan, 24 Ekim 1945 tarihinden bu yana BM<sup>2</sup> ve 13 Nisan 1950 tarihinden bu yana AK<sup>3</sup> üyesidir. Türkiye, ayrıca, hem 1963’ten beri AB’nin ortak ülkesidir<sup>4</sup> hem de 1999’dan beri AB’nin aday ülkesidir<sup>5</sup> ve bu bağlamda 2005’ten beri AB ile katılım müzakerelerini

---

1 b kz. ve krş. **United Nations**, Fact Sheet No.19: National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights, United Nations Publications, Geneva 1993, s. 3 vd. Ulusal insan hakları kurumları ile ilgili olarak ayrıca b kz. Abdurrahman **Eren**, *Ulusal İnsan Hakları Kurumları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012; Muharrem **Kılıç**, “İnsan Haklarının Kurumsallaşması: Ulusal İnsan Hakları Kurumları”, *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi*, C. 5, S. 8, 2022, s. 15–60.

2 b kz. “Member States”, <https://www.un.org/en/about-us/member-states#gotoT>, E.T. 19.09.2023.

3 b kz. “Türkiye”, <https://www.coe.int/en/web/portal/turkey>, E.T. 19.09.2023.

4 “Ankara Anlaşması (1964)”, “Katma Protokol (1972)” ve “1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı (1996)”. b kz. “EU Texts”, <https://www.europarl.europa.eu/delegations/en/d-tr/documents/eu-texts>, E.T. 19.09.2023.

5 “Helsinki European Council 10 and 11 December 1999 Presidency Conclusions”, § 12, [https://www.europarl.europa.eu/summits/hel1\\_en.htm](https://www.europarl.europa.eu/summits/hel1_en.htm), E.T. 19.09.2023.

sürdürmektedir.<sup>6</sup> Bu bakımdan AB'ye katılım, diğerlerinin yanı sıra, AB müktesebatının kabulünü –hem mevzuat uyumunu hem de uyumlaştırılan mevzuatın etkili biçimde uygulanmasını– gerektirmektedir.<sup>7</sup> Dolayısıyla, Türkiye, ulusal insan hakları kurumları ile ilgili anılan uluslararası ve ulusüstü hukuktan etkilenmektedir.

Çalışma, bu arka planda, uluslararası ve ulusüstü hukuk bağlamında ulusal insan hakları kurumları ile ilgili gelişmeleri iki döneme ayırarak incelemektedir: (i) 2000'ler öncesindeki dönem ve (ii) 2000'ler sonrasındaki dönem. 2000'ler bir referans noktasıdır, çünkü ulusal insan hakları kurumları, öncesinde küresel yönden asgari standartlar getirilmek suretiyle ve sonrasında bölgesel yönden daha üst standartlar, hatta yeknesaklaşma getirilmek suretiyle ele alınmıştır. Biraz daha açarsak, birinci dönemde, uluslararası düzlemde küresel çapta BM, ulusal insan hakları kurumları ile ilgili gelişmelerin *başlatıcısı* olmuştur ve Ulusal Kurumların Statüsü ile ilgili İlkeleri, nam-ı diğer Paris İlkeleri'ni (1993) benimseyerek *asgari standartları* ortaya koymuştur.<sup>8</sup> İkinci dönemde ise, bu kez uluslararası düzlemde bölgesel çapta AK, “Etkili, Çoğulcu ve Bağımsız Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Geliştirilmesi ve Güçlendirilmesine İlişkin Tavsiye Kararı”nı (2021) benimseyerek<sup>9</sup> ve ulusüstü düzlemde bölgesel çapta AB, eşitlik organları için standartlara dair iki yasama önerisi (COM(2022) 688 final ve COM(2022) 689 final) getirerek<sup>10</sup> Paris İlkeleri'ndeki asgari standartların *üstüne çıkmaya* ve dahası *yeknesaklaşmaya* gitmeye çalışmaktadır.

6 “Turkey Negotiating Framework - October 2005”, [https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/turkey-negotiating-framework-october-2005\\_en](https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/turkey-negotiating-framework-october-2005_en), E.T. 19.09.2023.

7 “Türkiye İçin Müzakere Çerçeve Belgesi ve İlgili Diğer Belgeler”, § 10, [https://www.ab.gov.tr/files/AB\\_Iliskileri/AdaylikSureci/MuzakereCercevesi/Muzakere\\_Cercevesi\\_2005.pdf](https://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/MuzakereCercevesi/Muzakere_Cercevesi_2005.pdf), E.T. 19.09.2023.

8 “Principles relating to the Status of National Institutions (The Paris Principles)”, <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/principles-relating-status-national-institutions-paris>, E.T. 19.09.2023.

9 “Recommendation CM/Rec(2021)1 of the Committee of Ministers to member States on the development and strengthening of effective, pluralist and independent national human rights institutions” (CM/Rec(2021)1), <https://rm.coe.int/0900001680a1f4da>, E.T. 19.09.2023.

10 “COM(2022) 688 final, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on standards for equality bodies in the field of equal treatment and equal opportunities between women and men in matters of employment and occupation, and deleting Article 20 of Directive 2006/54/EC and Article 11 of Directive 2010/41/EU” (COM(2022) 688F), <https://eur-lex.europa.eu/legal->



## I. 2000'LER ÖNCESİNDEKİ DÖNEM

2000'ler öncesindeki dönemde uluslararası küresel düzlemde BM ile bağlantılı iki ana gelişme yaşanmıştır. Birincisi, BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen bazı uluslararası anlaşmalar, *ihtiyari* olarak, ulusal düzeyde insan hakları kurumu oluşumu çağrısında bulunabilmiştir. İkincisi, BM, Ulusal Kurumların Statüsü ile ilgili İlkeleri, nam-ı diğer Paris İlkeleri'ni (1993) benimseyerek ulusal insan hakları kurumlarıyla ilgili *asgari standartları* ortaya koymuştur.<sup>11</sup>

İlk olarak, BM'nin uluslararası anlaşmaları, ulusal insan hakları kurumu kurma çağrısı yapabilmıştır. Örneğin Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, *ihtiyari* olmakla birlikte, ulusal insan hakları kurumu istemine yer vermektedir.<sup>12</sup> Bu Sözleşme, BM Genel Kurulu'nun 2106(XX) sayılı ve 21 Aralık 1965 tarihli İlke Kararı ile benimsenerek imzaya açılmış, 4 Ocak 1969 tarihinde yürürlüğe girmiştir.<sup>13</sup> Sözleşme uyarınca taraf devletler, ana hatlarıyla ırk ayrımcılığını kınayacaktır ve ortadan kaldırmaya yönelik bir politika izleyecektir.<sup>14</sup> Ayrıca, taraf devletler, ana hatlarıyla bu Sözleşme'de yer alan haklarının ihlal edildiği iddiasındaki kişinin veya bir grup kişinin dilekçesini almakta ve değerlendirmekte yetkili bir organ kurabilecek veya belirleyebilecektir.<sup>15</sup>

---

content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0688, E.T. 19.09.2023 ve "COM(2022) 689 final, Proposal for a Council Directive on standards for equality bodies in the field of equal treatment between persons irrespective of their racial or ethnic origin, equal treatment in the field of employment and occupation between persons irrespective of their religion or belief, disability, age or sexual orientation, equal treatment between women and men in matters of social security and in the access to and supply of goods and services, and deleting Article 13 of Directive 2000/43/EC and Article 12 of Directive 2004/113/EC" (COM(2022) 689F), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0689>, E.T. 19.09.2023.

11 "The Paris Principles".

12 Türkiye, bu Sözleşme'yi 1972 yılında imzalamış ve 2002 yılında onaylamıştır.

13 "International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination", <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-elimination-all-forms-racial>, E.T. 19.09.2023.

14 "Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme" m. 2 (1), <http://ua.mfa.gov.tr/detay.aspx?6085>, E.T. 19.09.2023.

15 "Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme" m. 14/2. Konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. Theodor Meron, "The Meaning and Reach of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination", The American Journal of International Law, C. 79, S. 2, 1985, s.

İşbu Sözleşme, uluslararası hukuk bağlamında ulusal insan hakları kurumlarının gelişiminde bir *ilki* oluşturmaktadır. *İlk kez*, bir uluslararası anlaşma, içerdiği haklarla ilgili şikayetleri değerlendirmek üzere taraf devletlere bir organ kurma veya belirleme çağrısında bulunmaktadır. İşbu Sözleşme, öte yandan, tarihler henüz 1965'i gösterdiği, bu bakımdan ulusal insan hakları kurumları henüz yaygınlaşmadığı<sup>16</sup> ve kendisi de bir "ilk" olduğu için olsa gerek, bu çağrıyı zorunlu değil, *ihtiyari* bir şekilde yapmaktadır. Nitekim, Sözleşme ile ilgili deklarasyonlar incelendiğinde, 182 taraf devlet arasından<sup>17</sup> yalnızca Arjantin, Belçika, Lihtenştayn, Lüksemburg, Portekiz, Romanya, Sırbistan, Güney Afrika ve Filistin (9 taraf devlet) bu tür bir organ belirlemiş gözükmektedir.<sup>18</sup> O halde, işbu Sözleşme, uluslararası hukuk bağlamında, ulusal insan hakları kurumlarının tarihsel gelişim sürecinde bir *öncü* rolü oynamıştır ve bir sonraki başlıkta görüleceği üzere, birtakım başka uluslararası anlaşmalar için de *örnek* oluşturmuştur, denilebilir.

İkinci olarak, BM, ulusal insan hakları kurumu konusu ile 1946 yılından bu yana ilgilenmektedir.<sup>19</sup> BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi, 2/9 sayılı ve 21 Haziran 1946 tarihli İlke Kararı ile üye devletleri "kendi ülkelerinde ... yerel insan hakları komiteleri kurma" fikrini değerlendirmeye çağırmıştır.<sup>20</sup> Bundan on dört sene sonra, BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi, 772(XXX) sayılı ve 25 Temmuz 1960 tarihli İlke Kararı ile ana hatlarıyla üye devletleri ulusal insan hakları istişari

---

313–314; Theo **van Boven**, "The Petition System under the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination", Max Planck Yearbook of United Nations Law: Volume IV, Editörler, JA Frowein/R Wolfrum, Kluwer Law International, the Netherlands 2000, s. 273.

16 bkz. ve krş. **United Nations**, s. 3.

17 bkz. "Ratification of 18 International Human Rights Treaties", <https://indicators.ohchr.org/>, E.T. 20.09.2023.

18 "Status of Treaties - International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination", [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-2&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-2&chapter=4&clang=_en), E.T. 19.09.2023. Başka bir ifadeyle, taraf devletlerden diğerleri, bu tür bir organ belirlemişse bile bunu deklarasyon aracılığıyla bildirmemiş gözükmektedir.

19 BM ve ulusal insan hakları kurumları özelinde ayrıca bkz. Sonia **Cardenas**, "Emerging Global Actors: The United Nations and National Human Rights Institutions", Global Governance, C. 9, S. 1, 2003, s. 23–42.

20 bkz. **United Nations**, National Human Rights Institutions: A Handbook on the Establishment and Strengthening of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights, United Nations Publications, Geneva 1995, s. 4.

komiteleri kurmaya veya kuruluysa desteklemeye çağırmıştır.<sup>21</sup> Bundan on sekiz sene sonra, BM İnsan Hakları Komisyonu, 18 – 29 Eylül 1978 tarihinde “İnsan Haklarının Teşvik Edilmesi ve Korunması İçin Ulusal ve Yerel Kurumlar Hakkında Seminer” düzenlemiştir.<sup>22</sup> Bu seminer sonunda benimsenen rehber ilkeler, BM Genel Kurulu tarafından A/RES/33/46 sayılı ve 14 Aralık 1978 tarihli İlke Kararı<sup>23</sup> ile uygun bulunmuştur.<sup>24</sup> BM’nin bir bilgi notuna göre, bu gelişmeleri takiben, 1980’li yıllarda kayda değer sayıda ulusal insan hakları kurumu kurulmuştur.<sup>25</sup>

Bununla birlikte, esas atılım, bundan on beş sene sonra, 1993 yılında BM’nin ulusal insan hakları kurumları ile ilgili asgari standartları belirlediği *Paris İlkeleri* sayesinde olmuştur.<sup>26</sup> BM İnsan Hakları Komisyonu, 1990 yılında mevcut ulusal insan hakları kurumlarını değerlendirmek üzere bir çalıştay çağrısı yapmıştır.<sup>27</sup> Bu çalıştay, diğerlerinin yanı sıra esas olarak insan hakları ile ilgilenen ulusal kurum temsilcilerinin katılımıyla gerçekleştirilmiş olup<sup>28</sup> ulusal insan hakları kurumlarının “rolü, oluşumu, statüsü ve işlevleri” hakkında bir dizi tavsiye ortaya koymuştur.<sup>29</sup> Bu tavsiyeler, BM İnsan Hakları Komisyonu tarafından E/1992/22 sayılı ve 3 Mart 1992 tarihli karar ile<sup>30</sup> ve BM Genel Kurulu tarafından A/RES/48/134 sayılı ve 20 Aralık 1993 tarihli İlke Kararı ile uygun bulunmuştur.<sup>31</sup> Böylelikle tam adıyla Ulusal Kurumların Statüsü ile ilgili İlkeler, kısa adıyla “Paris İlkeleri” benimsenmiştir.<sup>32</sup> Paris

21 “E/RES/772(XXX)”, <https://digitallibrary.un.org/record/213324?ln=en>, E.T. 21.09.2023.

22 bkz. “ST/HR/SER.A/2”, <https://digitallibrary.un.org/record/731550>, E.T. 21.09.2023.

23 “A/RES/33/46”, <https://digitallibrary.un.org/record/187219?ln=en>, E.T. 22.09.2023.

24 **United Nations**, s. 3.

25 **United Nations**, s. 3.

26 Paris İlkeleri ile ilgili olarak ayrıca bkz. Valentin **Aichele**, *National Human Rights Institutions: An Introduction*, Deutsches Institut für Menschenrechte, Berlin 2010, s. 17–26; Gauthier **de Beco**/Rachel **Murray**, *A Commentary on the Paris Principles on National Human Rights Institutions*, Cambridge University Press, Cambridge 2014.

27 bkz. **United Nations**, s. 6.

28 Paris İlkeleri, bu nedenle ulusal insan hakları kurumları tarafından yaratılan normlar olarak görülebilmektedir. Örneğin bkz. Hinako **Takata**, “How are the Paris Principles on NHRIs Interpreted? Towards a Clear, Transparent, and Consistent Interpretative Framework”, *Nordic Journal of Human Rights*, C. 40, S. 2, 2022, s. 290.

29 bkz. **United Nations**, s. 6–7.

30 “E/CN.4/RES/1992/54”, <https://digitallibrary.un.org/record/144712>, E.T. 22.09.2023.

31 “A/RES/48/134”, <https://digitallibrary.un.org/record/180217?ln=en>, E.T. 22.09.2023.

32 “The Paris Principles”, *Competence and responsibilities m. 1.*

İlkeleri, *sistemik* açıdan, “Yetki ve Sorumluluklar”, “Oluşum ve Bağımsızlık ve Çoğulculuk Güvenceleri”, “İşleyiş Yöntemleri” ve “Yargısal Benzeri Yetkiye Sahip Komisyonlara İlişkin Ek İlkeler” başlıklarına ayrılmaktadır.

Paris İlkeleri, “Yetki ve Sorumluluklar” başlığı altında aşağıdaki düzenlemelere yer vermektedir. Birincisi, bir ulusal kurum, insan haklarını teşvik etmek ve korumak yetkisiyle donatılmalıdır.<sup>33</sup> İkincisi, bir ulusal kuruma, oluşumu ve yetki alanı anayasal veya yasal bir metinde açıkça belirlenen, mümkün olduğunca geniş bir görev verilmelidir.<sup>34</sup> Üçüncüsü, bir ulusal kurum, diğerlerinin yanı sıra, danışma nitelikli olmak üzere Hükümete, Parlamento ya veya başka bir yetkili organa talep üzerine veya kendiliğinden insan haklarının teşvik edilmesi veya korunması ile ilgili görüş, tavsiye, öneri veya rapor sunmaktan ve bunları halka duyurabilmekten sorumlu olmalıdır.<sup>35</sup> Dahası, ulusal kurumun yetkileri / rolleri arasında şunlar yer almalıdır: (i) uluslararası insan hukuku ile uyum, (ii) uluslararası örgütlere / organlara sunulacak devlet raporlarına katkı, (iii) uluslararası ve ulusal diğer ilgili kurumlar ile işbirliği, (iv) insan hakları eğitimi ve (v) insan haklarını halka duyurma.<sup>36</sup>

Paris İlkeleri, “Oluşum ve Bağımsızlık ve Çoğulculuk Güvenceleri” başlığı altında aşağıdaki düzenlemelere yer vermektedir. Birincisi, ulusal kurumların oluşumu ve üyelerinin atanması, bir seçim aracılığıyla veya başka bir şekilde de olsa, insan haklarının teşvik edilmesinde ve korunmasında yer alan sosyal güçlerin çoğulcu temsilini sağlayan, gerekli tüm güvencelere yer veren bir prosedüre uygun olarak belirlenmelidir.<sup>37</sup> Bu sosyal güçler şunları içermektedir: (i) insan haklarından sorumlu hükümet dışı organizasyonlar, sendikalar, ilgili sosyal ve mesleki organizasyonlar –örneğin avukatlar, doktorlar, gazeteciler ve bilim adamları–, (ii) felsefi veya dini düşüncedeki trendler, (iii) üniversiteler ve nitelikli uzmanlar, (iv) parlamento ve (v) katılımları halinde, sadece danışma nitelikli katılım sunmak üzere hükümet birimleri.<sup>38</sup> İkincisi, ulusal kurum, etkinliklerinin düzgün işleyişi açısından uygun bir alt

33 “The Paris Principles”, Competence and responsibilities m. 1.

34 “The Paris Principles”, Competence and responsibilities m. 2.

35 “The Paris Principles”, Competence and responsibilities m. 3.

36 “The Paris Principles”, Competence and responsibilities m. 3.

37 “The Paris Principles”, Composition and guarantees of independence and pluralism m. 1.

38 “The Paris Principles”, Composition and guarantees of independence and pluralism m. 1.

yapıya, özellikle yeterli finansmana, sahip olmalıdır.<sup>39</sup> Bu finansmanın amacı, ulusal kurumun hükümetten bağımsız olması ve bağımsızlığını etkileyebilecek finansal kontrole tabi tutulmaması için, kendi personeline ve mekanına sahip olmasını sağlamaktır.<sup>40</sup> Üçüncüsü, ulusal kurumun üyeleri için istikrarlı bir görev sağlamak, böylelikle gerçek bağımsızlık sağlamak amacıyla üye atamaları, görevin spesifik süresini belirleyen, resmi bir işlem ile yapılmalıdır.<sup>41</sup> Öte yandan, kurumun üyeliğinin çoğulculuğu sağlanmak kaydıyla görev süresi yenilenebilir olabilmelidir.<sup>42</sup>

Paris İlkeleri, “İşleyiş Yöntemleri” başlığı altında aşağıdaki düzenlemelere yer vermektedir. Birincisi, ulusal kurumlar, talep üzerine veya kendiliğinden üyelerinden birinin veya bir dilekçe sahibinin önerisi üzerine yetki alanlarına giren herhangi bir soruyu serbestçe değerlendirebilmelidir.<sup>43</sup> İkincisi, ulusal kurumlar, yetki alanlarına giren herhangi bir durumu değerlendirmek için gerekli olan her kişiyi dinleyebilmeli ve her türlü bilgiyi ve belgeyi elde edebilmelidir.<sup>44</sup> Üçüncüsü, ulusal kurumlar, özellikle görüşlerini ve tavsiyelerini kamuya duyurmak için kamu oyuna doğrudan veya basın organları aracılığıyla hitap edebilmelidir.<sup>45</sup> Dördüncüsü, ulusal kurumlar düzenli olarak ve ihtiyaç halinde toplanabilmelidir.<sup>46</sup> Beşincisi, ulusal kurumlar, gerekli olursa üyeleri arasından çalışma grupları ve işlevlerini yerine getirmekte yardımcı olmak için yerel veya bölgesel bölümler kurabilmelidir.<sup>47</sup> Altıncısı, ulusal kurumlar, yargı yetkisi olsun olmasın, özellikle ombudsman, arabulucular ve benzer kurumlar gibi insan haklarının teşvik edilmesinden ve korunmasından sorumlu diğer organlarla danışmayı sürdürebilmelidir.<sup>48</sup> Yedincisi, ulusal kurumlar, insan haklarının teşvik

---

39 “The Paris Principles”, Composition and guarantees of independence and pluralism m. 2.

40 “The Paris Principles”, Composition and guarantees of independence and pluralism m. 2.

41 “The Paris Principles”, Composition and guarantees of independence and pluralism m. 3.

42 “The Paris Principles”, Composition and guarantees of independence and pluralism m. 3.

43 “The Paris Principles”, Methods of operation (a).

44 “The Paris Principles”, Methods of operation (b).

45 “The Paris Principles”, Methods of operation (c).

46 “The Paris Principles”, Methods of operation (d).

47 “The Paris Principles”, Methods of operation (e).

48 “The Paris Principles”, Methods of operation (f).

edilmesine ve korunmasına, ekonomik ve sosyal kalkınmaya, ırkçılıkla mücadeleyle, hassas grupları –çocuk, mülteci vb.– korumaya veya uzmanlaşmış alanlara adanmış hükümet dışı organizasyonlar ile ilişkileri geliştirebilmelidir.<sup>49</sup>

Paris İlkeleri, “Yargısal Benzeri Yetkiye Sahip Komisyonlara İlişkin Ek İlkeler” başlığı altında aşağıdaki düzenlemelere yer vermektedir. Buna göre bir ulusal kurum, bireysel durumlara ilişkin şikayetleri veya dilekçeleri dinlemekle ve değerlendirmekle yetkilendirilebilir.<sup>50</sup> Bu durumda, bireyler, temsilcileri, üçüncü taraflar, hükümet dışı organizasyonlar, sendikalar veya diğer temsil organizasyonları bu ulusal kuruma başvuruda bulunabilir.<sup>51</sup> Bu ihtimalde, ulusal kuruma verilen işlevler aşağıdaki ilkelere dayanabilir:<sup>52</sup> (a) uzlaştırma aracılığıyla veya hukukun öngördüğü sınırlar çerçevesinde bağlayıcı kararlar aracılığıyla ve gerekli olduğunda gizlilik temelinde dostça çözüm aramak, (b) dilekçe veren tarafı, hakları konusunda –özellikle mevcut hukuki çareler hakkında– bilgilendirmek ve bu haklara erişimini teşvik etmek, (c) hukukun öngördüğü sınırlar içinde her türlü şikayeti veya dilekçeyi dinlemek veya diğer bir yetkili makama iletmek, (d) özellikle hukuki düzenlemelerde ve idari pratiklerde değişiklik / reform önermek aracılığıyla yetkili otoritelere tavsiyelerde bulunmak.

Paris İlkeleri, her ne kadar esnek hukuk (*soft law*) şeklinde kurgulansa da uluslararası hukuk bağlamında ulusal insan hakları kurumlarının gelişiminde *merkezi* bir konum tutmaktadır. Başka bir ifadeyle, Paris İlkeleri, uluslararası hukuk bağlamında, ulusal insan hakları kurumlarının tarihsel gelişim sürecinde, üstelik esnek hukuk (*soft law*) olmasına karşın, *dönüştürücü* bir rol oynamaktadır. Paris İlkeleri ile, *ilk kez*, küresel çapta, BM kanalıyla, ulusal insan hakları kurumları ile ilgili *asgari standartlar* net biçimde belirlenmiştir. Bunun sonucunda, 1990’lı yıllardan itibaren, bir taraftan daha çok ulusal insan hakları kurumu kurulmaya başlamış, diğer yandan bu kurumlar Paris İlkeleri ile uyumlu olma arayışına

---

49 “The Paris Principles”, Methods of operation (g).

50 “The Paris Principles”, Additional principles concerning the status of commissions with quasi-judicial competence.

51 “The Paris Principles”, Additional principles concerning the status of commissions with quasi-judicial competence.

52 “The Paris Principles”, Additional principles concerning the status of commissions with quasi-judicial competence.

girmiştir.<sup>53</sup> Bu savı desteklemek üzere, “*Global Alliance of National Human Rights Institutions*” (GANHRI) 29 Kasım 2023 tarihli Akreditasyon Statüsü başlıklı belgesine bakılabilir. Buna göre farklı devletlerden toplam 130 ulusal insan hakları kurumundan 88’i Paris İlkeleri ile tam uyumlu –A statüsü–, 32’si Paris İlkeleri ile kısmen uyumlu –B statüsü– bulunmaktadır.<sup>54</sup> Peki, Paris İlkeleri, bu dönüştürücü role nasıl erişebilmiştir?

Birincisi, BM Paris İlkeleri’ne sahip çıkmayı *aralıksız* sürdürmektedir. Örneğin, BM’nin 2010 tarihli ve “Ulusal İnsan Hakları Kurumları: Tarihçe, İlkeler, Roller ve Sorumluluklar” başlıklı kitabı, ekler kısmına Paris İlkeleri ile başlamakta ve Paris İlkeleri’ne *atıf veren* ilke kararları ile devam etmektedir.<sup>55</sup> Ayrıca, BM Genel Kurulunun güncel ilke kararları arasından A/RES/74/156 sayılı ve 18 Aralık 2019 tarihli İlke Kararı<sup>56</sup> ve A/RES/76/170 sayılı ve 18 Aralık 2021 tarihli İlke Kararı<sup>57</sup>, *Paris İlkeleri ile uyumlu* bağımsız, etkili ve çoğulcu ulusal insan hakları kurumlarının kurulması veya güçlendirilmesi çağrısını içermeye devam etmektedir. Dahası, Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun A/RES/70/1 sayılı ve 25 Eylül 2015 tarihli İlke Kararı ile benimsenen Sürdürülebilir Kalkınma için 2030 Gündemi<sup>58</sup>, 16. Hedef ile ilgili göstergeler arasında “*Paris İlkeleri ile uyumlu bağımsız ulusal insan hakları kurumlarının varlığı*”na yer vermektedir.<sup>59</sup>

53 Bu yönde ayrıca bkz. Katerina **Linos**/Tom **Pegram**, “Architects of Their own Making: National Human Rights Institutions and the United Nations”, *Human Rights Quarterly*, C. 38, S. 4, 2016, s. 1109–1134; Katerina **Linos**/Tom **Pegram**, “What Works in Human Rights Institutions?”, *American Journal of International Law*, C. 111, S. 3, 2017, s. 628–688.

54 “Status Accreditation Chart As Of 29 November 2023”, [https://ganhri.org/wp-content/uploads/2023/11/StatusAccreditationChartNHRIs\\_Nov23.pdf](https://ganhri.org/wp-content/uploads/2023/11/StatusAccreditationChartNHRIs_Nov23.pdf), E.T. 09.01.2024.

55 **United Nations**, *National Human Rights Institutions: History, Principles, Roles and Responsibilities*, United Nations Publications, New York and Geneva 2010.

56 “A/RES/74/156”, <https://digitallibrary.un.org/record/3848627?ln=en>, E.T. 22.09.2023.

57 “A/RES/76/170”, <https://digitallibrary.un.org/record/3954952?ln=en>, E.T. 22.09.2023.

58 Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri ile ilgili genel olarak bkz. Winfried **Huck**, *Sustainable Development Goals: Article-by-Article Commentary*, Bloomsbury Publishing, United Kingdom 2022; Ilias **Bantekas**/Francesco **Seatzu**, Editörler, *The UN Sustainable Development Goals: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford 2023.

59 “SDG 16 Indicators”, <https://www.sdg16hub.org/landing-page/sdg-16-indicators>, E.T. 23.09.2023.

İkincisi, ulusal insan hakları kurumları, özellikle küresel çatı yapısı olarak GANHRI ve ona bağlı akreditasyon mekanizması *aracılığıyla*, Paris İlkeleri'ne sahip çıkmayı *aralıksız* sürdürmektedir. Bir grup ulusal insan hakları kurumu, Paris İlkeleri'nin benimsenmesini takiben 13 Aralık 1993 tarihinde “İnsan Haklarının Teşvik Edilmesi ve Korunması için Ulusal Kurumların Uluslararası Koordinasyon Komitesi”ni kurmuştur.<sup>60</sup> Bu Komite, Mart 2016'da adını “Ulusal İnsan Hakları Kurumları Küresel Ağı” olarak değiştirmiştir.<sup>61</sup> GANHRI, en son 15 Mart 2023 tarihinde güncellenmiş olan bir Statü'ye sahiptir.<sup>62</sup> GANHRI, BM tarafından tanınmakta ve güvenilir bir partner olarak kabul görmektedir. GANHRI, (i) Afrika Ulusal İnsan Hakları Kurumları Ağı, (ii) Amerika Kıtasındaki İnsan Haklarının Teşvik Edilmesi ve Korunması için Ulusal Kurumlar Ağı, (iii) Asya Pasifik Ulusal İnsan Hakları Kurumları Forumu ve (iv) Avrupa Ulusal İnsan Hakları Kurumları Ağı (“ENNHRI”) açısından bir çatı örgüt görevi de görmektedir.<sup>63</sup>

GANHRI, Paris İlkeleri'nin dönüştürücü rolü bakımından, esas olarak *akreditasyon* ve onunla bağlantılı *yorum* işlevi ile öne çıkmaktadır.<sup>64</sup> GANHRI, Akreditasyon Alt Komitesi<sup>65</sup> aracılığıyla Paris İlkeleri ile uyumlu ulusal insan hakları kurumlarını gözden geçirmekten ve akredite etmekten sorumlu tutulmuştur.<sup>66</sup> Bir ön tespit olarak, bu Komite, Paris İlkeleri'ni hem başvuru bazındaki özel notları hem de Genel Gözlemler adı verilen ve en sonuncusu 21 Şubat 2018 tarihli olan genel notlar<sup>67</sup>

---

60 “Who we are”, <https://ganhri.org/history-of-ganhri-and-nhris/>, E.T. 09.01.2024.

61 “Who we are”.

62 “Statute”, [https://ganhri.org/wp-content/uploads/2023/04/GANHRI-Statute-adopted-March2023\\_EN.pdf](https://ganhri.org/wp-content/uploads/2023/04/GANHRI-Statute-adopted-March2023_EN.pdf), E.T. 09.01.2024.

63 “Statute”, m. 31.1.

64 GANHRI ve akreditasyon ile ilgili olarak ayrıca bkz. **Aichele**, s. 12–15; **Takata**, s. 293 vd.

65 GANHRI Akreditasyon Alt Komitesi ile ilgili olarak bkz. David **Langtry**/Kirsten **Roberts Lyer**, “The Operation of the Sub-Committee on Accreditation in Practice”, Editörler, David Langtry/Kirsten Roberts Lyer, National Human Rights Institutions: Rules, Requirements, and Practice, Oxford University Press, Oxford 2021, s. 43 vd; David **Langtry**/Kirsten **Roberts Lyer**, “Looking Forward-the Sub-Committee on Accreditation and National Human Rights Institutions”, Editörler, David Langtry/Kirsten Roberts Lyer, National Human Rights Institutions: Rules, Requirements, and Practice, Oxford University Press, Oxford 2021, s. 335 vd.

66 “Statute”, m. 11.1.

67 “General Observations of the Sub-Committee on Accreditation”, <https://ganhri.org/wp->



aracılığıyla yorumlamakta,<sup>68</sup> böylelikle çağın gereklerine uyarlamaktadır.<sup>69</sup> Bu ön tespiti takiben, bir ulusal insan hakları kurumu, akreditasyon için ilk kez, her beş yılda bir yeniden veya koşullarındaki değişiklik nedeniyle başvuru yapabilir.<sup>70</sup> Akreditasyon Alt Komitesi, başvurucunun sunduğu bilgileri –sivil toplum örgütleri veya BM mekanizmaları tarafından sunulanlar gibi raporları da dikkate alarak– incelemektedir.<sup>71</sup> GANHRI, Akreditasyon Alt Komitesinin raporu ve tavsiyeleri üzerine, başvuruya ilgili nihai kararı almaktadır.<sup>72</sup> Paris İlkeleri ile tam uyum A statüsü ile, kısmen uyum B statüsü ile ve uyumsuzluk C statüsü ile neticelenmektedir.<sup>73</sup>

Peki, akreditasyon ve A statüsü neden önem taşımaktadır?<sup>74</sup> Akreditasyon, ana hatlarıyla, ilgili ulusal insan hakları kurumunun güvenilirliğini kanıtlamaktadır, GANHRI Akreditasyon Alt Komitesinin tavsiyeleri sayesinde işlerini iyileştirmesini ve Paris İlkeleri’ni ulusal bağlamda uygulamasını sağlamaktadır. Ulusal insan hakları kurumu, A statüsü, yani Paris İlkeleri ile tam uyumlu addedilmek sayesinde ise, BM İnsan Hakları Konseyi ve BM antlaşma organlarında konuşma hakkı elde etmekte, Avrupa mekanizmalarında –örneğin Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (“AGİT”)– muhatap olarak kabul görmekte ve ENNHRI ve GANHRI gibi ağlarda oy hakkı ve idari pozisyonlar elde etmektedir. O halde, akreditasyon ile bağlı tüm bu kurgu, BM’nin desteği ile birlikte, kâğıt üstünde esnek hukuk (*soft law*) olan Paris İlkeleri’nin Takata’nın

---

content/uploads/2019/11/EN\_GeneralObservations\_Revisions\_adopted\_21.02.2018\_vf.pdf, E.T. 09.01.2024.

- 68 Paris İlkeleri’nin yorumu ile ilgili olarak ayrıca bkz. **Takata**, s. 285–305. Bundan başka, örneğin, AK, Paris İlkeleri’ni Akreditasyon Alt Komitesi tarafından yorumlandığı haliyle dikkate aldığını belirtmektedir (“CM/Rec(2021)1”).
- 69 Bu yönde örneğin bkz. Meg **Brodie**, “Progressing Norm Socialisation: Why Membership Matters. The Impact of the Accreditation Process of the International Coordinating Committee of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights”, *Nordic Journal of International Law*, C. 80, S. 2, 2011, s. 143–192.
- 70 “Statute”, m. 10 ve 13.2.
- 71 “Rules of Procedure for the GANHRI Sub-Committee on Accreditation”, m. 6 (1) ve 6 (7), [https://ganhri.org/wp-content/uploads/2020/09/EN\\_GANHRI\\_SCA\\_RulesOfProcedure\\_adopted\\_July2020.pdf](https://ganhri.org/wp-content/uploads/2020/09/EN_GANHRI_SCA_RulesOfProcedure_adopted_July2020.pdf), E.T. 10.01.2024.
- 72 “Statute”, m. 11.1.
- 73 bkz. “UN Paris Principles & Accreditation”, <https://ennhri.org/about-nhris/un-paris-principles-and-accreditation/>, E.T. 10.01.2024.
- 74 “UN Paris Principles & Accreditation”.

ifadesiyle “otoriter değerden yararlanması”<sup>75</sup> ile sonuçlanmaktadır. Tüm bunlar, Paris İlkeleri’ni, uluslararası hukuk bağlamında ulusal insan hakları kurumlarının gelişiminde, *asgari standartları* belirlemek bakımından, *merkezi* bir konuma oturtmaktadır.

## II. 2000’LER SONRASINDAKİ DÖNEM

2000’ler sonrasındaki dönemde ana hatlarıyla üç ana gelişme yaşanmıştır. Birincisi, uluslararası küresel düzlemde, BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen bazı uluslararası anlaşmalar, *zorunlu* olarak, ulusal düzeyde insan hakları kurumu oluşumu çağrısında bulunabilmiştir. İkincisi, uluslararası bölgesel düzlemde, AK, “Etkili, Çoğulcu ve Bağımsız Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Geliştirilmesi ve Güçlendirilmesine İlişkin Tavsiye Kararı”nı (2021) benimseyerek<sup>76</sup> Paris İlkeleri’nin asgari standartların *üstüne çıkmaya* çalışmıştır. Üçüncüsü, ulusüstü bölgesel düzlemde, AB, 2000’li yıllarda bazı tasarrufları aracılığıyla, *zorunlu* olarak, ulusal düzeyde insan hakları kurumu oluşumu çağrısında bulunabilmiştir ve dahası eşitlik organları için standartlara dair iki yasama önerisi (2022) getirerek<sup>77</sup> *yeknesaklaşmayı* arttırma çabasına girmiştir.

İlk olarak, uluslararası küresel düzlemde, BM’nin uluslararası anlaşmaları, ulusal insan hakları kurumu çağrısında bulunabilmiştir. İlk örnek olarak, BM İşkenceye veya Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme İhtiyari Protokolü, *zorunlu* olarak, ulusal insan hakları kurumu istemine yer vermektedir.<sup>78</sup> Bu Protokol, BM Genel Kurulu’nun A/RES/57/199 sayılı ve 18 Aralık 2002 tarihli İlke Kararı ile benimsenerek imzaya açılmış, 22 Haziran 2006 tarihinde de yürürlüğe girmiştir.<sup>79</sup> Bu Protokol, kötü muameleyi önlemek amacıyla, özgürlükten yoksun kalınan yerlere bağımsız uluslararası ve ulusal organlar tarafından düzenli ziyaret sistemi kurmayı tasarlamaktadır.<sup>80</sup> Bu yönden taraf devletler, “ulusal önleyici mekanizma”

75 Takata, s. 286.

76 bkz. dn. 9.

77 bkz. dn. 10.

78 Türkiye, bu Sözleşme’yi 2005 yılında imzalamış ve 2011 yılında onaylamıştır (“Ratification of 18 International Human Rights Treaties”).

79 “Optional Protocol to the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment” (OPCAT), <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/optional-protocol-convention-against-torture-and-other-cruel>, E.T. 23.09.2023.

80 “OPCAT”, m. 1.

olarak adlandırıldığı üzere, Paris İlkeleri'ni gereği gibi dikkate alarak<sup>81</sup>, kötü muameleyi önlemek için yerel düzeyde bir veya birden çok ziyaret organı kuracak, belirleyecek veya muhafaza edecektir.<sup>82</sup>

İkinci örnek olarak, BM Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Sözleşme, *zorunlu* olarak, ulusal insan hakları kurumu istemine yer vermektedir.<sup>83</sup> Bu Sözleşme, BM Genel Kurulu'nun 12 Aralık 2006 tarihli ve A/RES/61/106 sayılı İlke Kararı ile benimsenerek imzaya açılmış, 3 Mayıs 2008 tarihinde de yürürlüğe girmiştir.<sup>84</sup> Bu Sözleşme, engelli kişilerin insan haklarından tam ve eşit biçimde yararlanmasını teşvik etmek, korumak ve sağlamak amacını taşımaktadır.<sup>85</sup> Bu yönden taraf devletler, Paris İlkeleri'ni dikkate alarak, bu Sözleşme'nin uygulanmasını teşvik etmek, korumak ve izlemek için bir çerçeveyi bir veya daha fazla bağımsız mekanizmayı muhafaza eder, güçlendirir, belirler veya kurar.<sup>86</sup>

2000'lerdeki bu iki Sözleşme, 1960'lardaki Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme ile karşılaştırılarak ele alınırsa aşağıdaki tespitler yapılabilir. Birincisi, 2000'lerdeki bu iki Sözleşme, ilk kez 1960'lardaki Sözleşme tarafından yapılan, içerdiği düzenlemelere bazı yönlerden etki vermek üzere taraf devletlere bir organ kurma veya belirleme çağrısını *tekrar* etmektedir. Öte yandan, 2000'lerdeki bu iki Sözleşme, 1960'lardaki Sözleşme'den *farklı* olarak, bu çağrıyı ihtiyari değil, *zorunlu* bir şekilde yapmaktadır. Bunun nedeni, en azından belirli bir ölçüde, artık ulusal insan hakları kurumlarının yaygınlaşmış<sup>87</sup> olması olarak görülebilir. İkincisi, 2000'lerdeki bu iki Sözleşme, henüz Paris İlkeleri'nin ortaya konmadığı 1960'lardaki Sözleşme'den *doğal olarak farklı* olarak, kurulacak veya

---

81 "OPCAT", m. 18 (4).

82 "OPCAT", m. 3; 17-23. Konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. Amrei **Müller**/Frauke **Seidensticker**, The Role of National Human Rights Institutions in the United Nations Treaty Body Process, Deutsches Institut für Menschenrechte, Berlin 2007, s. 23–26.

83 Türkiye, bu Sözleşme'yi 2007 yılında imzalamış ve 2009 yılında onaylamıştır ("Ratification of 18 International Human Rights Treaties").

84 "Convention on the Rights of Persons with Disabilities", <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-persons-disabilities>, E.T. 23.09.2023.

85 "Convention on the Rights of Persons with Disabilities", m. 1.

86 "Convention on the Rights of Persons with Disabilities", m. 33 (2). Konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. **Müller/Seidensticker**, s. 27–28; Gauthier **de Beco**, "Article 33(2) of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Another Role for National Human Rights Institutions?", Netherlands Quarterly of Human Rights, C. 29, S. 1, 2011, s. 84–106.

87 bkz. ve krş. **United Nations**, s. 3.

belirlenecek organın Paris İlkeleri'ni dikkate alması gerektiğini, dolayısıyla ulusal insan hakları kurumlarına ilişkin asgari standartlara riayet etmesi gerektiğini belirtmektedir.<sup>88</sup> Bu açıdan, Paris İlkeleri, çapraz atıf almak suretiyle etki de kazanmaktadır. BM İşkenceye veya Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme İhtiyari Protokolü 91 taraf devlete ve BM Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Sözleşme 186 taraf devlete sahiptir.<sup>89</sup> O halde, işbu Sözleşmeler, uluslararası hukuk bağlamında, ulusal insan hakları kurumlarının tarihsel gelişim sürecinde ilgili Sözleşme'nin uygulanmasında bu kurumlara, üstelik Paris İlkeleri'ne çapraz atıf vererek, pay biçmekte bir *başlangıç noktası* olarak görülebilir.

İkinci olarak, uluslararası bölgesel düzlemde, AK<sup>90</sup>, ulusal insan hakları kurumu konusu ile esasen 1980'lerde ilgilenmeye başlamıştır. AK Bakanlar Komitesi, R(85)13 sayılı, 23 Eylül 1985 tarihli ve "Ombudsman Kurumu" başlıklı Tavsiye Kararı ile üye devletlere bir Ombudsman atanması ve insan hakları konularında yetkilendirmesi çağrısında bulunmuştur.<sup>91</sup> AK Bakanlar Komitesi, on iki yıl sonra, R(97)14 sayılı, 30 Eylül 1997 tarihli ve "İnsan Haklarının Teşvik Edilmesi ve Korunması için Bağımsız Ulusal Kurumların Kurulmasına İlişkin Tavsiye Kararı"nı benimsemiştir.<sup>92</sup> Buna göre üye devletler, Paris İlkeleri'ni ve R(85)13 sayılı tavsiye kararını dikkate alarak, özellikle insan hakları komisyonu, ombudsman veya benzer kurumlar şeklinde etkili ulusal insan hakları kurumları kurma olasılığını değerlendirmelidir. O halde, AK, 1990'lı yıllarda, Avrupa açısından, bir yandan ulusal insan hakları kurumlarının kuruluşunu desteklerken diğer yandan Paris İlkeleri'nin, dolayısıyla orada belirlenen asgari standartların, varlığını *yeterli* görüyor olsa gerekir.

AK, 2021 yılına geldiğimizde ise, Avrupa açısından, ulusal insan hakları kurumları ile ilgili Paris İlkeleri'ndeki asgari standartların *üstüne çıkmaya* karar vermiştir. AK Bakanlar Komitesi, R(97)14 sayılı tavsiye

---

88 Bundan başka, BM İşkenceye veya Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme İhtiyari Protokolü, kendi asgari standartlarını da getirebilmiştir. ("OPCAT", m. 17-23.)

89 "Ratification of 18 International Human Rights Treaties".

90 AK ile ilgili olarak ayrıca bkz. Martyn **Bond**, *The Council of Europe: Structure, History and Issues in European Politics*, Routledge, London 2013; Stefanie **Schmahl**/Marten **Breuer**, *The Council of Europe: Its Laws and Policies*, Oxford University Press, Oxford 2017.

91 "Recommendation No. R (85) 13", <https://rm.coe.int/cmrec-85-13-on-the-institution-of-the-ombudsman/1680a43b56>, E.T. 25.09.2023.

92 "Recommendation No. R (97) 14", <https://rm.coe.int/16804fecf5>, E.T. 25.09.2023.

kararının yerine CM/Rec(2021)1 sayılı ve 31 Mart 2021 tarihli “Etkili, Çoğulcu ve Bağımsız Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Geliştirilmesi ve Güçlendirilmesine ilişkin Tavsiye Kararı”nı getirmiştir.<sup>93</sup> CM/Rec(2021)1 sayılı tavsiye kararı, örneğin ENNHRI tarafından “Avrupa’da insan haklarının teşvik edilmesi ve korunmasında ulusal insan hakları kurumlarının merkezi rolü açısından bir *dönüm noktası*” olarak görülmüştür.<sup>94</sup> İşbu tavsiye kararı, sistematik açıdan, Dibace, Tavsiye Kararı, Ek şeklinde ve Ek de kendi içinde “I. Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Kuruluşu”, “II. Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Güçlendirilmesi”, “III. Ulusal İnsan Hakları Kurumları için Güvenli ve İmkan Sunan Çevrenin Güvenceye Alınması ve Genişletilmesi” ve “IV. İşbirliği ve Destek” başlıklarına ayrılmaktadır.

CM/Rec(2021)1 sayılı tavsiye kararı Dibacesinde aşağıdaki tespitlere yer vermektedir.<sup>95</sup> Birincisi, etkili, çoğulcu ve bağımsız ulusal insan hakları kurumlarının insan haklarına, hukukun üstünlüğüne ve demokrasiye saygının *sütunları arasında yer aldığı* vurgulanmıştır. İkincisi, R(97)14 sayılı tavsiye kararından bu yana AK üye devletlerinde *akredite* ulusal insan hakları kurumlarının sayısının *arttığı* belirtilmiştir.<sup>96</sup> Üçüncüsü, ulusal insan hakları kurumlarının geliştirilmesinde, güçlendirilmesinde, korunmasında, tanınmasında ve işbirliğine dahil edilmesinde geniş bir *uluslararası destek* olduğu BM’ye, AK’ye, AGİT’e ve AB’ye atıfla<sup>97</sup> not edilmiştir. Dördüncüsü, ulusal insan hakları kurumlarının Paris İlkeleri’ndeki *asgari standartlara* uygun olarak kurulması ve işlemesi gereği üstünde durulmuştur.

CM/Rec(2021)1 sayılı tavsiye kararı üç ana hususa değinmektedir. Birincisi, üye devletler, Paris İlkeleri’ne uygun olarak bağımsız bir ulusal insan hakları kurumu *kurmak ve kurulduğunda* muhafaza etmek ve

93 bkz. dn. 9.

94 “High Level Meeting”, <https://ennhri.org/online-high-level-meeting-council-of-europe-recommendation-on-the-development-and-strengthening-of-effective-pluralist-and-independent-nhris/>, E.T. 25.09.2023.

95 “CM/Rec(2021)1”.

96 2007 yılında olmakla birlikte konuyla ilgili bir çalışma için bkz. Gauthier **de Beco**, “National Human Rights Institutions in Europe”, Human Rights Law Review, C. 7, S. 2, 2007, s. 331–370.

97 Bu yönden, anılan (AGİT hariç) bu kurumlar ile ulusal insan hakları kurumlarının gücü arasındaki ilişki ile ilgili bir çalışma için bkz. Corina **Lacatus**, “Explaining Institutional Strength: The Case of National Human Rights Institutions in Europe and its Neighbourhood”, Journal of European Public Policy, C. 26, S. 11, 2019, s. 1657–1677.

güçlendirmek için gerekli tüm önlemleri almalıdır.<sup>98</sup> Üye devletler, ulusal insan hakları kurumlarının etkinliklerini etkili biçimde yürütebilmesi için imkan sağlayıcı bir yasal çerçevenin yanı sıra kurumsal ve kamusal çevre sağlamalıdır.<sup>99</sup> Üye devletler, bu tavsiye kararının Ekindeki ilkelerin – GANHRI Akreditasyon Alt Komitesinin spesifik tavsiyeleri ve Genel Gözlemleri ile uyumlu biçimde yorumlayarak– yerel hukukta ve uygulamada uygulanmasını sağlamalıdır.<sup>100</sup> İkincisi, üye devletler, bu ilkeleri uygulamak için çıkarılan önlemlerin etkililiğini düzenli olarak değerlendirmelidir ve bu tavsiye kararının uygulanmasını da Bakanlar Komitesi nezdinde en geç beş yıl içinde incelemelidir.<sup>101</sup> Üçüncüsü, üye devletler, ulusal insan hakları kurumlarının AK’de daha güçlü bir role ve anlamlı bir katılıma ulaşmasının yollarını aramalıdır.<sup>102</sup>

CM/Rec(2021)1 sayılı tavsiye kararının Eki “I. Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Kuruluşu” başlığı altında aşağıdaki düzenlemelere yer vermektedir. Birincisi, üye devletler, Paris İlkeleri ile *tam uyumlu – akredite*– ulusal insan hakları kurumunu sağlamalıdır.<sup>103</sup> Öte yandan, üye devletler; kendi organizasyonu, özellikleri ve ihtiyaçları ışığında ulusal insan hakları kurumunun modelini seçebilir.<sup>104</sup> Ayrıca, ulusal insan hakları kurumu herkes için doğrudan ve kolayca erişilebilir olmalıdır.<sup>105</sup> İkincisi, üye devletler, ulusal insan hakları kurumu için sağlam bir hukuki temel –anayasa veya kanun– sunmalıdır, ki burada görevler ve işlevler, bağımsızlık garantileri ve etkili işlemek için gerekli araçlar öngörülmelidir.<sup>106</sup>

CM/Rec(2021)1 sayılı tavsiye kararının Eki “II. Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Güçlendirilmesi” başlığı altında aşağıdaki düzenlemelere yer vermektedir. Birincisi, üye devletler, insan haklarını korumak ve teşvik etmek için ulusal insan hakları kurumuna verilen görevin mümkün olduğu kadar geniş olmasını sağlamalıdır.<sup>107</sup> Bunlar arasında; (i) ülkedeki insan hakları durumunu izlemek ve analiz etmek, (ii) insan hakları ihlal

---

98 “CM/Rec(2021)1”, m. 1.

99 “CM/Rec(2021)1”, m. 2.

100 “CM/Rec(2021)1”, m. 3 ve 4.

101 “CM/Rec(2021)1”, m. 5 ve 8.

102 “CM/Rec(2021)1”, m. 6.

103 “CM/Rec(2021)1”, Ek m. 1.

104 “CM/Rec(2021)1”, Ek m. 1.

105 “CM/Rec(2021)1”, Ek m. 1.

106 “CM/Rec(2021)1”, Ek m. 2.

107 “CM/Rec(2021)1”, Ek m. 3.

iddiaları ile ilgilenmek, (iii) alakalı her türlü tesise veya kişiye erişim imkanına sahip olmak, (iv) insan hakları üstünde etki doğurabilecek mevcut veya taslak politikaları ve mevzuatı izlemek, (v) herkes için etkili adalet sistemine katkı sunmak ve (vi) insan hakları ile ilgili uluslararası anlaşmalara katılımı desteklemek ve bu anlaşmaların etkili uygulanmasına katkı sunmak yer almaktadır.<sup>108</sup> İkincisi, ulusal insan hakları kurumu başkanlığı seçim ve atama süreci ve görevden alınma süreci, bağımsızlık ve çoğulculuk ışığında kurgulanan kurallar temelinde gerçekleşmelidir.<sup>109</sup> Üçüncüsü, ulusal insan hakları kurumu; uygun, yeterli ve sürdürülebilir kaynaklara sahip olmalıdır.<sup>110</sup> Dördüncüsü, bu kurumlar, bilgiye ve politika yapıcılar ile yasa koyuculara uygun biçimde erişebilmelidir.<sup>111</sup> Beşincisi, üye devletler, ulusal insan hakları kurumunun tavsiyelerini uygulamalıdır.<sup>112</sup>

CM/Rec(2021)1 sayılı tavsiye kararının Eki “III. Ulusal İnsan Hakları Kurumları için Güvenli ve İmkan Sunan Çevrenin Güvenceye Alınması ve Genişletilmesi” başlığı altında aşağıdaki düzenlemelere yer vermektedir. Birincisi, üye devletler, ulusal insan hakları kurumunun bağımsız işleyebilmesini sağlamalıdır.<sup>113</sup> İkincisi, üye devletler, ulusal insan hakları kurumu ile ilgili farkındalık ve alakalı tüm kamu kurumlarının işbirliğini geliştirmelidir.<sup>114</sup> Üçüncüsü, üye devletler, ulusal insan hakları kurumunu korumak ve teşvik etmek için gerekli tüm önlemleri almalıdır.<sup>115</sup> Dördüncüsü, ulusal insan hakları kurumunun topladığı gizli bilgiler gizli kalmalıdır.<sup>116</sup>

CM/Rec(2021)1 sayılı tavsiye kararının Eki “IV. İşbirliği ve Destek” başlığı altında aşağıdaki düzenlemelere yer vermektedir. Birincisi, üye devletler, ulusal insan hakları kurumunun aşağıdakilerle iletişimini ve işbirliğini sağlayacak etkili önlemleri almalıdır: (i) o devletteki idare, (ii) muadil kurumlar, (iii) sivil toplum paydaşları, (iv) diğer insan hakları yapıları ve (v) uluslararası veya bölgesel örgütler.<sup>117</sup> İkincisi, üye

---

108 “CM/Rec(2021)1”, Ek m. 3.

109 “CM/Rec(2021)1”, Ek m. 4-5.

110 “CM/Rec(2021)1”, Ek m. 6-7 (ve bkz. m. 10).

111 “CM/Rec(2021)1”, Ek m. 8.

112 “CM/Rec(2021)1”, Ek m. 9.

113 “CM/Rec(2021)1”, Ek m. 11.

114 “CM/Rec(2021)1”, Ek m. 12.

115 “CM/Rec(2021)1”, Ek m. 13.

116 “CM/Rec(2021)1”, Ek m. 14.

117 “CM/Rec(2021)1”, Ek m. 15.

devletler, AK ile işbirliği programları geliştirmeye sponsor olmayı değerlendirmelidir.<sup>118</sup> Üçüncüsü, üye devletler, ulusal insan hakları kurumu ile AK arasındaki ilişkiyi –rolü ve katılımı– güçlendirmeye çaba göstermelidir.<sup>119</sup>

Uluslararası hukukta bölgesel çapta AK'nin CM/Rec(2021)1 sayılı tavsiye kararı, küresel çapta BM'nin Paris İlkeleri (1993) ile karşılaştırılırsa oradaki asgari standartlarının *üstüne çıktığı* belirtilebilir. Tavsiye kararının çıkış noktası, Paris İlkeleri ile *tam uyumlu –akredite–* ulusal insan hakları kurumunu sağlamak olarak belirtildikten sonra, ana hatlarıyla üye devletler Paris İlkeleri'ndeki asgari standartlara ek olarak; (i) insan haklarını korumak ve teşvik etmek görevinin mümkün olduğu kadar geniş olmasını –insan hakları ihlal iddiaları ile ilgilenmek dahil– sağlamalıdır, (ii) ilgili kurumun bilgiye ve politika yapıcılar ile yasa koyuculara uygun erişimini sağlamalıdır, (iii) ilgili kurumun tavsiyelerini uygulamalıdır, (iv) ilgili kurum ile ilgili farkındalık ve alakalı tüm kamu kurumlarının işbirliğini geliştirmelidir.

Tıpkı Paris İlkeleri gibi esnek hukuk (*soft law*) şeklinde kurgulanan CM/Rec(2021)1 sayılı tavsiye kararı Avrupa açısından<sup>120</sup>, ENNHRI'nin ifade ettiği gibi, bir “dönüm noktası” olabilecek midir? CM/Rec(2021)1 sayılı tavsiye kararı Paris İlkeleri ile ilgili süreçleri örnek almaya çalışıyor gözükmektedir. Bir yandan, AK, CM/Rec(2021)1 sayılı tavsiye kararına sahip çıkmasını sağlayacak mekanizmalar yaratmaya çalışmaktadır.<sup>121</sup> Bu yönden, AK, üyesi devletlerden bu tavsiye kararındaki ilkeleri uygulamak için alınan önlemlerin etkililiğini düzenli olarak değerlendirmesini istemiştir. AK, ayrıca, Bakanlar Komitesinden bu tavsiye kararının uygulanmasını en geç beş yıl içinde incelemesini istemiştir. Buna ek olarak, AK, üyesi devletlerden ulusal insan hakları kurumlarının AK'de daha güçlü bir role ve anlamlı bir katılıma ulaşmasının yollarını aramasını da talep etmiştir. Diğer yandan, ulusal insan hakları kurumları, özellikle bölgesel çatı yapısı olarak ENNHRI *aracılığıyla*, bu tavsiye kararına sahip

---

118 “CM/Rec(2021)1”, Ek m. 16.

119 “CM/Rec(2021)1”, Ek m. 17.

120 Bu yönden, Avrupa çapında ulusal insan hakları kurumları ile ilgili görece eski tarihlî bir çalışma için bkz. Gauthier **de Beco**, “Networks of European National Human Rights Institutions”, *European Law Journal*, C. 14, S. 6, 2008, s. 860–877.

121 Bu yönden bkz. “CM/Rec(2021)1”, m. 5 ve 8.



çıkarmaya çalışmaktadır.<sup>122</sup> Örneğin, bu Ağ, CM/Rec(2021)1 sayılı tavsiye kararını takiben hemen bir üst düzey katılımlı toplantı gerçekleştirmiştir.<sup>123</sup> Yine, bu Ağ, AK Bakanlar Komitesinin 1444 sayılı ve 28 Eylül 2022 tarihli toplantı tutanaklarına göre, CM/Rec(2021)1 sayılı tavsiye kararının uygulanması hakkında bir temel değerlendirme çalışması hazırlığında da bulunmaktadır.<sup>124</sup>

Avrupa çapında, AK nezdindeki tüm bu kurgunun ulusal insan hakları kurumlarının gelişimindeki başarısını ise zaman gösterecektir. Başka bir ifadeyle, tüm bu kurgunun CM/Rec(2021)1 sayılı tavsiye kararına Paris İlkeleri'ne benzer bir "otoriter değer"<sup>125</sup> kazandırıp kazandırmayacağını ve bu tavsiye kararının uluslararası hukuk bağlamında, Avrupa çapında, ulusal insan hakları kurumlarının gelişiminde asgari standartları *yukarı çekmekte* ne ölçüde başarılı olacağı zamanla anlaşılabilir. Öte taraftan, genel olarak, AK'nin *tavsiyeleri kararlarının* "ulusal yasa koyucular ve idari makamlar için önemli bir referans kaynağı oluşturduğu [ve] genellikle hukuken bağlayıcı anlaşmalara öncülük ettiği"<sup>126</sup> akılda tutulmalıdır.

Üçüncü olarak, ulusüstü bölgesel düzlemde, AB<sup>127</sup>, 2000'li yıllarda bazı tasarrufları aracılığıyla, *zorunlu* olarak, ulusal düzeyde insan hakları kurumu oluşumu çağrısında bulunabilmiştir. AB, BM ve AK'den *farklı*

---

122 Bu yönden, ENNHRI ile ilgili görece yeni tarihli bir çalışma için bkz. Corina **Lacatus**, "Regulatory Networks and Regional Human Rights Governance: A Study of the European Network of National Human Rights Institutions", *International Relations*, C. 36, S. 2, 2022, s. 192–213.

123 "High Level Meeting".

124 "1444th meeting, 28 September 2022", [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=0900001680a7b71b](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680a7b71b), E.T. 26.09.2023.

125 Krş. **Takata**, s. 286.

126 Jörg **Polakiewicz**, "Council of Europe (COE)", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL]*, Editörler, Anne Peters/Rüdiger Wolfrum, Oxford University Press, Oxford 2019, § 12.

127 AB ve ulusal insan hakları kurumları özelinde ayrıca bkz. **European Union Agency for Fundamental Rights**, *Handbook on the Establishment and Accreditation of National Human Rights Institutions in the European Union*, Publications Office of the European Union, Luxembourg 2012; Jan **Wouters/Katrien Meuwissen/Ana Sofia Barros**, "The European Union and National Human Rights Institutions", *National Human Rights Institutions in Europe: Comparative, European and International Perspectives*, Editörler, Jan Wouters/Katrien Meuwissen, Intersentia, Cambridge 2013, s. 187–221; **European Union Agency for Fundamental Rights**, *Strong and Effective National Human Rights Institutions – Challenges, Promising Practices and Opportunities*, Publications Office of the European Union, Luxembourg 2020.

olarak, uluslararası değil ulusüstü bir yapıdır. AB, kurucu antlaşmalar ile kendisine verilen yetkilerin sınırları dahilinde<sup>128</sup> üyesi devletleri bağlayıcı tasarruf kabul edebilmektedir.<sup>129</sup> AB, kurulduğu günden bu yana ana hatlarıyla kadın erkek eşitliği ile ilgili olarak<sup>130</sup> ve 1999 yılından bu yana cinsiyet, ırk ve etnik köken, dini inanç veya kanaat, engellilik, yaş veya cinsel tercih temelinde yapılan ayrımcılıkla mücadele amacıyla<sup>131</sup> tasarruf kabul etmekte yetkilendirilmiştir.<sup>132</sup> İşte AB, bu yetkileri temelinde ana hatlarıyla eşit muamele ilkesi ile ilgili aşağıdaki dört tasarrufunda ulusal düzeyde insan hakları kurumu oluşumunu istemiştir:<sup>133</sup> (i) 2000/43 sayılı

- 
- 128 “Avrupa Birliği Antlaşması” m. 5 (2) (Metin için bkz. **T.C. Başbakanlık Avrupa Birliği Genel Sekreterliği**, “Avrupa Birliği Antlaşması”, Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma, Ofset Fotomat, Ankara 2011, s. 4).
- 129 “Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma” m. 288-291 (Metin için bkz. **T.C. Başbakanlık Avrupa Birliği Genel Sekreterliği**, “Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma”, Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma, Ofset Fotomat, Ankara 2011, s. 116-117).
- 130 “Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması” m. 119 (Metin için bkz. **T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı Avrupa Topluluğu ile İlişkiler Genel Müdürlüğü**, Avrupa Topluluklarını Kuran Temel Antlaşmalar (AKÇT, AET, AAET): Cilt I, 1993, s. 186).
- 131 “Consolidated Version of the Treaty Establishing the European Community” m. 13, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:11997E/TXT>, E.T. 26.09.2023.
- 132 AB ve ayrımcılıkla mücadelenin tarihsel gelişimi ile ilgili olarak ayrıca bkz. Susanne **Burri**, “Eu Anti-Discrimination Law: Historical Development and Main Concepts”. Taking Employment Discrimination Seriously: Chinese and European Perspectives, Editörler, Yuwen Li/Jenny Goldschmidt, Brill Nijhoff, the Netherlands 2009, s. 209–238; Mark **Bell**, “EU Anti-Discrimination Law: Navigating Sameness and Difference”, The Evolution of EU Law, Editörler, Paul Craig/Gráinne de Búrca, Oxford University Press, Oxford 2021, s. 651–677.
- 133 Görüleceği üzere, tüm bu tasarruflar “direktif” türündedir. Direktif, kurucu antlaşma tarafından, “muhatap alınan her üye devleti, ulaşılması gerekli sonuçları itibarıyla bağlar, şekil ve yöntem seçimini ise ulusal otoritelere bırakır”, şeklinde tanımlanmıştır (“Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma”, m. 288, s. 116). Direktifler ile ilgili genel olarak bkz. Sacha **Prechal**, Directives in EC Law, 2d ed, Oxford University Press, Oxford 2006; İlke **Göçmen**, Avrupa Birliği Hukukunda Direktiflerin Bireyler Arasındaki İlişkilere Etkileri, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2008. Genel olarak AB ayrımcılıkla mücadele hukuku ile ilgili olarak ayrıca bkz. Evelyn **Ellis/Philippa Watson**, EU Anti-Discrimination Law, 2d ed, Oxford University Press, Oxford 2015; **European Union Agency for Fundamental Rights/Council of Europe**, Handbook on European Non-Discrimination Law, Publications Office of the European Union, Luxembourg 2018.

Direktif – Irk ve Etnik Köken Direktifi<sup>134</sup>, (ii) 2004/113 sayılı Direktif – Kadın Erkek Eşitliği / Mal ve Hizmetler Direktifi<sup>135</sup>, (iii) 2006/54 sayılı Direktif – İstihdam ve Meslek Konularında Kadın Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına Dair Direktif (Değiştirilmiş)<sup>136</sup> ve (iv) 2010/41 sayılı Direktif – Kadın ve Erkek Eşit Muamele İlkesinin Kendi Hesabına Çalışanlar Bakımından Uygulanmasına Dair Direktif<sup>137</sup>.

Bu düzenlemeler benzer nitelikli olduğundan, 2000/43 sayılı Direktif bir örnek olarak aktarılabilir. Buna göre üye devletler, ırk veya etnik köken temelinde ayrımcılık yapılmaksızın herkese eşit muamelelerin teşvik edilmesi için bir organ veya organlar belirler.<sup>138</sup> Üye devletler, bu organların yetkilerinin aşağıdakileri içermesini sağlar: (i) ayrımcılık mağdurlarının ayrımcılıkla ilgili şikayetlerini takip etmesinde bağımsız destek sunmak, (ii) ayrımcılıkla ilgili bağımsız araştırmalar yapmak, (iii) bu tür ayrımcılıkla ilgili herhangi bir hususta bağımsız raporlar yayınlamak ve tavsiyelerde bulunmak.<sup>139</sup> İşbu Direktifler gereği kurulacak organ veya organlar ise, örneğin Avrupa Komisyonuna göre, “eşitlik organı” olarak anılmaktadır.<sup>140</sup>

---

134 “Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin” (2000/43/EC), m. 13, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32000L0043>, E.T. 26.09.2023.

135 “Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services” (2004/113/EC), m. 12, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32004L0113>, E.T. 27.09.2023.

136 “Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast)” (2006/54/EC), m. 20, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32006L0054>, E.T. 27.09.2023.

137 “Directive 2010/41/EU of the European Parliament and of the Council of 7 July 2010 on the application of the principle of equal treatment between men and women engaged in an activity in a self-employed capacity and repealing Council Directive 86/613/EEC” (2010/41/EU), m. 11, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32010L0041>, E.T. 27.09.2023.

138 “2000/43/EC”, m. 13 (1).

139 “2000/43/EC”, m. 13 (2).

140 “Commission Recommendation (EU) 2018/951 of 22 June 2018 on Standards for Equality Bodies” (2018/951), Dibase (11), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32018H0951>, E.T. 27.09.2023. Konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. Bruno **de Witte**, “National Equality Institutions and the Domestication of EU Non-Discrimination Law”, Maastricht Journal of European and

İşte bu arka planda, ulusüstü bölgesel düzlemde, AB, 2010’lu yılların sonuna doğru, eşitlik organları için standartlar oluşturma, bu yönden *yeknesaklaşmayı* arttırma çabasına da girmiştir.<sup>141</sup> Öncelikle, Avrupa Komisyonu, bu eşitlik organları ile ilgili olarak 22 Haziran 2018 tarihinde bağlayıcı olmayan bir Tavsiye benimsemiştir.<sup>142</sup> Avrupa Komisyonuna göre üye devletler eşitlik organlarının yapısı ve işleyişi ile ilgili geniş bir takdir yetkisinden yararlanmakta olsa da, bu noktadaki esaslı farklılıklar bazen ilgililer açısından tatmin edici bir korumanın önüne geçebilmektedir.<sup>143</sup> Bu nedenle, Komisyon, eşitlik organlarının AB çapında düzgün ve eşit biçimde işlemesini sağlamaya yardımcı olmak için eşitlik organlarının standartları hakkında tavsiyeler getirmektedir.<sup>144</sup> Ana hatlarıyla, bu Tavsiye, eşitlik organları işlevlerini etkili biçimde sürdürebilsin diye, eşitlik organlarının görev tanımı, bağımsızlığı, etkililiği, erişilebilirliği ve koordinasyonu ile ilgili standartlar getirmektedir.<sup>145</sup> Avrupa Komisyonu, halihazırda, konuyla ilgili iki yasama önerisi getirdiği için bu Tavsiyenin detayına girilmeyecektir.

Avrupa Komisyonu, eşitlik organları için standartlara dair COM(2022) 688 final ve COM(2022) 689 final sayılı iki yasama önerisi sunmuştur. COM(2022) 688 final, 2006/54 sayılı Direktif<sup>146</sup> ile 2010/41 sayılı Direktif’in<sup>147</sup> ve COM(2022) 689 final, 2000/43 sayılı Direktif<sup>148</sup> ile 2004/113 sayılı Direktif’in<sup>149</sup> eşitlik organı ile ilgili kurallarının yerine güçlendirilmiş ve daha detaylı kurallar getirmek üzere, içerik itibarıyla birbirlerine paralel biçimde, kurgulanmıştır.<sup>150</sup> Avrupa Komisyonu, bu önerilere *gerekçe* olarak, 22 Haziran 2018 tarihli bağlayıcı olmayan

---

Comparative Law, C. 18, S. 1–2, 2011, s. 157–178; Bruno **de Witte**, “New Institutions for Promoting Equality in Europe: Legal Transfers, National Bricolage and European Governance”, The American Journal of Comparative Law, C. 60, S. 1, 2012, s. 49–74.

141 Bu yönde konuyla ilgili olarak örneğin bkz. Sara Benedi **Lahuerta**, “Equality Bodies: Advancing towards more Responsive Designs?”, International Journal of Law in Context, C. 17, S. 3, 2021, s. 390–412.

142 bkz. “Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma”, m. 288, s. 116.

143 “2018/951”, Dibace (18).

144 “2018/951”, Dibace (25).

145 “2018/951”, Dibace (29).

146 “2006/54/EC”, m. 20.

147 “2010/41/EU”, m. 11.

148 “2000/43/EC”, m. 13.

149 “2004/113/EC”, m. 12.

150 “COM(2022) 688F”, s. 4; “COM(2022) 689F”, s. 1.

Tavsiye'nin ilgilenmeye çalıştığı sorunların çoğu bakımından hala çözüm olamadığı, başka bir ifadeyle yetersiz kaldığını belirtmiştir.<sup>151</sup> Dolayısıyla bu öneriler, eşitlik organları için *bağlayıcı standartlar* getirmeyi amaçlamaktadır.<sup>152</sup> Bu öneriler, işbu çalışmanın tamamlandığı an itibariyle yasama sürecinde görüşülmeye devam etmektedir. Başka bir deyişle, bu öneriler, henüz yürürlüğe girmemiş olup AB yasa koyucuları olarak duruma göre Konsey veya Avrupa Parlamentosu tarafından içerik itibariyle değişikliğe uğrayabilecektir.<sup>153</sup>

COM(2022) 688 final ve COM(2022) 689 final sayılı yasama önerilerinde öne çıkan hususlar şöyle belirtilebilir. Birincisi, bu öneriler, eşitlik organlarının etkililiğini iyileştirmek ve bağımsızlığını güvenceye almak için *asgari gereklilikleri* getirmektedir.<sup>154</sup> İkincisi, üye devletler, eşitlik organlarının özellikle hukuki yapı, hesap verebilirlik, bütçe, personel ve örgütsel konular bakımından, görevlerini yerine getirirken ve yetkilerini kullanırken *bağımsız* olmasını sağlar.<sup>155</sup> Üçüncüsü, üye devletler, eşitlik organlarının gerekli *kaynağa*, bu yönden insan kaynağı ile teknik ve finansal kaynağa, sahip olmasını sağlar.<sup>156</sup> Dördüncüsü, üye devletler, eşitlik organlarının *görev tanımında* mağdurlara yardım sunabilmesini, bu bakımdan ayrımcılık şikayeti alabilmesini ve dostça çözüm önerebilmesini, dahası şikayet üzerine veya kendiliğinden etkili araçlarla soruşturma yapabilmesini ve bunu bir görüş veya bağlayıcı karar ile tamamlayabilmesini sağlar.<sup>157</sup> Beşincisi, üye devletler, eşitlik organlarının örneğin mağdur adına *dava açmak* gibi mahkeme nezdinde işlem yapma hakkını tanır.<sup>158</sup> Altıncısı, üye devletler, eşitlik organlarının şikayetçiler açısından *erişilebilir* ve *ücretsiz* hizmet sunmasını sağlar.<sup>159</sup> Yedincisi, üye devletler, eşitlik organlarının diğer üye devletlerdeki eşitlik organları ve alakalı diğer kamu veya sivil toplum örgütleri dahil özel birimlerle *işbirliği* yapabilmesini sağlar.<sup>160</sup> Sekizincisi, üye devletler,

---

151 “COM(2022) 688F”, s. 3; “COM(2022) 689F”, s. 2-3.

152 “COM(2022) 688F”, s. 1; “COM(2022) 689F”, s. 1.

153 “Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma”, m. 289, s. 116.

154 “COM(2022) 688F”, m. 1 ve “COM(2022) 689F”, m. 1.

155 “COM(2022) 688F”, m. 3 (1) ve “COM(2022) 689F”, m. 3 (1).

156 “COM(2022) 688F”, m. 4 (1) ve “COM(2022) 689F”, m. 4 (1).

157 “COM(2022) 688F”, m. 6-8 ve “COM(2022) 689F”, m. 6-8.

158 “COM(2022) 688F”, m. 9 ve “COM(2022) 689F”, m. 9.

159 “COM(2022) 688F”, m. 11 ve “COM(2022) 689F”, m. 11.

160 “COM(2022) 688F”, m. 12 ve “COM(2022) 689F”, m. 12.

mevzuat, politika, prosedür gibi konularda eşitlik organlarına vakitlice danışılabilmesini sağlar.<sup>161</sup>

Ulusüstü hukukta bölgesel çapta AB'nin eşitlik direktifleri, BM'nin 2000'lerdeki iki Sözleşmesi ile karşılaştırılarak ele alınırsa aşağıdaki tespitler yapılabilir. Bir taraftan, AB'nin eşitlik direktifleri, *tıpkı* BM'nin 2000'lerdeki iki Sözleşmesi –BM İşkenceye veya Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme İhtiyari Protokolü ve BM Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Sözleşme– gibi, içerdiği düzenlemelere bazı yönlerden etki vermek üzere üye devletlere, *zorunlu* olarak, bir organ kurma veya belirleme çağrısını içermektedir. Diğer yandan, AB'nin eşitlik direktifleri, BM'nin 2000'lerdeki iki Sözleşmesi'nden *farklı* olarak, kurulacak veya belirlenecek organın Paris İlkeleri'ni dikkate alması gerektiğini, dolayısıyla ulusal insan hakları kurumlarına ilişkin asgari standartlara riayet etmesi gerektiğini belirtmemektedir. Buna karşın, AB üyesi devletlerin, tümünün BM ve AK üyesi olduğu dikkate alınırsa, AB tasarrufları Paris İlkeleri'ne veya tarih itibariyle doğal olarak AK'nin CM/Rec(2021)1 sayılı Tavsiyesi'ne açıkça atıf vermese bile, bu İlkeleri ve Tavsiye'yi *örtülü olarak* dikkate alması beklenmektedir. Sonuç olarak, AB'nin eşitlik direktifleri, ulusüstü hukuk bağlamında, ulusal insan hakları kurumlarının tarihsel gelişim sürecinde, AB çapında, ilgili tasarrufun uygulanmasında bu kurumlara rol vermekte bir *başlangıç noktası* olarak görülebilir.

Ulusüstü hukukta bölgesel çapta AB'nin eşitlik organları ile ilgili önerilerinin, BM'nin Paris İlkeleri (1993) ve AK'nin CM/Rec(2021)1 sayılı Tavsiye Kararı ile karşılaştırılırsa, oralardaki asgari standartların *üstüne çıkabildiği* görülmektedir. Bir ön tespit olarak, AB'nin önerileri, Dibace kısmında eşitlik organları standartlarının diğerlerinin yanı sıra Paris İlkeleri'nden yararlanması gerektiğini belirtmekle birlikte, AK'nin CM/Rec(2021)1 sayılı Tavsiyesi Kararı'na yer vermemektedir.<sup>162</sup> Bu ön tespiti takiben, öneriler, eşitlik organları ile ilgili olarak ana hatlarıyla bağımsızlık, gerekli kaynağa sahip olmak, şikayet değerlendirmek ve dava açabilmek dahil geniş yetkilerle donatılmak, erişilebilir ve ücretsiz hizmet sunmak, ilgili birimlerle işbirliği yapmak ve kendisine danışılmak gibi konuları ön plana çıkararak, yer yer, BM'nin Paris İlkeleri'ndeki ve AK'nin Tavsiye Kararı'ndaki asgari standartların *üstüne* çıkabilmektedir.

161 “COM(2022) 688F”, m. 13 ve “COM(2022) 689F”, m. 13.

162 “COM(2022) 688F”, Dibace (10) ve “COM(2022) 689F”, Dibace (13).

Bununla birlikte, ulusüstü hukukta bölgesel çapta AB'nin önerileri, esas katma değerini getirdiği asgari standartlarda *yeknesaklaşma* sağlamak suretiyle gösterecektir. AB'nin önerileri, esnek hukuk (*soft law*) şeklinde kurgulanan BM'nin Paris İlkeleri (1993) ve AK'nin CM/Rec(2021)1 sayılı Tavsiye Kararı'ndan *farklı* olarak, yasalaştığında AB yasama tasarrufu olarak bağlayıcı etkiye sahip olacaktır.<sup>163</sup> Dahası, AB önerileri, her ne kadar yalnızca eşitlik organlarını hedef alsada da, genel olarak ulusal insan hakları kurumları için sonuç doğuracaktır. Bu yönden, genel olarak bakıldığında, tüm üye devletler açısından, “son 10 yıldır çeşitli alanlarda farklı sorumluluklar icra etmek için mevcut kurumları tek bir organda birleştirmek yönünde bir eğilim” bulunmaktadır.<sup>164</sup> Başka bir ifadeyle AB üyesi devletler; insan hakları, eşitlik ve ombudsmanlık kurumlarını birleştirmeye başlamıştır. Dolayısıyla, AB üyesi devletler, AB'nin önerilerinin yasalaştığı haldeki asgari standartları iç hukuklarına aktarırken, otomatik olarak, tüm veya diğer ulusal insan hakları kurumlarını bu standartlara getirebilecektir. O halde, AB'nin önerileri yasalaşırsa ulusüstü hukuk bağlamında, AB çapında, ulusal insan hakları kurumlarının gelişiminde *yeknesaklaşmaya* giden yolu açacaktır.

---

163 bkz. “Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma”, m. 288, s. 116.

164 **European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination**, A Comparative Analysis of Non-Discrimination Law in Europe 2021, Haz. Isabelle Chopin ve Catharina Germaine, Publications Office of the European Union, Luxembourg 2022, s. 105.

## SONUÇ

Bu çalışma, ulusal insan hakları kurumlarının *tarihsel gelişimini* uluslararası ve ulusüstü hukuktaki düzenlemeler *bağlamında* incelemeye çalışmıştır. Uluslararası hukuk ile küresel çapta BM ve bölgesel çapta AK ve ulusüstü hukuk ile bölgesel çapta AB temel alınmıştır. Çalışma, ulusal insan hakları kurumlarının tarihsel gelişim sürecinde uluslararası ve ulusüstü hukukun *rolü* üstünde durmuştur. Sonuç olarak, uluslararası ve ulusüstü hukukun, ulusal insan hakları kurumlarının tarihsel gelişiminde git gide *artan* bir rol üstlenmekte olduğu görülmektedir. Daha spesifik olarak, uluslararası ve ulusüstü hukukta ulusal insan hakları kurumları ile ilgili üç eğilim gözlenmektedir.

İlk olarak, ulusal insan hakları kurumları kurdurmak bakımından, ihtiyariden *zorunlu*ya doğru bir eğilim bulunmaktadır. Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme (1965) bu yönden bir ilktir. Sözleşme, içerdiği düzenlemelere bazı yönlerden etki vermek üzere, *ihiyari* olarak, bir organ kurma veya belirleme çağrısı içermektedir. 2000’li yıllarda ise, bir yandan BM İşkenceye veya Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme İhtiyari Protokolü (2002) ve BM Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Sözleşme (2006), diğer yandan AB’nin 2000/43 sayılı Direktifi, 2004/113 sayılı Direktifi, 2006/54 sayılı Direktifi ve 2010/41 sayılı Direktifi daha ileri gitmiştir. Bunlar, içerdiği düzenlemelere bazı yönlerden etki vermek üzere bu kez *zorunlu* olarak, bir organ kurma veya belirleme çağrısı içermektedir. O halde, ulusal insan hakları kurumları, ileride başkaca uluslararası veya ulusüstü metinler aracılığıyla göreve çağrılacaktır.

İkinci olarak, ulusal insan hakları kurumlarının *asgari standartlarını* belirlemek bakımından, küreselden bölgele doğru bir eğilim bulunmaktadır. Bir taraftan, BM’nin Paris İlkeleri (1993), ulusal insan hakları kurumlarının asgari standartlarını belirlemek bakımından hala *merkezi* bir konum tutmaktadır. Diğer taraftan, AK CM/Rec(2021)1 sayılı Tavsiye Kararı ile ve AB COM(2022) 688 final ve COM(2022) 689 final sayılı yasama önerileri ile bu asgari standartların *üstüne çıkmaya* çalışmaktadır. Dolayısıyla, bölgesel aktör olarak AK’nin / AB’nin bu konuda küresel aktör olarak BM’den bayrağı devralarak daha ileri taşımaya hazırlandığı düşünülebilir.

Üçüncü olarak, ulusal insan hakları kurumlarının asgari standartlarının *hukuki gücü* bakımından, esnek hukuktan (*soft law*) bağlayıcı hukuka (*hard law*), dolayısıyla da yeknesaklaşmaya doğru bir eğilim



bulunmaktadır. BM'nin Paris İlkeleri (1993) ve AK'nin CM/Rec(2021)1 sayılı Tavsiye Kararı esnek hukuk olarak kurgulanmıştır. Öte yandan, BM'nin Paris İlkeleri, gerek BM'nin gerek ulusal insan hakları kurumlarının desteği ve akreditasyon kurgusu sayesinde, fiiliyatta sanki bağlayıcı hukukmuş gibi etki doğurabilmektedir. AK, CM/Rec(2021)1 sayılı Tavsiye Kararı için Paris İlkeleri ile benzer bir strateji tutturmaya gayret etmektedir. Bununla birlikte, bu Tavsiye Kararı'nın hukuki gücünün sınırları henüz test edilmeyi beklemektedir. AB ise, eşitlik organlarının asgari standartları ile ilgili 2018 yılında bağlayıcılığı olmayan bir Tavsiye getirmiştir. AB, hemen 2022 yılında ise yasalaşırsa bağlayıcılık kazanacak iki yasama önerisi getirmiştir. Bu da, en azından AB çapında, ulusal insan hakları kurumlarının asgari standartlarının hem hukuki gücünün hem de yeknesaklaşmasının artacağını göstermektedir.

## KAYNAKÇA

- AB Bakanlığı**, “Türkiye İçin Müzakere Çerçeve Belgesi ve İlgili Diğer Belgeler”,  
[https://www.ab.gov.tr/files/AB\\_Iliskileri/AdaylikSureci/Muzakere\\_Cercevesi/Muzakere\\_Cercevesi\\_2005.pdf](https://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/Muzakere_Cercevesi/Muzakere_Cercevesi_2005.pdf), E.T. 19.09.2023.
- Aichele**, Valentin, *National Human Rights Institutions: An Introduction*, Deutsches Institut für Menschenrechte, Berlin 2010.
- Bantekas**, Ilias/**Seatzu**, Francesco, Editörler. *The UN Sustainable Development Goals: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford 2023.
- Bell**, Mark, “EU Anti-Discrimination Law: Navigating Sameness and Difference”, *The Evolution of EU Law*, Editörler, Paul Craig, Gráinne de Búrca, Oxford University Press, Oxford 2021, s. 651–677.
- Bond**, Martyn, *The Council of Europe: Structure, History and Issues in European Politics*, Routledge, London 2013.
- Brodie**, Meg, “Progressing Norm Socialisation: Why Membership Matters, The Impact of the Accreditation Process of the International Coordinating Committee of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights”, *Nordic Journal of International Law*, C. 80, S. 2, 2011, s. 143–192.
- Burri**, Susanne, “Eu Anti-Discrimination Law: Historical Development and Main Concepts”, *Taking Employment Discrimination Seriously: Chinese and European Perspectives*, Editörler, Yuwen Li, Jenny Goldschmidt, Brill Nijhoff, the Netherlands 2009, s. 209–238.
- Cardenas**, Sonia, “Emerging Global Actors: The United Nations and National Human Rights Institutions”, *Global Governance*, C. 9, S. 1, 2003, s. 23–42.
- Council of Europe**, “Recommendation CM/Rec(2021)1 of the Committee of Ministers to member States on the development and strengthening of effective, pluralist and independent national human rights institutions” (CM/Rec(2021)1), <https://rm.coe.int/0900001680a1f4da>, E.T. 19.09.2023.
- Council of Europe**, “Türkiye”, <https://www.coe.int/en/web/portal/turkey>, E.T. 19.09.2023.
- Council of Europe**, “Recommendation No. R (85) 13”, <https://rm.coe.int/cmrec-85-13-on-the-institution-of-the-ombudsman/1680a43b56>, E.T. 25.09.2023.

- Council of Europe**, “Recommendation No. R (97) 14”, <https://rm.coe.int/16804fecf5>, E.T. 25.09.2023.
- Council of Europe Committee of Ministers Steering Committee for Human Rights**, “1444th meeting, 28 September 2022”, [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=0900001680a7b71b](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680a7b71b), E.T. 26.09.2023.
- de Beco**, Gauthier, “National Human Rights Institutions in Europe”, *Human Rights Law Review*, C. 7, S. 2, 2007, s. 331–370.
- de Beco**, Gauthier, “Networks of European National Human Rights Institutions”, *European Law Journal*, C. 14, S. 6, 2008, s. 860–877.
- de Beco**, Gauthier, “Article 33(2) of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Another Role for National Human Rights Institutions?”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, C. 29, S. 1, 2011, s. 84–106.
- de Beco**, Gauthier/**Murray**, Rachel, *A Commentary on the Paris Principles on National Human Rights Institutions*, Cambridge University Press, Cambridge 2014.
- de Witte**, Bruno, “National Equality Institutions and the Domestication of EU Non-Discrimination Law”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, C. 18, S. 1–2, 2011, s. 157–178.
- de Witte**, Bruno, “New Institutions for Promoting Equality in Europe: Legal Transfers, National Bricolage and European Governance”, *The American Journal of Comparative Law*, C. 60, S. 1, 2012, s. 49–74.
- Dışişleri Bakanlığı**, “Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme”, <http://ua.mfa.gov.tr/detay.aspx?6085>, E.T. 19.09.2023.
- Ellis**, Evelyn/**Watson**, Philippa, *EU Anti-Discrimination Law*, 2d ed, Oxford University Press, Oxford 2015.
- Eren**, Abdurrahman, *Ulusal İnsan Hakları Kurumları, On İki Levha Yayıncılık*, İstanbul 2012.
- EUR-Lex**, “Consolidated Version of the Treaty Establishing the European Community”, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:11997E/TXT>, E.T. 26.09.2023.
- European Commission**, “Turkey Negotiating Framework - October 2005”, [https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/turkey-negotiating-framework-october-2005\\_en](https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/turkey-negotiating-framework-october-2005_en), E.T. 19.09.2023.
- European Commission**, “COM(2022) 688 final, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on standards for

equality bodies in the field of equal treatment and equal opportunities between women and men in matters of employment and occupation, and deleting Article 20 of Directive 2006/54/EC and Article 11 of Directive 2010/41/EU”, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0688>, E.T. 19.09.2023.

**European Commission**, “COM(2022) 689 final, Proposal for a Council Directive on standards for equality bodies in the field of equal treatment between persons irrespective of their racial or ethnic origin, equal treatment in the field of employment and occupation between persons irrespective of their religion or belief, disability, age or sexual orientation, equal treatment between women and men in matters of social security and in the access to and supply of goods and services, and deleting Article 13 of Directive 2000/43/EC and Article 12 of Directive 2004/113/EC”, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0689>, E.T. 19.09.2023.

**European Parliament**, “EU Texts”, <https://www.europarl.europa.eu/delegations/en/d-tr/documents/eu-texts>, E.T. 19.09.2023.

**European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination**, A Comparative Analysis of Non-Discrimination Law in Europe 2021, Haz. Isabelle Chopin ve Catharina Germaine, Publications Office of the European Union, Luxembourg 2022.

**European Network of National Human Rights Institutions**, “High Level Meeting”, <https://ennhri.org/online-high-level-meeting-council-of-europe-recommendation-on-the-development-and-strengthening-of-effective-pluralist-and-independent-nhris/>, E.T. 25.09.2023.

**European Network of National Human Rights Institutions**, “UN Paris Principles & Accreditation”, <https://ennhri.org/about-nhris/un-paris-principles-and-accreditation/>, E.T. 10.01.2024.

**European Union Agency for Fundamental Rights**, Handbook on the Establishment and Accreditation of National Human Rights Institutions in the European Union, Publications Office of the European Union, Luxembourg 2012.

**European Union Agency for Fundamental Rights**, Strong and Effective National Human Rights Institutions – Challenges, Promising

Practices and Opportunities, Publications Office of the European Union, Luxembourg 2020.

**European Union Agency for Fundamental Rights/Council of Europe**, Handbook on European Non-Discrimination Law, Publications Office of the European Union, Luxembourg 2018.

**Global Alliance of National Human Rights Institutions**, “Status Accreditation Chart as of 29 November 2023”, [https://ganhri.org/wp-content/uploads/2023/11/StatusAccreditationChartNHRI\\_Nov23.pdf](https://ganhri.org/wp-content/uploads/2023/11/StatusAccreditationChartNHRI_Nov23.pdf), E.T. 09.01.2024.

**Global Alliance of National Human Rights Institutions**, “Who we are”, <https://ganhri.org/history-of-ganhri-and-nhri/>, E.T. 09.01.2024.

**Global Alliance of National Human Rights Institutions**, “Statute”, [https://ganhri.org/wp-content/uploads/2023/04/GANHRI-Statute-adopted-March2023\\_EN.pdf](https://ganhri.org/wp-content/uploads/2023/04/GANHRI-Statute-adopted-March2023_EN.pdf), E.T. 09.01.2024.

**Global Alliance of National Human Rights Institutions**, “General Observations of the Sub-Committee on Accreditation”, [https://ganhri.org/wp-content/uploads/2019/11/EN\\_GeneralObservations\\_Revisions\\_adopted\\_21.02.2018\\_vf.pdf](https://ganhri.org/wp-content/uploads/2019/11/EN_GeneralObservations_Revisions_adopted_21.02.2018_vf.pdf), E.T. 09.01.2024.

**Global Alliance of National Human Rights Institutions**, “Rules of Procedure for the GANHRI Sub-Committee on Accreditation”, [https://ganhri.org/wp-content/uploads/2020/09/EN\\_GANHRI\\_SCA\\_RulesOfProcedure\\_adopted\\_July2020.pdf](https://ganhri.org/wp-content/uploads/2020/09/EN_GANHRI_SCA_RulesOfProcedure_adopted_July2020.pdf), E.T. 10.01.2024.

**Göçmen, İlke**, Avrupa Birliği Hukukunda Direktiflerin Bireyler Arasındaki İlişkilere Etkileri, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2008.

**Helsinki European Council**, “Helsinki European Council 10 and 11 December 1999 Presidency Conclusions”, [https://www.europarl.europa.eu/summits/hel1\\_en.htm](https://www.europarl.europa.eu/summits/hel1_en.htm), E.T. 19.09.2023.

**Huck, Winfried**, Sustainable Development Goals: Article-by-Article Commentary, Bloomsbury Publishing, United Kingdom 2022.

**Kılıç, Muharrem**, “İnsan Haklarının Kurumsallaşması: Ulusal İnsan Hakları Kurumları”, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi, C. 5, S. 8, 2022, s. 15–60.

**Lacatus, Corina**, “Explaining Institutional Strength: The Case of National Human Rights Institutions in Europe and its Neighbourhood”, Journal of European Public Policy, C. 26, S. 11, 2019, s. 1657–1677.

- Lacatus**, Corina, “Regulatory Networks and Regional Human Rights Governance: A Study of the European Network of National Human Rights Institutions”, *International Relations*, C. 36, S. 2, 2022, s. 192–213.
- Lahuerta**, Sara Benedi, “Equality Bodies: Advancing towards more Responsive Designs?”, *International Journal of Law in Context*, C. 17, S. 3, 2021, s. 390–412.
- Langtry**, David/**Roberts Lyer**, Kirsten, “Looking Forward—the Sub-Committee on Accreditation and National Human Rights Institutions”, *National Human Rights Institutions: Rules, Requirements, and Practice*, Editörler, David Langtry, Kirsten Roberts Lyer, Oxford University Press, Oxford 2021, s. 335–345.
- Langtry**, David/**Roberts Lyer**, Kirsten, “The Operation of the Sub-Committee on Accreditation in Practice”, *National Human Rights Institutions: Rules, Requirements and Practice*, Editörler, David Langtry, Kirsten Roberts Lyer, Oxford University Press, Oxford 2021, s. 43–79.
- Linós**, Katerina/**Pegram**, Tom, “Architects of Their own Making: National Human Rights Institutions and the United Nations”, *Human Rights Quarterly*, C. 38, S. 4, 2016, s. 1109–1134.
- Linós**, Katerina/**Pegram**, Tom, “What Works in Human Rights Institutions?”, *American Journal of International Law*, C. 111, S. 3, 2017, s. 628–688.
- Meron**, Theodor, “The Meaning and Reach of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination”, *The American Journal of International Law*, C. 79, S. 2, 1985, s. 283–318.
- Müller**, Amrei/**Seidensticker**, Frauke, *The Role of National Human Rights Institutions in the United Nations Treaty Body Process*, Deutsches Institut für Menschenrechte, Berlin 2007.
- Polakiewicz**, Jörg, “Council of Europe (COE)”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL]*, Editörler, Anne Peters, Rüdiger Wolfrum, Oxford University Press, Oxford 2019.
- Prechal**, Sacha, *Directives in EC Law*, 2d ed, Oxford University Press, Oxford 2006.
- Schmahl**, Stefanie/**Breuer**, Marten, *The Council of Europe: Its Laws and Policies*, Oxford University Press, Oxford 2017.
- Takata**, Hinako, “How are the Paris Principles on NHRIs Interpreted? Towards a Clear, Transparent, and Consistent Interpretative

Framework”, Nordic Journal of Human Rights, C. 40, S. 2, 2022, s. 285–305.

**T.C. Başbakanlık Avrupa Birliği Genel Sekreterliği**, “Avrupa Birliği Antlaşması”, Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma, Ofset Fotomat, Ankara 2011.

**T.C. Başbakanlık Avrupa Birliği Genel Sekreterliği**, “Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma”, Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma, Ofset Fotomat, Ankara 2011.

**T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı Avrupa Topluluğu ile İlişkiler Genel Müdürlüğü**, Avrupa Topluluklarını Kuran Temel Antlaşmalar (AKÇT, AET, AAET): Cilt I, 1993.

**The Council of the European Union**, “Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin”, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32000L0043>, E.T. 26.09.2023.

**The Council of the European Union**, “Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services”, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32004L0113>, E.T. 27.09.2023.

**The European Commission**, “Commission Recommendation (EU) 2018/951 of 22 June 2018 on Standards for Equality Bodies”, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32018H0951>, E.T. 27.09.2023

**The European Parliament/The Council of the European Union**, “Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast)”, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32006L0054>, E.T. 27.09.2023.

**The European Parliament/The Council of the European Union**, “Directive 2010/41/EU of the European Parliament and of the Council of 7 July 2010 on the application of the principle of equal treatment between men and women engaged in an activity in a self-employed capacity and repealing Council Directive 86/613/EEC”, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32010L0041>, E.T. 27.09.2023.

- UNDP Global Policy Centre For Governance**, “SDG 16 Indicators”, <https://www.sdg16hub.org/landing-page/sdg-16-indicators>, E.T. 23.09.2023.
- United Nations**, Fact Sheet No.19: National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights, United Nations Publications, Geneva 1993.
- United Nations**, National Human Rights Institutions: A Handbook on the Establishment and Strengthening of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights, United Nations Publications, Geneva 1995.
- United Nations**, National Human Rights Institutions: History, Principles, Roles and Responsibilities, United Nations Publications, New York and Geneva 2010.
- United Nations**, “Member States”, <https://www.un.org/en/about-us/member-states#gotoT>, E.T. 19.09.2023.
- United Nations**, “Status of Treaties - International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination”, [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mt\\_dsg\\_no=IV-2&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mt_dsg_no=IV-2&chapter=4&clang=_en), E.T. 19.09.2023.
- United Nations Commission on Human Rights**, “E/CN.4/RES/1992/54”, <https://digitallibrary.un.org/record/144712>, E.T. 22.09.2023.
- United Nations Division of Human Rights**, “ST/HR/SER.A/2”, <https://digitallibrary.un.org/record/731550>, E.T. 21.09.2023.
- United Nations Economic and Social Council**, “E/RES/772(XXX)”, <https://digitallibrary.un.org/record/213324?ln=en>, E.T. 21.09.2023.
- United Nations General Assembly**, “A/RES/33/46”, <https://digitallibrary.un.org/record/187219?ln=en>, E.T. 22.09.2023.
- United Nations General Assembly**, “A/RES/48/134”, <https://digitallibrary.un.org/record/180217?ln=en>, E.T. 22.09.2023.
- United Nations General Assembly**, “A/RES/74/156”, <https://digitallibrary.un.org/record/3848627?ln=en>, E.T. 22.09.2023.
- United Nations General Assembly**, “A/RES/76/170”, <https://digitallibrary.un.org/record/3954952?ln=en>, E.T. 22.09.2023.
- United Nations The Office of the High Commissioner for Human Rights**, “Principles relating to the Status of National Institutions (The Paris Principles)”, <https://www.ohchr.org/en/instruments->



mechanisms/instruments/principles-relating-status-national-institutions-paris, E.T. 19.09.2023.

**United Nations The Office of the High Commissioner for Human Rights**, “International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination”, <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-elimination-all-forms-racial>, E.T. 19.09.2023.

**United Nations The Office of the High Commissioner for Human Rights**, “Ratification of 18 International Human Rights Treaties”, <https://indicators.ohchr.org/>, E.T. 20.09.2023.

**United Nations The Office of the High Commissioner for Human Rights**, “Optional Protocol to the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (OPCAT)”, <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/optional-protocol-convention-against-torture-and-other-cruel>, E.T. 23.09.2023.

**United Nations The Office of the High Commissioner for Human Rights**, “Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-persons-disabilities>, E.T. 23.09.2023.

**van Boven**, Theo, “The Petition System under the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination”, Max Planck Yearbook of United Nations Law: Volume IV, Editörler, JA Frowein, R Wolfrum, Kluwer Law International, the Netherlands 2000, s. 271–287.

**Wouters**, Jan/**Meuwissen**, Katrien/**Barros**, Ana Sofia, “The European Union and National Human Rights Institutions”, National Human Right Institutions in Europe: Comparative, European and International Perspectives, Editörler. Jan Wouters, Katrien Meuwissen, Intersentia, Cambridge 2013, s. 187–221.





# Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi


Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 28 Sayı/No: 1 Haziran/June 2024

## Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Zorunlu Bilirkişilik

### Compulsory Expertise in Classical Period Ottoman Law

  Doç. Dr. Ahmet KILINÇ\*

 10.60002/ebyuhfd.1461331

#### ÖZ

Çalışma, kuruluşundan Tanzimat'a kadar olan süre içerisinde Osmanlı hukukunda gözlemlenen zorunlu bilirkişilik kurumunu incelemektedir. Zaman olarak klasik döneme odaklanılmıştır. Ülkedeki genel çerçeveyi gözlemek için tek yer değil mevzuyla ilgili bilgiye ulaşılan tüm bölgeler kapsam dâhilinde tutulmaktadır. Çalışma, vardığı neticeler, incelediği zaman dilimi ve bilirkişiliğin “zorunlu tutulduğu iddiası” ile nispeten özgün bir karakteri haizdir. Varılan neticeleri şu şekilde sıralamak mümkündür: Zorunlu bilirkişilik, kadının hüküm kurarken “mutlaka” bilirkişiye başvurması gerektiği, aksi halde hükmünün geçerli olmayacağı manasını taşımaktadır. Zorunlu bilirkişilik ile bilirkişi görüşlerinin “takdiri delil” olması birbirine tezat teşkil etmemektedir. Fıkıh kitapları, fetva mecmuaları gibi şer’i kaynaklar ve kanunname, buyruldu

- \* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı.  
**Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article**  
**Geliş/Received: 29.03.2024 | Kabul/Accepted: 13.05.2024.**

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

**Atıf/Cite as:** Ahmet Kılınç, “Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Zorunlu Bilirkişilik”, EBYÜ-HFD, C. 28, S. 1, Haziran 2024, s. (39-70).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

gibi örfî kaynaklardan yola çıkarak; ayıplı mal, sınır uyuşmazlıkları, narh, hayvan sahibinin hukuki sorumluluğu, tapu hakkının belirlenmesi konularında bilirkişiye başvurunun zorunlu olduğu anlaşılmaktadır. İki tür zorunlu bilirkişilik uygulaması mevcuttur. “Esasa ilişkin zorunlu bilirkişilik”te, uyuşmazlığın konusuna göre kadının mutlaka bilirkişiye başvurması lazımdır. Bu konuda uygulamada sık görülen konu, ayıplı kölelerle ilgilidir. “Usuli zorunlu bilirkişilik”te, Dîvân-ı Hümâyûn veya diğer üst yargı mercii, kadıya vakanın bilirkişiye başvurarak çözümlenmesini emretmektedir. Zorunlu bilirkişilik ile ilgili hukuk kuralları ile pratiğinin klasik dönem Osmanlısında kural olarak uyumlu olduğu gözükmektedir. Ezcümle zorunlu bilirkişilik, hızlı ve güvenilir adalete ulaşmaya destek olması potansiyeli ile günümüzde dahi başvurulabilecek bir yöntem olarak zikredilebilir.

**Anahtar Kelimeler:** Bilirkişilik, Zorunlu bilirkişilik, Ehl-i hibre, Ehl-i vukuf, Dîvân-ı Hümâyûn, Kadı Sicilleri, Klasik Dönem, Osmanlı hukuku.

### ABSTRACT

The study examines “compulsory expertise” observed in Ottoman law from the establishment to the Tanzimat. The study has a relatively original character with the claim that there was “compulsory expertise”. It’s possible to list the results as follows: compulsory expertise means that the qadi must “absolutely” consult an expert when making a decision. Compulsory expertise and expert opinions being “discretionary evidence” do not contradict each other. Based on Sharia sources such as fiqh books and *örfî* sources such as qanunname it’s understood that it’s mandatory to apply to an expert on defective goods, border disputes, *narh*, legal liability of the animal owner, determination of land register in inheritance law. There are two types of compulsory expert practices. In “compulsory expertise on the issue”, qadi is required to consult an expert depending on the subject of the dispute. In practice, the most common issue in this regard occurs in defective slaves. In “procedural compulsory expertise”, *Dîvân-ı Hümâyûn* or other higher judicial authority directs the judge to resolve the case by applying to an expert. In conclusion, compulsory expertise can be mentioned as a method that can be used even today, with its potential to support access to fast and reliable justice.

**Keywords:** Expertise, Compulsory expertise, Imperial Court (Dîvân-ı Hümâyûn), Qadi records, Classical period, Ottoman law.

### GİRİŞ

Osmanlı Devleti’nin sosyolojik yapısındaki dini, kültürel, tarihi farklılıklara rağmen uzun süreler boyunca mevcudiyetini devam ettirmesinde ve toplumsal düzeni temin etmesinde, adaletli yönetim anlayışının rolü yadsınamaz. Adaletin temin edilmesine hassas şekilde

uyulan devirlerde devlet her açıdan ilerlemiş ve gelişmiştir<sup>1</sup>. Özellikle klasik dönem olarak ifade edilen, kuruluştan Tanzimat Fermanı'nın ilanına kadar olan kısımda Osmanlı Devleti, hukukunu adaleti ön plana çıkartarak inşa etme gayretinde olmuştur. Devlet bu özelliğini sırf ferman veya kanunname gibi normatif düzenlemeler çıkararak temin etmemiş; hukuki normların pratiğe ne şekilde uyarlandığını da hassas şekilde incelemiştir. Böylece adaletin temin edilmesine has ince yaklaşımlar sergilemiştir.

Adaletin temini hususunda ilk akla gelen müessese devletlerin yargı teşkilatı olmaktadır. Osmanlı Devleti'nde yargı yetkisini haiz ilk makamın padişah olduğu bilinmektedir. Padişah, yargı erkinin en başında yer almakta, arzu etmesi halinde bizatihi yargılama yapabilmekte ya da başka kurumları vazifelendirebilmektedir. Bu bağlamda Ağa Dîvânı, Dîvân-ı Hümayûn, Eyalet Dîvânları, Cuma Dîvânı, İkinci Dîvânı, Çarşamba Dîvânı gibi farklı dîvânlarda da davalar çözümlenebilmiştir<sup>2</sup>. Dîvân-ı Hümayûn'un asli üyelerinden olan Rumeli Kazaskeri Şer'i davaları bazen tek başına bazen ise Anadolu Kazaskeri ile birlikte nihayete erdirebilmiştir. Konsolosluk ve cemaat mahkemeleri de ihtilafların sonlandırılmasında görev alabilmişken, muslihûn<sup>3</sup> müessesesi ile de

- 1 A. Refik **Gür**, Osmanlı İmparatorluğu'nda Kadılık Müessesesi, 2. Baskı, Kültür Yayınları, İstanbul 2017, s. 54; Osmanlı Devleti'ndeki İslam hukuku ve Örfi hukuk şeklinde ikili hukuki yapı için bk. Cihan **Osmanağaoğlu**, "Klasik Dönemi Bağlamında Osmanlı Devleti'nin Örfi Hukukuna İlişkin Genel Bir Değerlendirme", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, 2007, s. 75 vd.
- 2 Bu müesseselerin vazifeleri salt yargı olmamış, yürütmeye ve hatta danışma fonksiyonu dahi olabilmıştır; mevzuyla ilgili Dîvân-ı Hümayûn özelinde bir inceleme için bk. Ayhan **Ceylan**, "Bir Danışma Kurumu Olarak Divan-ı Hümayun, İslam'da Şûrâ ve Divan-ı Hümayun'un "Şûrâ Meclisi" Niteliği", S. 31, Yeni Türkiye Osmanlı Özel Sayısı, Yeni Türkiye Yayınları 2000, s. 413. Osmanlı uygulamasında şura ilkesine ilişkin detay bilgi için bk. Nuran **Koyuncu**, İslam Hukukunda ve Osmanlı Uygulamasında Şûra, Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, 2006, s. 93. Divan-ı Hümayun ile Eyalet Divanlarının işlevlerini konu alan ve bu iki divanı karşılaştıran bir çalışma için ayrıca bkz. Abdullah Vefa **Karataş**, "Divan-ı Hümayun ile Paşa Divanının Karşılaştırılması -Manisa Şehzâde Sarayı Dîvânı Örneği-", Adalet Dergisi, C. 1-2, S. 62-63, 2019, s. 235-264.
- 3 Muslihûn müessesesi ile ilgili detaylı bilgi ve örnekler için bk. Ahmet **Kılınç**, "Osmanlı Devleti'nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Muslihûn: Osmanlı Arabuluculuğu", Uluslararası II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi, Kongre Bildirileri, Editör: Fethi Gedikli, C. II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 15 vd. ve Mustafa **Aktürk**, İslâm Hukukunda Boşanmaya İlişkin Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları, 1. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2023, s. 95 vd.; Fendoğlu bu heyetin daha çok ceza hukuku boyutunun üzerinde durmaktadır; Hasan

hukuki sorunlar bitirilebilmiştir. Tüm bunlarla beraber, Osmanlı hukukunun yargı teşkilatının temel taşının ‘kadı’ olduğu söylenmelidir. Zira kadılar, ülkenin egemenliğinin olduğu her yerde ve kuruluşundan nihayete erdiği ana kadar her vakitte bünyesinde barındırdığı diğer vazifeler ile beraber varlıklarını etkin bir şekilde sürdürmüşlerdir<sup>4</sup>.

Gerek kadılar gerekse diğer yargı mercileri hukukî veya idari görevlerini tek başlarına ifa etmemiş, muhtelif yardımcılarla birlikte çalışmışlardır<sup>5</sup>. Hızlı ve adil bir yargılama için naib<sup>6</sup>, müftü, şuhûdü’l-hâl<sup>7</sup>,

---

Tahsin **Fendoğlu**, “Kamu Denetçiliği Kurumu ve Osmanlı”, Adalet Dergisi, C. 1-2, S. 62-63, 2019, s. 179.

- 4 Hasan Tahsin **Fendoğlu**, “Osmanlı’da Kadılık Kurumu ve Yargının Bağımsızlığı” Osmanlı, C. 6 (Teşkilat), Editör: Güler Eren, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara 1999, s. 453 vd; Halil **Cin**/Gül **Akyılmaz**, Türk Hukuk Tarihi, 10. Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2018, s. 167; Nuran **Koyuncu**/Ümmüğülsüm **Gök**, “Türk Hukuk Tarihinde ve Karşılaştırmalı Hukukta Hâkimlik Mesleğine Giriş ve Hâkim Yardımcılığı”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, Konya 2019, s. 71; İlber **Ortaylı**, Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti’nde Kadı, 10. Baskı, Kronik Kitap, İstanbul 2019, s. 19; Semra Betül **Doğangüzel**, “Tanzimat Döneminin Şeriye Mahkemeleri ve Kadıların Değişim Sürecine Etkisi” Adalet Dergisi, S. 62-63, Ankara 2019, s. 54. Kadıların bağımsızlığına ilişkin tahlil için bk. Nevin Ünal **Özkorkut**, “Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı’da ve Günümüz Türkiye’sinde Yargıya Genel Bir Bakış”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 1, Ankara 2008, s. 234.
- 5 M. Âkif **Aydın**, Türk Hukuk Tarihi, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 83; Fethi **Gedikli**, “Kazâ”, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, C. 25, Ankara 2002, s. 118.
- 6 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.: Betül **Kayar**, Osmanlı Yargı Teşkilatında Naib, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023; Casim **Avcı**, “Nâib”, TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 32, İstanbul 2006; s. 311,312; Mehmet **İpşirli**, “Nâib”, TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 32, İstanbul 2006, s. 312-312; Aydoğan **Demir**, “Bayburt Ulu Camii’nde Bir Osmanlı Ferman Kitabesi: Osmanlı Devleti’nde Naiplik”, Tarih ve Toplum, 1994, s. 41; Betül **Kayar**, “Osmanlı Yargı Teşkilatında Naib”, YBHD, S. 1, Y. 5, 2020, s. 189.
- 7 Bu mevzu hakkında detaylı bilgi için bkz. Ahmet **Kılınç**/Betül **Kayar**, “Osmanlı Yargılama Hukukunda “Şuhûdü’l-Hâl”in Fonksiyonunu Yeniden Değerlendirme Gerekliliği”, Adalet Dergisi, C. 1, S. 62-63, 2019, s. 33 vd.; Merve Nur **Öztürk**, Osmanlı Yargılama Hukukunda Şuhûdü’l Hâl, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi SBE, 2021, s. 4 vd; Hülya **Taş**, “Osmanlı Kadı Mahkemesindeki ‘Şuhûdü’l-Hâl’ Nasıl Değerlendirilebilir?”, Bilig Dergisi, S. 44, 2008, s. 25 vd.

kassam<sup>8</sup>, kâtip<sup>9</sup>, muhızır<sup>10</sup>, vekil, subaşı, ases ve çavuş<sup>11</sup> kadiya destek olmuşlardır.

Osmanlı yargı teşkilatında münhasır bir pozisyona sahip olan ehl-i vukuf ya da ehl-i hibre olarak isimlendirilen bilirkişiler de yargılama sürecinde adaletin tesisi hususunda kadiya yardımcı bir rol üstlenmiştir. Bu görevlilere kural olarak teknik ve özel bilgiye ihtiyaç olması halinde başvurulmuştur. Yargı mercileri, hukuki ihtilafları çözerken hayatın olağan akışı gereği bilmesi gereken konularda herhangi bir destek almadan vazifelerini icra edebilmişlerdir.

Bilirkişilik müessesesi gerek günümüzde gerekse tarihimizde önemli bir delil olarak kabul edilmiştir. İslam Osmanlı usul hukuku açısından bakıldığında ise müessesenin takdiri deliller içerisinde yer aldığı söylenebilir. Bununla birlikte, bu müesseseye başvurunun zorunlu olup olmadığı üzerinde durulması gereken bir noktadır. Zira devletler adil bir yargılama için hâkimin teknik ve özel bilgiye sahip olan kişilerden istifade etmesini zorunlu kılabılmışlardır. Bu bağlamda Osmanlı devrinde rastlanılan belgelerin bir kısmı, kadıların bilirkişiye başvurmadan yargılamayı sonlandırmamak zorunda olduklarına işaret etmektedir. Çalışmada bu belge ve uygulamalardan yola çıkarak, klasik dönem Osmanlısında kadıların bilirkişiye başvurmalarının gerekli olup olmadığı, başvurmak zorunda iseler hangi vakalarda ve hangi usulle bu işlemin gerçekleştirildiği üzerinde durulmaya çalışılacaktır.

Çalışma, klasik dönem olarak nitelendirilen devletin kuruluşundan Tanzimat dönemine kadar geçen zaman dilimini irdelemektedir. Nitekim bu dönem, ardından gelen Tanzimat sonrası dönem ile ciddi farklılıklar içermektedir. Zira Tanzimat sonrası dönemde, farklı yargı mercileri, Batılı hukuk norm ve müesseseleri ülke iç hukukuna dâhil olmuştur. Klasik dönem ise Osmanlı'nın adaleti ile ön plana çıktığı daha uzun bir zaman dilimine işaret etmektedir. Öte yandan çalışmada belirli bir bölge üzerinde durulmamakta, zorunlu bilirkişilik ile ilgili olabilen tüm veriler, bölge ayrımı olmadan irdelenmektedir. Böylece ülkenin tamamına ilişkin bir

---

8 Bu hususta detaylı bilgi için bkz.: Said **Öztürk**, “Kassâm”, TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 24, İstanbul 2001, s. 579 vd.

9 Bu hususta teferruatlı bilgi için bkz.: Mustafa Sabri **Küçükkaşçı**, “Kâtip”, TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 25, Ankara 2022, s. 53 vd.; Erhan **Afyoncu/Recep Ahışahı**, “Kâtip”, TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 25, Ankara 2022, s. 53 vd.

10 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.: Recep **Ahışahı**, “Muhızır”, TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 31, Ankara 2020, s. 85 vd.

11 **Aydın**, s. 173 vd.

çerçeve çizilmeye gayret edilmektedir. Bununla birlikte vaka ve dava çeşitliliğinin çok olması, birçok kültürü bünyesinde barındırması gibi etkenler ile İstanbul kayıtlarına biraz daha fazla ağırlık verilmektedir. Çalışmada ağırlıklı olarak kadı sicillerine yer verilecek olsa da mühimme, ahkâm defterleri gibi diğer birinci el kaynaklara da yeri geldikçe temas edilmektedir.

Çalışmayı bir bütün olarak ele alabilmek için öncelikle, Osmanlı yargı teşkilatında bilirkişiliğin konumu, özellikleri ve önemi vurgulanmalı, akabinde zorunlu bilirkişilik uygulamalarının mevcut olup olmadığı; varsa bunların hangi maddi vakalarda ve ne gibi usuli bir yöntem ile uygulandığı üzerinde durulmalıdır.

## I. OSMANLI YARGILAMA HUKUKUNDA (ZORUNLU) BİLİRKİŞİLİK

Osmanlı yargılama hukukunda “*ehl-i hibre*”<sup>12</sup>, “*ehl-i vukuf*”<sup>13</sup>, “*erbâb-ı vukuf*”<sup>14</sup>, “*ahâli vukuf*”<sup>15</sup>, “*sâhib-i vukuf*”<sup>16</sup> kavramları ile yer alan bilirkişilik müessesesi muhtelif şekillerde tanımlanabilmiştir<sup>17</sup>. Tüm

- 
- 12 **İstanbul 2010 Avrupa Kültür Başkenti Ajansı ve Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM)**, İstanbul Kadı Sicilleri İstanbul Mahkemesi 3 Numaralı Sicil (H. 1027 / M. 1618), Haz. Yılmaz Karaca ve diğerleri, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM) Yayınları, C. 13, s. 312 Hüküm no: 443 Orijinal metin no: [50b-2].
  - 13 **İstanbul 2010 Avrupa Kültür Başkenti Ajansı ve Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM)**, Bab Mahkemesi 3 Numaralı Sicil (H. 1077 / M. 1666 - 1667), Haz. Rifat Günalan, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM) Yayınları, C. 17, s. 314 Hüküm no: 354 Orijinal metin no: [47b-3].
  - 14 **İBB Kültür A.Ş./ Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, İstanbul Mahkemesi 94 Numaralı Sicil (H. 1222-1223 / M. 1807-1809), Haz. Salih Kahriman ve diğerleri, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM) Yayınları, C. 85, s. 474 Hüküm no: 458.
  - 15 **İstanbul 2010 Avrupa Kültür Başkenti Ajansı ve Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM)**, İstanbul Kadı Sicilleri İstanbul Mahkemesi 3 Numaralı Sicil (H. 1027 / M. 1618), Haz. Yılmaz Karaca ve diğerleri, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM) Yayınları, C. 13, s. 112 Hüküm no: 97 Orijinal metin no: [9b-3].
  - 16 **Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM)**, İstanbul Kadı Sicilleri İstanbul Mahkemesi 12 Numaralı Sicil (H. 1073-1074 / M. 1663-1664), Haz. Rasim Erol ve diğerleri, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM) Yayınları, C. 16, s. 214, Hüküm no: 188 Orijinal metin no: [16a-4].
  - 17 Birtakım tanım örnekleri için bk. Kal’a-yı Sultâniyeli **Türzkâde** Hafız Mehmed Ziyâeddin Efendi, Osmanlı Hukuk Sözlüğü: Mükemmel Istilâhât-ı Kavânin yahut Mâlûmat-ı Kanûniye Hülâsası, Haz. Fethi Gedikli/İbrahim Enes Onat, On İki Levha



tanımlar, hukuk kuralları ve uygulamadan yola çıkarak Osmanlı hukuku açısından yapılan tarif ise “*Bilirkişilik, gerek yargılama öncesinde gerekse yargılama sonrasında başvurulabilen, kural olarak görüşlerine itiraz edilemeyen, teknik ve özel konularda detaylı bilgi sahibi olan, zimmi ve kadınlardan da teşekkül edebilen adil, tarafsız, tecrübeli, uzman, teorik bilgisini somut vakaya aktarabilen kişilerden oluşan heyetin yaptığı faaliyet*”<sup>18</sup> şeklindedir. Bu bağlamda bilirkişilerin, alanında uzman<sup>19</sup>, “bî-garaz”<sup>20</sup> yani tarafsız, adil<sup>21</sup>, soyut bilgilerini somut olaya aktarabilecek yetenekte<sup>22</sup>, musin<sup>23</sup> yani tecrübeli veya yaşlı olması gerekmektedir. Kayıtlarda zimmilerin<sup>24</sup>, “kabil hatunlar” olarak zikredilen kadınların<sup>25</sup> bilirkişilik yaptıkları anlaşılmaktadır. Sicillerden yola çıkarak

---

Yayımları, İstanbul 2017, s. 59; Ali Şafak, “ehl-i vukûf”, TDV İslam Ansiklopedisi, C. 10, İstanbul 1994, s. 531.

- 18 Ahmet Kılınç, Osmanlı Yargılama Hukukunda Bilirkişilik (Ehl-i Hibre / Ehl-i Vukûf), 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 102.
- 19 İstanbul 2010 Avrupa Kültür Başkenti Ajansı ve Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), İstanbul Kadı Sicilleri İstanbul Mahkemesi 3 Numaralı Sicil (H. 1027 / M. 1618), Haz. Yılmaz Karaca ve diğerleri, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM) Yayınları, C. 13, s. 193, Hüküm no: 236 Orijinal metin no: [25b-3]; Şeyda İbicioğlu, 1572 No’lu Tekirdağ (Rodosçuk) Şer’iyye Sicili Transkripsiyonu ve Tahlili, İstanbul Üniversitesi SBE, Yüksek Lisans Tezi, 2016, s. 141.
- 20 Tarafsızlığına işaret eden örnek için bk. İbrahim Solak/İzzet Sak, Konya Kadı Sicili (1113-1113 / 1701-1702) Defter 39, Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, Konya 2016, s. 153.
- 21 Adil özelliğine işaret eden örnek için bk. Ahmet Erdoğan, 71 No’lu (D. No: 71, S. No: 2254) Amasya Şer’iyye Sicilinin Transkripsiyonu ve Değerlendirmesi, Ondokuzmayıs Üniversitesi SBE, Yüksek Lisans Tezi, 2010, s. 166.
- 22 Örnek kayıt için bk. Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), İstanbul Kadı Sicilleri Eyüb Mahkemesi (Havass-ı Refia) 19 Numaralı Sicil (H. 1028 - 1030 / M. 1619 - 1620), Haz. Yılmaz Karaca ve diğerleri, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), C. 24, s. 341 Hüküm no: 421 Orijinal metin no: [75b-3].
- 23 Örnek kayıt için bk. Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), İstanbul Kadı Sicilleri Eyüb Mahkemesi (Havass-ı Refia) 37 Numaralı Sicil (H. 1047 / M. 1637 - 1638), haz. Salih Kahriman ve diğerleri, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), C. 25, s. 440, Hüküm no: 584 Orijinal metin no: [92a-1].
- 24 Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 84 Numaralı Sicil (H.999-1000/ M.1590-1591). Haz. Rıfat Günalan, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), C. 10, s. 305 Hüküm no: 498 Orijinal metin no: [47b-4].
- 25 İzzet Sak, Konya Kadı Sicili 1115-1116 / 1703-1704) Defter 41, Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, Konya 2016, s. 123.

bilirkişilerin heyet halinde çalıştıklarını da rahatlıkla söyleyebiliriz<sup>26</sup>.

Bilirkişilik faaliyeti, İslam Osmanlı usul hukukunda deliller kategorisinde ele alınmıştır. Eski hukukumuzda deliller “esbâb-ı sübutiye” ya da “esbâb-ı hüküm” olarak ifade edilmekte olup; kadının karar verebilmesi için bunlardan biri ile iddianın ispat edilmesi gerekmektedir. İspat vasıtaları olarak ifade edilen deliller, şahitlik, yemin ve yeminden kaçınma (nükûl), yazılı delil, ikrar, karine-i kâtia, kasâme, hâkimin bilgisi (ilm-i kadı), keşif ve nihayet bilirkişidir<sup>27</sup>. Bahsedilenler de kendi içerisinde *takdiri delil* ve *kesin delil* şeklinde iki farklı kategoride ele alınabilir. İkrar, senet, yemin ve kesin hüküm, kesin delil iken; keşif, sorgu, şahitlik ve bilirkişilik ise takdiri delildir. Bu bağlamda bilirkişilik

- 26 İki kişilik heyet örneği için bk. **İstanbul 2010 Avrupa Kültür Başkenti Ajansı ve Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM)**, İstanbul Kadı Sicilleri İstanbul Mahkemesi 3 Numaralı Sicil (H. 1027 / M. 1618), Haz. Yılmaz Karaca ve diğerleri, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM) Yayınları, C. 13, s. 216 Hüküm no: 275 Orijinal metin no: [30b-2]; **İstanbul 2010 Avrupa Kültür Başkenti Ajansı ve Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM)**, İstanbul Kadı Sicilleri İstanbul Mahkemesi 3 Numaralı Sicil (H. 1027 / M. 1618), Haz. Yılmaz Karaca ve diğerleri, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM) Yayınları, C. 13, s. 259 Hüküm no: 350 Orijinal metin no: [39a-4]; **Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM)**, İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 9 Numaralı Sicil (H. 940-942 / M. 1534-1536), Haz. Kenan Yıldız, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), C. 4, s. 167 hüküm no: 316 Orijinal metin no: [37b-4]; üç kişilik heyet örneği için bk. **İstanbul 2010 Avrupa Kültür Başkenti Ajansı ve Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM)**, İstanbul Kadı Sicilleri İstanbul Mahkemesi 3 Numaralı Sicil (H. 1027 / M. 1618), Haz. Yılmaz Karaca ve diğerleri, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM) Yayınları, C. 13, s. 293 Hüküm no: 409 Orijinal metin no: [46b-2]; dört kişilik heyet örneği için bk. **İstanbul 2010 Avrupa Kültür Başkenti Ajansı ve Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM)**, İstanbul Kadı Sicilleri İstanbul Mahkemesi 3 Numaralı Sicil (H. 1027 / M. 1618), Haz. Yılmaz Karaca ve diğerleri, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM) Yayınları, C. 13, s. 180 Hüküm no: 214 Orijinal metin no: [23a-5]; **Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM)**, İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 84 Numaralı Sicil (H. 999-1000/ M. 1590-1591). Haz. Rifat Günalan, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), C. 10, s. 305 Hüküm no: 498 Orijinal metin no: [47b-4]; sekiz kişilik heyet örneği için bk. **Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM)**, İstanbul Kadı Sicilleri İstanbul Mahkemesi 24 Numaralı Sicil (H. 1138-1151 / M. 1726-1738), Haz. Fuat Recep ve diğerleri, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), C. 21, s. 300 Hüküm no: 219 Orijinal metin no: [65a-1].
- 27 Abdullah **Demir**, Mufassal Türk Hukuk Tarihi, Astana Yayınları, Ankara 2019, s. 268; Halil **Cin**/Ahmed **Akgündüz**, Türk Hukuk Tarihi, OSAV Yayınları, İstanbul 2011, s. 380 vd.; Ekrem Buğra **Ekinci**, Osmanlı Hukuku, 2. Baskı, Arı Sanat Yayınları, İstanbul 2012, s. 383 vd.

müessesesinin, Osmanlı yargılama hukuku içerisinde ispat hukuku kapsamında “takdiri delil” kategorisinde olduğu ifade edilebilir<sup>28</sup>. Bu hukuki pozisyonuna bağlı olarak bilirkişinin tahlili/raporu, hâkim tarafından serbestçe değerlendirilir ve hâkimi bağlayıcı nitelikte değildir<sup>29</sup>. Ceza yargılama hukuku açısından incelendiğinde ise bilirkişilik, itiraf, şahitlik, maddi deliller, keşif gibi ispat aracı konumundadır<sup>30</sup>.

Bilirkişiliğin İslam Osmanlı usul hukuku teorisinde takdiri delil kategorisi içerisinde yer alması, ona başvurunun zorunlu olup olmayacağı sorusunu akla getirebilmektedir. Bunun için öncelikle zorunlu bilirkişilikten ne anlaşılması gerektiğini kısaca belirtmek gerekir. Bu çalışma kapsamında *zorunlu bilirkişilik, kadının hüküm kurarken mutlaka bilirkişiye başvurmak mecburiyetinde olması, aksi halde hükmünün geçerli olmayacağı manasını* taşımaktadır. Bu noktadan hareketle bilirkişiliğin takdiri delil kategorisinde yer alması, bilirkişiye başvurmanın zorunlu olması ile çelişmemektedir. Zira başvurunun zorunlu olması, hâkimin mutlaka bilirkişi raporuna göre karar vereceği anlamı taşımamaktadır. Bazı hallerde kadı, bilirkişiye başvurmak zorunda olmakla birlikte, bilirkişi raporu doğrultusunda karar vermek zorunda değildir. Bilirkişinin görüşüne başvurusunun zorunlu olması ayrı, hâkimin karar vermesi ayrı süreçlerdir. Bu bilgiler ışığında, zorunlu bilirkişilik müessesesinin mevcudiyetine ilişkin hukuk kurallarını irdelemekte yarar vardır.

## II. OSMANLI HUKUK KAYNAKLARINDA ZORUNLU BİLİRKİŞİLİK

Malum olduğu üzere Osmanlı hukukunda ikili bir yapı mevcuttur. Bir yanda şer’i hukuk öte yandan örfi hukuk bir arada uzun yıllar devletin

28 **Tüfekçi**, s. 21; **Kılınç**, Bilirkişilik, s. 108.

29 İslam muhakeme hukukunda deliller konusunda hâkim takdir yetkisi hususunda detaylı bilgi için bk. Suat **Erdoğan**, “İslâm Muhâkeme Hukukunda Delil Sistemleri ve Hâkimin Takdir Yetkisi”, Düzce Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 2, Y. 7, s. 132-144. Ayrıca bk. Köroğlu **Kaya**, “İslam ve Osmanlı Yargılama Hukuku’nda Esbab-ı Mücibe”, YBHD, S. 2, 2016, Ankara, s. 176 vd.; **Kılınç**, Bilirkişilik, s. 108.

30 Akman, kasame kurumunu da adam öldürme suçunda özel bir ispat aracı olarak delil kategorisinde değerlendirmektedir; Mehmet **Akman**, Osmanlı Devleti’nde Ceza Yargılaması, Eren Yayınları, İstanbul 2014, s. 64. Ayrıca bk. Aybars **Pamir**, “İslâm ve Osmanlı Hukuku’nda Kasame Müessesesi” AÜHFD, C. 5, S. 4, Ankara 2005, s. 343 vd.

yönetimine temel teşkil etmişlerdir<sup>31</sup>. İslam hukukunun ve örfe hukukun da kendisine has kaynaklarının olduğu bilinmektedir. Bu kaynaklarda da zorunlu bilirkişiliğe işaret eden önemli verilerin olduğu görülmektedir.

### A. İslam Hukuku Kaynaklarında Zorunlu Bilirkişilik

Bilirkişilik müessesesinin temel dayanağını, İslam hukukunun asli kaynaklarından ilki olan Kuran-ı Kerim’de gözlemlemek mümkündür. Nahl Suresi’ndeki “*Senden önce de ancak kendilerine vahiy indirdiğimiz kişileri peygamber olarak gönderdik. Eğer bilmiyorsanız bilgi sahibi olanlara sorun.*”<sup>32</sup> ayeti bilirkişiyeye değinen ayetlerden bir tanesidir. Enbiya Suresi 7. ayette de benzer şekilde “*Senden önce de ancak kendilerine vahyettiğimiz kimseleri peygamber olarak gönderdik; eğer bilmiyorsanız kitaplar hakkında bilgi sahibi olanlara sorun.*” denilmektedir. Yusuf Suresi’nin 26. ve 27.<sup>33</sup> ayetleri bilirkişiliğe işaret eden önemli kaynaklardır. Ayetteki hükümlerin lafzından, bilirkişiyeye, konu hakkında bilgi sahibi olunmaması halinde başvurulacağı, bir başka ifade ile başvurulmasının zorunlu olmayacağını anlıyoruz. Hz. Peygamber’in bilirkişiyeye başvurduğuna işaret eden vakalardan da İslam hukukunun asli kaynaklarında bu müesseseye yer verildiğini ancak burada da vaka hakkında bilgi sahibi olunmaması halinde bilirkişiyeye başvurulması gerektiğini anlamak mümkündür<sup>34</sup>.

31 Ahmet **Kılınç**, “The Influence of the Ottoman State on Islamic Law”, YBHD, S. 2, Y. 7, 2022, s. 548 vd.; Ahmet **Kılınç**/Harun **Karakaya**, “Batılı Devletlerin Karma Ticaret Mahkemelerinde Mecelle’nin Uygulanmasına Yönelik Eleştirilerinin Değerlendirilmesi”, Kırkkale Hukuk Mecmuası, C. 2, S. 1, 2022, s. 61.

32 Nahl 16/43.

33 {26} Yûsuf, “Asıl kendisi benimle birlikte olmak istedi” dedi. Kadının akrabasından biri şöyle bilirkişilik yaptı: “Eğer (adamın) gömleği önden yırtılmışsa, kadın doğru söylemiştir; adam yalancıdır.  
{27} Eğer gömleği arkadan yırtılmışsa, kadın yalan söylemiştir; adam doğru söylemektedir.”

34 Bir hadiste, seyahate çıkan bir grup sahabeden birisinin başının yaralanması akabinde bu sahabenin ihtilam olması üzerine teyemmüm konusunda anlaşmazlığın olduğu, bu konuyu arkadaşlarına sorduğu aktarılmıştır. Arkadaşlarının ise su ile abdest almaktan başka bir yol bulamadıklarını ifade edilmiştir. Sahabe su ile boy abdesti alır ve bu sebeple ölür. Mevzudan haberdar olan Hz. Peygamber, “*Onu öldürdüler. Allah da onları öldürsün. Bilmedikleri zaman sorsalar ya! Çünkü cehaletin şifası sormaktır. O ölen kişinin teyemmüm etmesi, yarasına bir bez sarması yeterdi. Sonra o sargının üzerini mesheder, kalan vücudunu yıkardı*” demiştir; bu hadisler ve tahlilleri için bk. Ebu Davud, Tahara, 127’den aktaran **Tüfekçi**, s. 23; Şevket **Pekdemir**, “İslam Ceza Hukukuna Göre Olay Yeri İnceleme”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S. 30,

Zorunlu bilirkişiliği İslam hukuku kaynakları içerisindeki fıkıh eserlerinde de gözlemlemek mümkündür. Bunlardan birkaçını şu şekilde sıralayabiliriz: Mebsut'ta köle ve cariyede varlığı iddia edilen hatalar/kusurlar için kadının mezkûr köleleri iki adil Müslüman doktora muayene ettirmesi gerektiğine değinilmiştir. Bununla birlikte Serahsi, uzmanlık gerektiren her mevzuda bilirkişiye başvurmak gerektiğini “*Malın değerini bilmede olduğu gibi her konuda, o konunun uzmanına başvurmak gerekir. Allahu Teâlâ bir âyette şöyle buyurur: ... “Bilmiyorsanız, bilenlere sorun.” (en-Nahl 16/43)*” diyerek ifade etmiştir<sup>35</sup>. Serahsi'nin özellikle kölelerin ayıpları konusundaki bilirkişiye başvuru gerekliliğini ifade etmiş olması önem arz etmektedir. Zira ileride detaylı şekilde zikredileceği üzere Osmanlı uygulamasında bu yönde detaylı tercihler söz konusu olacaktır.

Yine zorunlu bilirkişiliğe işaret eden bir diğer örnek de fıkıh kaynaklarından el-Hidaye'de yer almaktadır. Merginânî de kocasının iktidarsızlığı nedeniyle dava açan kadının bir yıl beklemesi, bir yıl akabinde kadının hâlâ bakire olduğu iddiası söz konusu ise anılan kadının bilirkişi kadınlara muayene ettirilmesi gerektiğine değinmiştir<sup>36</sup>. İbn Âbidîn'in de aynı yönde bir görüşe yer verdiği görülmektedir<sup>37</sup>. Fakihlerin bilirkişilere başvuru gerekliliği yönündeki içtihatları, geniş yorumlandığında, zorunluluğu da beraberinde getirmektedir.

Şeyhülislam fetvalarında da zorunlu bilirkişiliğin varlığını ortaya koyan örnekler mevcuttur. Örnek mahiyetinde Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi'nin bir fetvası buraya aktarılabilir. Müellifin Behcetü'l-Fetâvâ adlı eserinde cariyenin değer kaybının ehl-i vukûf ile belirleneceği şu şekilde belirtilmiştir: “*Zeyde Amr'ın bibr olan cariyesi Hind'i gasben ahz ve Hind'e zina edip bekâretini izâle eylese Zeyd muhsan olmayınca*

---

2017, s. 143-144; Murat **Akarsu**, “İlk Dönem İslam Tarihinde Yargının Kurumsallaşmasında Dört Halifenin Rolü”, Eskiye 37/Kış 2018, s. 59. Benzer diğer örnekler için bk. Fahrettin **Atar**, İslam Adliye Teşkilatı, 6. Baskı, DİB Yayınları, Ankara 2020.

35 Şemsü'l- eimme Ebû Sehl Ebû Bekir Muhammed B. Ahmed **Serahsi**, Mebsût, ed. Mustafa Cevat **Akşit**, C. 13, Gümüşev İstanbul 2018, s. 157.

36 Ebû'l-Hasen Burhânüddîn Ali b. Ebî Bekr b. Abdilcelil el-Fergânî el-**Merginani**, el-Hidaye, Çeviren: Ahmet Meylani, Kahraman Yayınları, C. II, s. 27, <https://canadadotnet.files.wordpress.com/2021/01/merginani-el-hidaye.pdf>, E.T.: 15.04.2024.

37 **İbn-i Âbidin** Muhammed Emin, Reddu'l-Muhtar Ale'd-Dürri'l-Muhtar, Çeviren: Ahmed **Davudoğlu**, Mazhar **Taşkesenlioğlu**, Mehmet **Savaş**, Samil Yayınları, C. II, İstanbul 1982, s. 596.

*Zeyd'e ne lazım olur? el -Cevab: Yüz değnek urulur ve cariye'nin noksan-i bekaretini dâmin olur. Bu surete ol cariye'nin noksan-i kıymeti ne ile malum olur? El-Cevap: Bî-garaz ehl-i vukûfun ihbarıyla*"<sup>38</sup>. Aynı şeyhülislamın bir başka fetvasında ise "*Zeyd Amr'dan iştirâ ve kabz ve def'-i semen ettiği cariye'nin reddini icab eder ayb ile muayyeb olduğu zahir olup Amr'a red sadedinde iken cariye Zeyd'in yedinde fevt olsa ol cariye'nin Amr'ın yedinde iken ol ayb ile muayyeb olduğu vech-i şer'î üzere sabit olunca Zeyd Amr'a noksan-ı semen ile müracaata kâdir olur mu? El-Cevab: Olur. Bu surette noksan-ı semen ne ile malum olur? el-Cevab: Bî-garaz ehl-i vukûfun ihbarıyla*"<sup>39</sup> denilmektedir. Dolayısıyla değer kaybının belirlenmesi için mutlaka bilirkişiye gidilmesi net bir şekilde ifade edilmektedir.

Görüldüğü üzere İslam hukukunda içtihatlar ve fetvalar ile belirli konularda kadının bilirkişiye başvurulması zorunlu kılınabilmektedir. Bununla birlikte, Osmanlı hukukunun diğer ayağı olan örfî hukukun mevzuya bakışı da irdelenmelidir.

## B. Örfî Hukuk Kaynaklarında Zorunlu Bilirkişilik

Sadece İslam hukuku kaynaklarında değil, örfî hukuk kaynaklarında da kadıları zorunlu bilirkişiliğe yönlendiren hükümler mevcuttur. Örfî hukukun en somut görünümü olan kanunnamelerden birkaç örnek burada zikredilebilir. Mesela 1676 tarihli Tevkii Abdurrahman Abdî Paşa Kanunnamesi'nin Kanun-ı Narh faslında "*ehl-i dükkân bey'lerinde hadden tecâvüz edip müşterilere zarar isâbet eylese def'-i zarar-ı âmm için taraf-ı sultânîden ta'yîn-i narh lâzım geldikde evvelâ müdebbir-i umûr-ı cumhûr olan vekîl-i devlet bî-garaz ehl-i vukûfla meşveret edib bâyi'lere ve müşterilere zarar olmamak şartıyla akvât-ı nâsa ve sâir mühimmâte ve akvât-ı bahâyime ta'yîn-i narh için kadı efendiye yâhûd meclise hitâben ferman buyururlar. ... ve zarar-ı âmm ihtimâli olduğu takdirce bî-garaz ehl-i vukûfla müşâvere olunup tarafeyne zarar olmamak şartıyla fermân verile...*"<sup>40</sup> hükmü mevcuttur. Umumi kanunnamede mevcut olan bu maddeye göre narh belirlenirken öncelikle ehl-i hibre ile görüşülecek, fiyat ondan sonra belirlenecektir. Ancak görüldüğü üzere burada yargılama sırasında başvurulacak zorunlu bilirkişilik söz konusu

38 Süleyman **Kaya ve diğerleri**, Behcetü'l-Fetâvâ Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi, Osmanlılarda Hukuk ve Toplum 3, Klasik Yayınları, İstanbul 2011, s. 159.

39 **Kaya ve diğerleri**, s. 303.

40 H. Ahmet **Arslantürk**, Abdurrahmân Abdî Paşa Kanunnâmesi, Okur Kitablığı, Metamorfoz Yayıncılık, 2012, s. 29.

değildir. Burada bilirkişiler daha çok idari işleyiş için kullanılmaktadır. İdari işlerde bilirkişiye başvuruya ilişkin örnekleri çoğaltmak mümkündür<sup>41</sup>.

Kanunnamelerde yargılama sırasında bilirkişiye başvurulmasının zorunlu olduğu manasına gelen hükümler de mevcuttur. II. Selim dönemi kanunnamesinde yer alan “*Ba’zı çiftlikler toprağında nizâ’ olunsa, Hazine-i Âmir’e de mahfûz olunan iki başı mühürlü urgan verilüb vilâyet kâdîsi ol diyarın müsin ve mu’temedünaleyh ehl-i vukûf adamlarıyla anın gibi yerlerin üzerlerine varılub mesâa eylemek için Celâl-zâde zamanında hükm verilmişdir*”<sup>42</sup> şeklindeki hüküm gereğince sınır uyuşmazlıklarında kadıya, ehl-i vukûfa başvurarak uyuşmazlığı çözüme kavuşturması emredilmiştir. Anlaşıldığı üzere bu hükümde kanunname ile kadıların ihtilafı çözmek için mutlaka bilirkişiye başvurmaları gerektiği görülmektedir.

Bursa İhtisab Kanunnamesi’nde geçen “*...İmtisâlen li’l-emr-i’l-âli - Lâ zâle âliyen- her hirfeti ve ehl-i hibreleri başka başka ihzâr olunub narhiyyâtın her birisinde narh-ı kâdim nice icra ve hal mukarrer midir ve mütegayyir midir ve sebep nedir ve ne zamandan berüdir deyü istifsâr olunıcak...*”<sup>43</sup> şeklindeki hükmün muhatabının kadı olduğu bellidir. Buna göre kadı, bir ürünün eskiden narhının nasıl belirlendiğini, narhın güncel durumundaki değişimini, değişiklik söz konusu ise bunun nedenini ve ne zaman değiştiğini bilirkişiye soracaktır<sup>44</sup>.

Kanunnamelerde hayvan sahibinin sorumluluğuna ilişkin düzenlemeleri de görebiliyoruz. Kanuni devri Midilli Sancağı Kanunnamesi’nde yer alan “*...bir davar ki, ...ve illâ girdüğü bağa ve bağçeye ve bostana zarar ve ziyân eylese, evvelâ ehl-i hibre ma’rifetiyle sâhibine zararı tazmîn olunub cerimesi alınur.*”<sup>45</sup> şeklindeki hüküm, bir hayvanın başkasının bağına veya bahçesine girmesi halinde ortaya çıkacak zararın öncelikle bilirkişi vasıtasıyla belirlenmesini emretmektedir.

41 Uyuşmazlığın çözümünden ziyade idari bir tasarrufu belirlemek için bilirkişiye başvurunun zorunlu olduğuna ilişkin diğer kanunname örneklerinden bazıları şu şekildedir: “*...Bir mahalde narh ahvâli ihtilâlde olub hükm verilmeli olsa cemî’ erbâb- i hirfeti kethüdâları ve sâir ehl-i vukûf ve hibre olan kimesneleri cem’ edüb...*”, Ahmed **Akgündüz**, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, Fey Vakfı, İstanbul 1990, C. VII, s. 336; benzer örnekleri çoğaltabiliriz, **Akgündüz**, C. VIII, s. 123, 336; **Akgündüz**, C. II, s. 193, 194.

42 **Akgündüz**, C. VII, s. 288.

43 **Akgündüz**, C. II, s. 191.

44 Aynı yönde görüş için bk. **Tüfekçi**, s. 185.

45 **Akgündüz**, C. V, s. 423.



Keza Yavuz Sultan Selim'in Tımar Kanunnamesinde mevcut olan “...*Ammâ anun gibi vâki' olub sipahi müteveffânın karındaşlarının tapuların ziyâde almak için bir kimesneyi süret edüb düzme eyleyüb nesne taleb ederse, ol yerün kudemâsından ehl-i hibre kimesneler ve kadı ol yerün üzerine varub tapusu için evvelden anun gibi bir yerde ne denli tapu verilmek ve hakk-ı karar zahir olursa sipahiye ol denlü akçe vereler*”<sup>46</sup> hükmü, miras paylaşımı sırasında murislerden bir tanesinin hakk-ı kararı alacağı sırada mutlaka bilirkişiye başvurulması gerektiğini hükme bağlamaktadır.

Görüldüğü üzere hem şer'î hukuk hem de örfî hukuk kaynaklarında zorunlu bilirkişilik manasına gelebilecek hükümler mevcuttur. Hukukun nasıl tezahür ettiği, sadece kurallar ile değil aynı zamanda uygulama ile şekillenmektedir. O halde zorunlu bilirkişilik anlamına gelebilecek Osmanlı pratiğini, bu pratiğe ve kurallara bağlı oluşturulabilecek zorunlu bilirkişilik türlerini irdelemekte yarar vardır.

### III. ZORUNLU BİLİRKİŞİLİK TÜRLERİ

Gerek kanunname, fıkıh kitapları ve fetvalar gibi hukuk kurallarından gerekse kadı sicilleri gibi uygulama örneklerinden yola çıkarak, zorunlu bilirkişiliğin iki şekilde tezahür ettiğini ifade edebiliriz. Bunlardan ilki, esasa, dava konusuna ilişkin zorunlu bilirkişilik iken; diğer usuli zorunlu bilirkişiliktir.

#### A. Esasa İlişkin Zorunlu Bilirkişilik

Esasa ilişkin zorunlu bilirkişilik ile kastedilen husus, uyuşmazlığın konusuna göre, kadının mutlaka bilirkişiye başvurusu halidir. Buna göre kadı, hukuk kurallarının ve hukukî teamülün<sup>47</sup> gereği olarak çözülmesi

46 **Akgündüz**, C. III, s. 129; benzer örnekleri çoğaltabiliriz, **Akgündüz**, C. VIII, s. 123, 336.

47 Kanaatimizce, Osmanlı hukukunda teamül, yani uygulayıcının önündeki konuyla ilgili daha evvel tercih edilen uygulamanın sürdürülmesi önemli bir hukuki kaynaktır. “Eskiden olanı bozmama geleneği” olarak da ifade edilen bu kaynaktan bilirkişiler de etkilenmişlerdir. Örneğin Kanunnamelerde, bilirkişilerin faaliyetlerini yürütürken veya görüş bildirirken “eskiden olanı bozmama geleneği”ne uygun hareket etmeleri gerektiği hüküm altına alınmıştır. Zira “... *ol yerün kudemâsından ehl-i hibre kimesneler ve kadı ol yerün üzerine varub tapusu için evvelden anun gibi bi yerde ne denli tapu verilmek ve hakk-ı karar zahir olursa sipahiye ol denlü akçe vereler*” **Akgündüz**, C. III, s. 129; “... *Ve besâtine müte'allık kanûn-ı kadîmden ehl-i hibreye ve a'yân-ı şehre sual olundukda şöyle cevap verdiler ki, sâbıka kanûn-ı kadîm böyle idi ki...*” **Akgündüz**, C. II, s. 196. Eskiden beri olan itibar etme geleneği uygulamaya



için muhakkak bilirkişiye başvurulması gereken bir dosya ile karşılaştığında bilirkişiye başvuracaktır. Kadıyı bu yönde bir karar almaya kanunname, fetva veya fıkıh kitapları itebileceği gibi, teamüller de kendisini yönlendirebilmektedir.

Esasa ilişkin konularda mutlaka bilirkişiye başvurulması durumunu, sıklıkla ayıplı mal ile ilintili hukuki ihtilaflarda görmekteyiz. Gerek Serahsi'nin<sup>48</sup> gerekse Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi'nin<sup>49</sup> köle ve cariye de varlığı iddia edilen hatalar/kusurlar için kadının mezkûr köleleri iki adil Müslüman doktora muayene ettirmesi gerektiği yönündeki görüşlerinin titizlikle uygulandığını ifade edebiliriz. Örneğin 1663 senesinde Sâkine bt. Şaban, esirci İbrahim b. Himmet'ten Rus asıllı cariye aldığını, parasını ödediğini, ancak cariyenin verem hastası olduğunu, bu hastalığın önceden kalma olduğunu bu nedenle cariyeyi teslim edip parasını geri almak istediğini kadı huzurunda beyan etmiştir. Esirci İbrahim ise bundan 20 gün önce anılan cariyeyi sattığını ve parasını aldığını, ancak cariyenin verem hastası olmadığını ifade etmiştir. Bunun üzerine kadı "...teveccüh-i husûmet için bu makûle emrâzı teşhîse taraf-ı saltanatdan ta'yîn olunan Hâssa etebbâdan Mustafa Efendi b. Mehmed ve Ahmed Efendi b. Mehmed'e câriye-i merkûme irsâl ve irâet olundukda..."<sup>50</sup> diyerek bu tarz hastalıkları teşhis için saltanat tarafından belirlenmiş olan tabiplere başvurmuştur. Hüküm açıkça kölelerdeki bu

---

da yansımasıdır: Arpa emîni Mehmed Efendi, Çakal Deresi'ndeki kuyulardan çıkardığı suyu, yaptırdığı çeşmeye ve evine akıtması ile ilintili olarak mahallinde keşif yapılmasını ve bilirkişinin suyu, su bölgesini ve su haklarını tahlil etmesini istemiştir. Davacının bu talebi sırasında "... kûbel-i şer'-i şerîfden üzerine varılıp erbâb-ı miyâh beynlerinde mu'tâd olan tarz-ı ma'rûf ve semt-i me'lûf üzre alâ vechi'l-mu'tâd ve neski'l-i'tiyâd vezn ve ayâr ve tahmîn-i sahîh-i şer'î ile tahmîn ve ta'yîn olunmak matlubumdur..." **İstanbul 2010 Avrupa Kültür Başkenti Ajansı ve Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM)**, İstanbul Kadı Sicilleri Eyüb (Havâss-ı Refîa) Mahkemesi 61 numaralı sicil (H. 1065 - 1066 / M. 1655), Haz. Baki Çakır, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), C. 27, s. 267 Hüküm no: 302 Orijinal metin no: [61b-2]; Burada su uzmanları arasında mutad olan, bilinen tarzda ve alışılmış yöntem ile âdet edilmiş nizam ile tartılmasını, ayarlanmasını ve tahmin edilmesini istemiştir. **Kılınç**, Bilirkişilik, s. 25.

48 **Serahsi**, C. 13, s. 157.

49 **Kaya ve diğerleri**, s. 159, 303.

50 **İstanbul 2010 Avrupa Kültür Başkenti Ajansı ve İslam Araştırmaları Merkezi (İSAM)**, İstanbul Kadı Sicilleri İstanbul Mahkemesi 12 Numaralı Sicil (H. 1073-1074/M. 1663-1664), Haz. Rasim Erol ve diğerleri, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), C. 16, s. 451 Hüküm no: 547 Orijinal metin no: [49b-5].

tarz hastalıklarda ve buna bağlı olarak maldaki ayıpta bilirkişiye başvurulmasının zorunlu olduğunu ortaya koymaktadır.

1675 senesinde Mehmed Çelebi b. Ahmed'in Ali Beşe b. Hüseyin'den satın aldığı cariyenin önceden hastalıklı olduğu için iadesi için açılan benzer bir olayda kadı "... *aybân-ı mezbûrân etıbbâya mürâca'at ile ma'lûme olan uyûbdan olmağla teveccüh-i husûmet için mevsûfe-i mezbûre taraf-ı şehriyârîden ehl-i hibre ta'yîn olup etıbbâdan olan Mehmed Efendi b. Mustafa nâm kimesnelere...*"<sup>51</sup> diyerek bu şekildeki hastalıkların ve buna bağlı olarak maldaki ayıpların tabibe yani bilirkişiye başvurarak çözülmesi gereken türden olduğunu sicile derç ettirmiştir. Bu da bize bu yöndeki ayıplarda mutlaka bilirkişiye başvurulması gerektiğini net bir şekilde göstermektedir. Görüldüğü üzere ayıplı cariyeye veya köleye ilişkin ihtilaflarda kimlerin bilirkişi olacağı dahi padişah tarafından hususi olarak belirlenmiştir. Bu konuda kadının bir takdiri olmamış, merkezi otoritenin belirlemiş olduğu kişiler bilirkişilik yapmıştır. Bu bağlamda sicillerden de anlaşıldığı gibi kadının yegâne görevi ihtilaf konusunun cariyenin veya kölenin ayıbına ilişkin olduğuna yönelik karar vermesidir. Kadı bu yönde karar verdikten sonra artık mecburen bilirkişiye başvuracaktır.

Başka bir olayda davacı, satın aldığı cariyesinin mahrem bölgesinde, daha önceden ortaya çıkan *cüzzam* hastalığı olduğunu iddia ederek parasını talep etmiştir. Davalı ise cariyenin önceden *cüzzam*lı olduğu yönünde bir bilgiye sahip olmadığını ifade etmiştir. Bunun üzerine hekim ve ebelere başvurulmuştur. Neticede Kamerşah, İsmihan ve Döndüşah adlı kadınlar Mahmud'un huzurunda, cariyede görülen *cüzzam* marazının yeni olmayıp, daha önceden mevcut olduğu yönünde görüş bildirmişlerdir<sup>52</sup>. Bu yöndeki örnekleri çoğaltmak mümkündür<sup>53</sup>.

51 **İstanbul 2010 Avrupa Kültür Başkenti Ajansı ve İslam Araştırmaları Merkezi (İSAM)**, İstanbul Kadı Sicilleri İstanbul Mahkemesi 18 Numaralı Sicil (H. 1086-1087/M. 1675-1676), Haz. Salih Kahriman ve diğerleri, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM) Yayınları, C. 18, s. 310 Hüküm no: 291 Orijinal metin no: [74a-1] .

52 Özen Tok, "Osmanlı Dönemi Hekim-Hasta İlişkileri (Kadı Sicillerine Göre XVII. ve XVIII. Yüzyıllarda Kayseri Örneği)", Turkish Studies, C. III-IV, 2008, s. 791.

53 Ebubekir Ağa'nın Esirci Ali Beşe'den almış olduğu cariyenin hastalıklı çıkması sebebiyle bedelinden bir miktarını geri almasına ilişkin ihtilaftada "...*bu makûle uyûbu teşhîse taraf-ı saltanat-ı aliyyeden ehl-i hibre ta'yîn olunan hâssa hekimbaşı olan umdetü'l-ulemâi'l-izâm Nuh Efendi'ye irsâl ve irâet olundukda ol dahi ba'de'n-nazar ...*" denilerek bilirkişiye başvurunun zorunlu olduğu vurgulanmıştır; **İBB**

Narha ilişkin uyuşmazlıklarda da mutlaka bilirkişiye başvurulması gerektiğini Bursa İhtisap Kanunnamesi'ndeki<sup>54</sup> hüküm ile belirtmiş idik. Hakikaten kadı sicillerinde de narh ile ilgili bir uyuşmazlık olduğunda davanın bilirkişiye götürüldüğü görülmektedir. 1655 senesinin Ramazan ayında çobancılar ile peynircilerin karşı karşıya geldiği davada, peynirciler, çobancıların kendilerinden belirtilenin üzerinde narh aldıklarını iddia etmektedirler. Çobanların peynircilere sattıkları teleme peyniri için narhtan fazla para istedikleri, eskiden beri teleme peynirinin fiyatının dil peynirinin narhının yarısı kadar olduğu hususu bilirkişiye başvurularak belirlenmiştir<sup>55</sup>. Bu yöndeki örnekleri de çoğaltmak mümkündür<sup>56</sup>.

- 
- Kültür A.Ş. ve Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, İstanbul Kadı Sicilleri Rumeli Sadâreti Mahkemesi 161 Numaralı Sicil (H.1115-1116 / M. 1704), Haz. Coşkun Yılmaz ve diğerleri, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM) Yayınları, C. 59, s. 500 Hüküm no: 523 Orijinal metin no: [128a-2]; **İstanbul 2010 Avrupa Kültür Başkenti Ajansı ve İslam Araştırmaları Merkezi (İSAM)**, İstanbul Kadı Sicilleri İstanbul Mahkemesi 18 Numaralı Sicil (H. 1086-1087/M. 1675-1676), Haz. Salih Kahriman ve diğerleri, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM) Yayınları, C. 18, s. 209 Hüküm no: 169 Orijinal metin no: [41b-2]; bu minvaldeki örnekleri çoğaltmak mümkündür; **İstanbul 2010 Avrupa Kültür Başkenti Ajansı ve İslam Araştırmaları Merkezi (İSAM)**, İstanbul Kadı Sicilleri İstanbul Mahkemesi 18 Numaralı Sicil (H. 1086-1087 / M. 1675-1676), Haz. Salih Kahriman ve diğerleri, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM) Yayınları, C. 18, s. 310 Hüküm no: 291 Orijinal metin no: [74a-1].
- 54 “...İmtisâlen lil-emr-il-âli -Lâ zâle âliyen- her hirfeti ve ehl-i hibreleri başka başka ihzâr olunub narhyâtın her birisinde narh-ı kâdim nice icra ve hal mukarrer midir ve mütegayir midir ve sebeb nedir ve ne zamandan berüdir deyü istifsâr olunacak...” **Akgündüz**, C. II, s. 191.
- 55 Sicildeki “...çoban tâ'ifesini mücerred bize narh câri olmamışdır deyü bey' ve teslim eyledikleri teleme peynirinin her vakyyesine bizden yedişer akçe taleb edip bizimle nizâ'dan hâli değillerdir vukûfu olan bi-garaz müsliminden suâl olunup...” ifadesi kanaatimizi desteklemektedir. **İstanbul 2010 Avrupa Kültür Başkenti Ajansı ve İslam Araştırmaları Merkezi (İSAM)**, İstanbul Kadı Sicilleri Eyüb Mahkemesi (Havass-ı Refia) 61 Numaralı Sicil (H. 1065- 1066 / M. 1655), Haz. Baki Çakır, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM) Yayınları, C. 27, s. 97 Hüküm no: 73 Orijinal metin no: [14a-2].
- 56 **İBB Kültür A.Ş. ve Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, İstanbul Kadı Sicilleri İstanbul Mahkemesi 78 Numaralı Sicil (H. 1216-1217 / M. 1801-1803), Haz. Ayhan Işık ve diğerleri, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM) Yayınları, C. 82, s. 377 Hüküm no: 438 Orijinal metin no: [63a-2]; **İBB Kültür A.Ş. ve Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, İstanbul Kadı Sicilleri İstanbul Mahkemesi 97 Numaralı Sicil (H.1217-1225 / M. 1802-1810) Haz. Mürsel Sarı ve diğerleri, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM) Yayınları, C. 83, s. 329 Hüküm no: 228 Orijinal metin no: [85b-1].

Hayvanların verdikleri zararların belirlenmesi hususunda zorunlu bilirkişiliğe ilişkin “...bir davar ki, ...ve illâ girdüğü bağa ve bağçeye ve bostana zarar ve ziyân eylese, evvelâ ehl-i hibre ma’rifetiyle sâhibine zararı tazmîn olunub cerimesi alınur.”<sup>57</sup> şeklinde hüküm olduğunu ifade etmiştik. Bu tarz uyuşmazlıklarda tarafların muslihûn aracılığı ile husumetlerini bitirdiklerini gözlemliyoruz. Örneğin Seyyid İbrahim b. Hüseyin’in hayvanlarıyla bostanına zarar verdikleri iddiasıyla açtığı tazminat davasında “...bâ-tavassut-ı muslihîn mezbûr Ali ile on iki guruş bedel mukâbelesinde sulh olup...”<sup>58</sup> denilerek muslihûn vasıtasıyla uyuşmazlığın nihayete erdiği görülmektedir. Bu yönde örnekler, yani kanunnamede bilirkişiye başvuru zorunlu kılınmasına rağmen, muslihûn vasıtasıyla uyuşmazlıkların çözülmesindeki temel gerekçe kanaatimizce muslihûn ile çözümde esnek olunabilmesidir.<sup>59</sup> Günümüzde olduğu gibi, Osmanlı Devleti’nde de hâkime/kadıya alternatif şekilde uyuşmazlıklar arabulucu/muslihûn vasıtasıyla çözülebilmekte, bu ihtilafların çözümünde tarafların kendi iradeleri ön planda olabilmektedir.<sup>60</sup> Zira kadı huzuruna gidildiğinde bilirkişiye başvurulacak, kadı da hüküm kurarken raporu esas alacaktır. Ancak muslihûn ile çözüldüğünde bu aşamalara başvurulmayacak, uygulanacak olan hukuku belirlemede taraflar daha

57 Akgündüz, C. V, s. 423.

58 İBB Kültür A.Ş. ve Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 531 Numaralı Sicil (H. 1204-1207 / M. 1790-1793), Haz. Abdülkadir Alkın ve diğerleri, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM) Yayınları, C. 81, s. 951 Hüküm no: 1630 Orijinal metin no: [137b-2].

59 Detaylı bilgi için bk. Mustafa Aktürk, “İslam Hukukundaki Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Türk Aile Hukukuna Mukayesesi”, Kırıkkale Hukuk Mecmuası, C. 2, S. 1, 2022.

60 Osmanlı Devleti’nde de muslihûna başvuru gerekçesi, tarafların doğrudan İslam hukuku ve Osmanlı hukukunun uygulamaktan kaçınmak istemeleri olabilmıştır. Örneğin Mehmet Ağa, daha evvel araplık mutasarrıfı olan rahmetli Ali Paşa’nın varisleri ile muris sağ iken kendisinden 50 bin akçe aldığı iddiası ile dava açmaktadır. Kaydın devamında geçen “elli bin akçe aldı deyü da ‘vâ eylediğimde, verese-i mezbûre dahi inkâr etmeğin, ben dahi isbât sadedinde iken beynimizde muslihûn-ı Müslimûn tavassut edip, bu husûs sulh olunmak sagîr-i mezbûr hakkında enfa’dır deyü” ifadelerinden tarafların sulh oldukları görülmektedir. İstanbul 2010 Avrupa Kültür Başkenti Ajansı ve Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), İstanbul Kadı Sicilleri İstanbul Mahkemesi 3 Numaralı Sicil (H. 1027 / M. 1618), Haz. Yılmaz Karaca ve diğerleri, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM) Yayınları, C. 13, s. 189 Hüküm no: 229 Orijinal metin no: [25a-1]; Anlaşıldığı üzere konunun kadı önünde değil, muslihûn aracılığı ile nihayete erdirilmesi istenmektedir. Zira kadı önünde ihtilaf bitirilecek olursa varislerin zarara uğrayacakları belirtilmektedir. Kılınç, Muslihûn, s. 45.

esnek hareket edebilecektir. Kanaatimizce söz konusu esneklik, tarafları muslihûna yönlendirmekte, dolaylı olarak zorunlu bilirkişi uygulamasından uzaklaştırmaktadır.

Esasa bağlı olarak mutlaka bilirkişiye başvurulması gereken diğer konu, sınır uyuşmazlıklarıdır. II. Selim dönemi kanunnamesinde yer alan “*Ba’zı çiftlikler toprağında nizâ’ olunsa, Hazine-i Âmire’de mahfûz olunan iki başı mühürlü urgan verilüb vilâyet kâdîsi ol diyarın müsîn ve mu’temedünaleyh ehl-i vukûf adamlarıyla anın gibi yerlerin üzerlerine varılıb mesâa eylemek için Celâl-zâde zamanında hükm verilmiştir.*”<sup>61</sup> şeklindeki hükmün zorunlu bilirkişiliğe ilişkin talimata yer verdiğini belirtmiş idik. Hakikaten, bu hükme göre kadı, sınır uyuşmazlıklarını ehl-i vukûfa başvurarak çözüme kavuşturmak zorundadır. Bu hükmün pratiğe yansımaları fermanlarda görmek mümkündür. Sultan Beyazıt Vakfı’na ait sınıra ilişkin ihtilafta arazinin sınırının belirlenmesi için öncelikle bilirkişiye başvurulması gerektiği, Kanunname’deki ifadeler ile uyum halinde “...müsîn ve bî-garaz müslümanlar ile mahall-i nizâ’ın üzerine varıp kadîmî sınır her ne mahalden idiği ehl-i vukûf ihbârıyla tamâm ma’lûm edindiğinizden sonra...”<sup>62</sup> şeklinde ifade edilmektedir. Ferman, önce tecrübeli, tarafsız bilirkişiler ile uyuşmazlık noktasına gidilmesini, akabinde de sınır tecavüzünün olmaması gerektiğini “...sonra ahadühümâ âharın sınırına tecâvüz etmemek üzere ol mahalden müceddeden vaz’-ı alâim ve ta’yîn ve Asitâne-i sa’âdetime arz eylemek emrim olmuştur.” diyerek hüküm kurmaktadır. Sınır uyuşmazlıkları konusunda da uygulamada tarafların muslihûn aracılığı ile ihtilaflarını nihayete erdirdikleri ve bu noktada bilirkişiye başvurulmadığı da görülmektedir<sup>63</sup>.

Görüldüğü üzere gerek fıkıh kitapları gerek kanunnameler gerekse fermanlar gibi muhtelif hukuk kurallarının hangi konularda muhakkak bilirkişiye başvurulması gerektiği yönündeki talimatları, uygulamaya da ziyadesiyle yansımıştır. Ayıplı maldaki kusur, sınır ihtilafı, narha ilişkin sorun gibi konularda pratikte mutlaka bilirkişiye başvurulduğu

61 Akgündüz, C. VII, s. 288.

62 İstanbul 2010 Avrupa Kültür Başkenti Ajansı ve Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), İstanbul Kadı Sicilleri Eyüb Mahkemesi (Havass-ı Refia) 37 Numaralı Sicil (H. 1047 / M. 1637 - 1638), Haz. Salih Kahriman ve diğerleri, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), C. 25, s. 440, Hüküm no: 584 Orijinal metin no: [92a-1].

63 İBB Kültür A.Ş. ve Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Kadı Sicilleri Rumeli Sadâreti Mahkemesi 161 Numaralı Sicil (H.1115-1116 / M. 1704), Haz. Coşkun Yılmaz ve diğerleri, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM) Yayınları, C. 59, s. 82 Hüküm no: 34 Orijinal metin no: [8b-2].

gözlemlenmiştir. Bununla birlikte özellikle muslihûn vasıtasıyla çözülen ihtilaflarda anılan konularda bilirkişiye başvurulmaması irdelenmiş olup, bu durumun muslihûnun yargıya alternatif olma özelliğinden kaynaklandığı sonucuna vardık diyebiliriz. Bu durum, zorunlu bilirkişiliğinin kadı huzurunda görülmekte olan davalarda uygulandığını göstermektedir. Zorunlu bilirkişilik bu örneklerde olduğu gibi sadece konu temelli belirlenmemiş, usulen de bu yöneme başvurulabilmiştir.

### B. Usulî Zorunlu Bilirkişilik

Usuli zorunlu bilirkişilik ile anlatılmak istenen, üst yargı merciinin bidayet mahkemesine uyuşmazlığın çözülmesi için mutlaka bilirkişiye başvurmasını zorunlu tutmasıdır. Burada kadıyı bilirkişiye başvurmaya zorunlu kılan husus, uyuşmazlığın konusu olmayıp, yargılama tekniğidir. Anılan yöntemde ihtilafın mevzuu mühim değildir; usul hukukunun bir gereği olarak bilirkişiye başvurulması söz konusudur. Bu ise kadıların vermiş olduğu kararların denetlenmesi halinde karşımıza çıkmaktadır. Kadıların bu yönde karar almaya iten faktör ise genelde Dîvân-ı Hümâyûn olmaktadır.

Malum olduğu üzere Osmanlı Devleti'nde hukuki meselesi olan bireylerin müracaat edebileceği birçok yargı merci mevcuttur. Reaya; ırk, din, mezhep ayrımı yapılmaksızın Dîvân-ı Hümâyûn'a kolaylıkla başvurabilmekte ve sorunlarını sonlandırabilmektedir. Dîvân-ı Hümâyûn'un yargı özelliği bu açıdan mühimdir. Zira müessesese, bizzat yargılama yapabilir ve hüküm kurabilir. Bununla birlikte Dîvân-ı Hümâyûn yargılamanın mahallinde çözümlenmesine de karar verebilir<sup>64</sup>. Bu noktada Dîvân-ı Hümâyûn kadıya vakanın bilirkişiye başvurarak çözümlenmesini emredebilmektedir. Konu, uygulamaya ziyadesiyle yansımaktadır: Sultan Beyazıd Vakfı mütevellisi Dîvân'a "...evkâf-ı mezbûreden kazâ-i mezbûra tâbi' Yayla nâm karyesine mümtâz ve mu'ayyen sınırı dâhilinde vâki' re'âyâ tâifesi zirâ'at ve hirâset eyleyip

64 Öğretide Dîvân-ı Hümâyûn'un temyiz mahkemesi konumunda sayıldığını ifade eden görüşler ağırlıktadır. Bk. İsmail Hakkı **Uzunçarşılı**, Osmanlı Devletinde Merkez ve Bahriye Teşkilatı, 4. Baskı, TTK Yayınları, Ankara 2020, s. 13; Ahmet **Mumcu**, Divan-ı Hümayun, 3. Baskı, Phoneix Yayınları, Ankara 2007, s. 73 vd.; Ekrem Buğra **Ekinci**, Ateş İstidâsı İslam-Osmanlı Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü, Filiz Kitabevi, İstanbul 2001, s. 105; Mustafa **Avcı**, Türk Hukuk Tarihi, Atlas Akademi, Konya 2018, s. 138; **Demir**, Mufassal, s. 160; Coşkun **Üçok**/Ahmet **Mumcu**/Gülnihal **Bozkurt**, Türk Hukuk Tarihi, 17. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 256; **Cin/Akgündüz**, Türk Hukuk Tarihi, s. 238; **Ekinci**, Osmanlı Hukuku, s. 254; **Akman**, Ceza Yargılaması, s. 36; **Aydın**, Türk Hukuk Tarihi, s. 141.

*kadîmü'l-eyyâmdan öşr ve resmin evkâf-ı mezbûre câbîleri alıgeldiği ba'zı yerler için Handan Ağazâde demekle ma'rûf () nâm kimesne benim mutasarrıf olduğum İstiranca nâm karye toprağından ve öşr ve resmin ben alırım deyû dahl ve nizâ'dan hâlî olmadığın bildirip men' ve def olunmak...*"<sup>65</sup> diyerek başvurmuştur. Anlaşılabacağı üzere davacı, yetkisi dâhilinde olan sınırlar içerisinde vakfa ilişkin vergileri, evvelden bu yana topladığını ancak bazı yerler için bir başka kişinin söz konusu vergileri kendisinin almak istediğini zikretmiş ve bu durumun engellenmesini talep etmiştir. Konumuz açısından mühim bir nokta ise davacının bilirkişi talebinde bulunmamış olmasıdır. Ancak Dîvân-ı Hümâyün "...müsin ve bî-garaz müslümanlar ile mahall-i nizâ'ın üzerine varıp kadîmi sınır her ne mahalden idiği ehl-i vukûf ihbârıyla tamâm ma'lûm edindiğinizden sonra ahadühümâ âharın sınırına tecâvüz etmemek üzere ol mahalden müceddeden vaz'-ı alâim ve ta'yîn..." diyerek kadıya ferman göndermiş ve kadıdan vakfın önceden beri olan sınırının nerede olduğunu bilirkişi ile tespit etmesini istemiştir. Dolayısıyla hiçbir talep yok iken, olayın bilirkişi ile çözümlenmesini emretmiştir. Bu da kanaatimizce zorunlu bilirkişi uygulaması anlamına gelmektedir. Dönemin şartları açısından tahlil edildiğinde bu uygulamanın usule ve hukuka uygun olduğunu da ifade etmek gerekir.

Selânik'te iltizam olarak verilen Evrenos Bey Vakıflarının gelirlerine ilişkin uyuşmazlıkta "...ehl-i vukûf ve bî-garaz kimesneler[i] ile ol bağlar üzerine varılıp gönderilen mahtûm .... ile sâhibleri muvâcehesinde kemâl-i 'adâlet ile müşâhede idüp dahi herkesin bağının ne mikdâr idüğün temâm ma'lûm olduktan sonra ana göre defter idüp..." denilerek, bilirkişiler ile dava konusu bağa gidilmesi, adil bir şekilde keşif<sup>66</sup> yapılması ve bir rapor tutulması emredilmiştir<sup>67</sup>.

65 **İstanbul 2010 Avrupa Kültür Başkenti Ajansı ve Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM)**, İstanbul Kadı Sicilleri Eyüb Mahkemesi (Havass-ı Refia) 37 Numaralı Sicil (H. 1047 / M. 1637 - 1638), haz. Salih Kahriman ve diğerleri, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), C. 25, s. 440 Hüküm no: 584 Orijinal metin no: [92a-1].

66 Keşif ile ilgili detaylı bilgi için bk. Ahmet **Kılınç/Betül Argunhan**, "Osmanlı Yargılama Hukukunda Keşfe İlişkin Birtakım Mülâhazat (17-18. Yy. İstanbul Örnekleme)", Türk Hukuk Tarihi Sempozyumu Bildiriler Kitabı, (Ankara Türkiye 25-27 Ekim 2021), s. 415 vd.

67 Bahadır **Bakkaloğlu**, H. 1112 - 1114 [M. 1700 - 1702] Tarihli 8 Numaralı Selânik Şer'iyye Sicili (Metin ve Değerlendirmesi), Yüksek Lisans Tezi, Mimar Sinan Güzel Sanatlar Üniversitesi SBE, 2018, s. 266-267.



Belgelerde usuli zorunlu bilirkişiliğe ilişkin daha net ifadelere rastlayabiliyoruz. Örneğin Dîvân-ı Hümâyun'un bazı kayıtlarında “...*husus-ı mezbûru mahallinde vukufu olan bî garaz neferatdan vesâir ehl-i vukûfdan gereği gibi tefahhus olunub sen arz ve neferat muhzir eylemeleri bâbında fermân-ı âlişanım sâdır olmuşdur...*”<sup>68</sup> denilerek, bilirkişiye gidilmesi vurgulanarak emredilmiştir<sup>69</sup>.

Diğer bir misalde Mustafa b. Mehmed'in Ahmed Ağa Vakfı arsası üzerine bina ettiği menzil masraflarının belirlenmesi amacıyla Dîvân-ı Hümâyun'a başvurmuş, Dîvân-ı Hümâyun ise bunun kadı önünde nihayete erdirilmesine hükmetmiştir. Kayıтта geçen “... *varılıp keşf [ve] nazar olunup masrûfum tahmîn-i sahîh ile tahmîn olunmak matlûbumdur deyip husûs-ı mezkûr için bu fakîre hitâben buyruldu-yı şerîfibrâz etmeğın ...*”<sup>70</sup> ifadesi davacının önce Dîvân-ı Hümâyun'a müracaat ettiğini, Dîvân-ı Hümâyun'un ise yargılamaya kadının devam etmesine karar verdiğini göstermektedir. Bu bağlamda bazı vakıflarda da keşif ve bilirkişiye başvuru prosedürünü Dîvân-ı Hümâyun'un bizzat yaptırmadığını, bu yönde bir talep olması halinde bunu kadınlara yönlendirdiğini de zikredebiliriz<sup>71</sup>.

Vergi hukukuna ilişkin bir olayda da Dîvân-ı Hümâyun, kadının bilirkişiye başvurarak hüküm kurmasını istemiştir. Olayda vergi kaçırarak için koyunları üzerinde müdahalede bulunan çobanların mevcut olduğuna ilişkin duyum üzerine, durumun incelenmesi için bilirkişilere başvurulması emredilmiştir. Hükümde geçen “... *Ve şöyle istimâ' olundu kim resm-i ganem vermıyen kimesneler çobânlarınız ve gayrıdan ba'zı kimesnelerin koyunları suyu vaktinde ... kendü koyunlarına halat idüb resimlerin aldırmağa mâni' olurlar imiş [ol] asıl kimesneler çobânları kendi koyunlarına halat eyledişleri koyunların ehl-i vukûfdan teftîş idüb kulum ile maan defter idüb...*” ifadeleri, bazı çobanların vergi kaçırarak amacıyla koyunlar üzerinde oynamalar yaptığını bunun denetlenmesi için

68 Erhan **Ekici**, 21 Numaralı Kastamonu Şer'iyeye Sicili'nin (1-104) Sayfaları Arası Transkripsiyonu ve Değerlendirmesi (H. 1128-1129/M. 1716/1717), Yüksek Lisans Tezi, Kastamonu Üniversitesi SBE, 2018, s. 166.

69 **Kılınç**, Bilirkişilik, s. 156.

70 **İstanbul 2010 Avrupa Kültür Başkenti Ajansı ve İslam Araştırmaları Merkezi (İSAM)**, İstanbul Kadı Sicilleri İstanbul Mahkemesi 18 Numaralı Sicil (H. 1086-1087/M. 1675-1676), Haz. Salih Kahrıman ve diğerleri, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi (İSAM) Yayınları, C. 18, s. 552 Hüküm no: 601 Orijinal metin no: [170b-2].

71 **Kılınç**, Bilirkişilik, s. 156.



bilirkişilere başvurulmasını emretmektedir<sup>72</sup>. Bu durum da belirttiğimiz gibi usuli açıdan zorunlu bilirkişi uygulamasını göstermektedir.

Bir başka örnekte Unkapanında beş horoz ve bir bab değirmenin mutasarrıfları Atnaş ve ortakları mali hususlarda uyuşmamışlar. Uyuşmazlığın giderilmesi için tarafların, ekmekçiler kethüdası ve nizam ustaları ve tüccardan oluşan ehl-i vukûf kimselerin huzurunda hesaplarının görülmesi hakkında buyruldu verilmiştir<sup>73</sup>.

Konya kadısına yazılan fermana ise sabun fiyatının ne kadar olması gerektiği konusundaki ihtilaftan dolayı tespitin yapılabilmesi için bilirkişiye başvurulması gerektiği “...*sen ki Konya kâdisısın hâlâ irsâl olunan (boş) ma’rifetiyle yerlü yerinden bî-garaz müslümânlar muvâcehesinde teftîş ve tefahhus idüp...*”<sup>74</sup> şeklinde emredilmiştir. Akabinde varılan neticenin başkente gönderilmesi gerektiği “...*sonra teslîm-i hazîne olandan mâ ‘adâ vakiyye başına ziyâde gelen akçaları bi-hasebi ‘ş-şer’ ve ‘l kânûn teveccüh idenlerden mu’accelen taleb ve tahsil ve defter idüp defteri ile ber-vech-i ta ‘cîl der-sa ‘âdet ime irsâl ve teslîm-i hazîne itdirmek bâbında...*” denilerek ifade edilmiştir. Dolayısıyla ihtilafın çözümlenebilmesi için bilirkişiye başvurulması şart koşulmuştur.

Eyüp’te Ahmet Ağa, Çavuşzâde Mehmed Efendi’den davacı olmuş ve Mehmed Efendi’nin kendi avlu duvarını yıkıp, mülkiyetinde olan bahçesine tecavüz ettiğini iddia etmiştir. Ahmet Ağa vakayı kadı huzuruna getirmeden önce Dîvân-ı Hümayûn’a başvurmuş ve Dîvân’da da bilirkişiye başvurulması gerektiği belirtilmiştir. Sicilde geçen “...*buyruldu-yı şerîfe nazar olundukda Mi ‘mâr Ağa ve Nâib Efendi şer’le görüle deyû buyrulmağın...*”<sup>75</sup> şeklindeki hüküm düşüncemizi teyit etmektedir.

72 “...*Ve şöyle istimâ’ olundu kim resm-i ganem vermiyan kimesneler çobânlarınız ve gayrından ba’zı Kimesnelerin koyunları suyu vaktinde ... kendü koyunlarına halat idüb resimlerin Aldırmağa mâni’ olurlar imiş evvel (ol) asıl kimesneler çobânları kendi koyunlarına halat eyledişleri Koyunların ehl-i vukûfdan teftîş idüb kulum ile maan defter idüb...*”, Yaşar Uğurlu, 16. Yüzyıl Sonunda Merkez Taşra İlişkilerinde Çirmen Örneği (15 Nolu Çirmen Şer’iye Sicilinde Padişaha Ait Vesikalının Transkripsiyon ve Değerlendirilmesi), Yüksek Lisans Tezi, Abant İzzet Baysal Üniversitesi SBE 2008, s. 103.

73 **BOA, C..BLD., 6/260**, 25 Zilkade 1214 H., 20 Nisan 1800.

74 İzzet **Sak**, Konya Kadı Sicili (1071 - 1072 / 1661 - 1662) Defter 11, Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, Konya 2014, s. 435.

75 **Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM)**, İstanbul Kadı Sicilleri Eyüb (Havâss-I Refia) Mahkemesi 61 Numaralı Sicil (H. 1065 - 1066 / M. 1655), Haz. Baki Çakır ve diğerleri, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM) Yayınları, C. 27, s. 199 Hüküm no: 212 Orijinal metin no: [42a-2].

Anlaşıldığı üzere, doğrudan Dîvân-ı Hümayûn'a başvurulması durumunda, ya da Dîvân-ı Hümayûn'un kendiliğinden harekete geçmesi halinde, uyuşmazlığın mahallinde, yerel mahkemece çözülmesi sırasında bilirkişiye başvurulması emredilebilmiştir. Bu hallerde ihtilaf konusu hususunda bir ayırım söz konusu olmamakla birlikte, genelde keşfi de gerektirecek vakalarda bu yöntemin tercih edilmesi dikkat çekmektedir. Keza, hukuki teamülün uzantısı olarak önceden beri tercih edilen yöntemlerin tespiti hususunda da Dîvân, yerel mahkemeye bilirkişiyi zorunlu tutabilmiştir. Uygulamada vakıf geliri, masrafları, esnaflar arasındaki uyuşmazlıklar ve sınır uyuşmazlıklarında Dîvân-ı Hümayûn'un bilirkişiye gidilmesine yönelik talimat verdiğini gözlemliyoruz. Keza kayıtlar genelde Dîvân-ı Hümayûn'un bu yönde bir yönlendirmesi olduğunu gösterse de konuya göre İkinci Dîvânı, Kazasker Dîvânı gibi diğer üst mercilerin de bu yönde tercihte bulunabileceği ifade edilebilir.

## SONUÇ

Klasik dönem olarak ifade edilen kuruluştan Tanzimat dönemine kadar olan devirde Osmanlı Devleti adaleti temin edebilmek için kendisine has hukuk sistemi, müessesesi, kuralları ve uygulamayı haiz olmuştur. Adaletin temini hususunda Dîvân-ı Hümayûn'dan naibe, cemaat mahkemesinden konsolosluk mahkemesine kadar geniş yargı mercilerine sahip olmuştur. Elbette kadılar klasik dönemde Osmanlı yargı teşkilatının temel taşı olmuştur. Ancak gerek kadıya gerekse diğer yargı mercilerine müftüden kassama, subaşıdan kâtibe kadar çeşitli görevliler yardım etmiştir. Bununla beraber teknik ve özel bilgiye ihtiyaç duyulması halinde “ehl-i hibre”, “ehl-i vukûf”, “erbâb-ı vukuf” , “sâhib-i vukuf” olarak isimlendirilen görevlilerden de istifade edilmiştir.

Alanında uzman, “bî-garaz” yani tarafsız, adil, soyut bilgilerini, somut olaya aktarabilecek yetenekte; musin yani tecrübeli veya yaşlı olması gereken bilirkişilerin hazırlayacağı raporlar ya da görüşler, ispat vasıtası olarak takdiri delil kategorisinde yer almaktadır. Bilirkişi görüşlerinin takdiri delil kategorisi içerisinde yer alması, ona başvurunun zorunlu olmasına engel değildir. Zira kanaatimizce zorunlu bilirkişilik, kadının hüküm kurarken mutlaka bilirkişiye başvurması aksi halde hükmünün geçerli olmayacağı manasını taşımaktadır. Bu durumda zorunlu bilirkişilik ile bilirkişi görüşlerinin takdiri olması birbirine zıtlık teşkil etmemektedir. Kadı, bilirkişiye başvurmak zorunda olmakla birlikte bilirkişi raporu doğrultusunda karar vermek zorunda değildir.

Osmanlı hukuk kaynaklarında zorunlu bilirkişilik sorgulandığında mühim tespitlere varılmaktadır. Her ne kadar asli kaynaklarda zorunlu

bilirkişiliğe işaret eden hükümler olmasa da Mebsut, el-Hidaye gibi fıkıh kitaplarında konunun uzmanına başvurulması gerekliliği vurgulanmaktadır. Şeyhülislam fetvalarında malın değer kaybının belirlenmesinde nasıl bir yöntem istendiği sorulduğunda “*bi-garaz ehl-i vukûfun ihbariyle*” şeklinde verilen cevaplar, zorunlu bilirkişilik için önemli hukuk kaynağı teşkil etmektedir. Kanunnamelerde sınır uyuşmazlıklarında, narha ilişkin hukuki ihtilaflarda, hayvan sahibinin hukuki sorumluluğunun belirlenmesinde, miras hukukunda tapu hakkının belirlenmesinde bilirkişiye başvurunun zorunlu olduğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda hem şer’i hem örfi hukuk kaynaklarında zorunlu bilirkişilik anlamına gelen düzenlemeler mevcuttur.

Gerek hukuk kuralları gerekse uygulamadan yola çıkarak zorunlu bilirkişiliğin iki türünün olduğu ifade edilebilir. Bunlardan ilki olan esasa ilişkin zorunlu bilirkişilikte, uyuşmazlığın konusuna göre kadının mutlaka bilirkişiye başvurması söz konusudur. Bu konuda uygulamada en sık görülen konu ayıplı kölelerde karşımıza çıkmaktadır. Gerek fıkıh kitaplarında gerekse fetvalarda yer alan hükümlere uygun şekilden kadı sicillerinde hastalıklı, dolayısıyla ayıplı olan kölelere ilişkin uyuşmazlıklarda mutlaka bilirkişiye başvurulmuştur. Hatta sicillerden anlaşıldığı kadarıyla İstanbul özelinde isim isim kimlerin bu konularda bilirkişilik yapabileceği de padişah tarafından belirlenmiştir. Kanunnamelerdeki hükümlere uygun şekilde, narha ilişkin uyuşmazlıklarda ve sınır uyuşmazlıklarında da bilirkişiye başvurulduğunu gözlemliyoruz. Bununla birlikte, özellikle muslihûn vasıtasıyla çözülen ihtilaflarda bilirkişiye başvurulmaması da söz konusu olabilmektedir. Kanaatimizce bu durum, muslihûnun yargıya alternatif olma özelliğinden kaynaklanmaktadır.

Zorunlu bilirkişilik sadece konu bazlı belirlenmemiş, usulen de bu yönetime başvurulabilmiştir. Usuli zorunlu bilirkişilik, üst yargı merciinin bidayet mahkemesini uyuşmazlığın çözülmesi için mutlaka bilirkişiye başvurmasını zorunlu tutmasıdır. Bu yöntemde ihtilafın mevzuu önemli olmayıp, usul hukukunun bir gereği olarak bilirkişiye başvurulması söz konusudur. Bu usuli gereklilik ise genelde Dîvân-ı Hümayûn tarafından belirlenmiştir. Bu noktada, Dîvân-ı Hümayûn kadıya vakanın bilirkişiye başvurarak çözümlenmesini emretmektedir. Başvurunun önce kadıya ya da Dîvân-ı Hümayûn’a yapılması açısından fark yoktur. Bazı örneklerde Dîvân-ı Hümayûn’un “... *Ve şöyle istimâ’ olundu ...*” diyerek kendisine gelen duyum üzerine resen hareket etmiş ve kadıyı bilirkişiye başvurarak uyuşmazlığı çözmekle vazifelendirebilmiştir. Bu noktada sadece Dîvân-ı

Hümayûn'un değil diğer üst yargı mercilerinin de bu yönde yetkisinin olabileceği ifade edilmelidir. Uygulamada esnaflar arasındaki uyuşmazlıklar, vakfın geliri, masrafları vergisi, vergi uyuşmazlıkları, sınır uyuşmazlıkları gibi konularda kadının bilirkişiye gitmesi zorunlu tutulmuş gözükmektedir. Rastlanılan vakaların ağırlıklı olarak keşfi de beraberinde getirmesi dikkat çekmektedir. Tüm bunlarla beraber, benzer vakalarda bu yönde tercihte bulunulmaması, üst yargı merciinin somut olayın koşullarına göre karar vermesi ile izah edilebilir.

Netice itibariyle, zorunlu bilirkişilik ile ilgili olarak klasik dönem Osmanlısında kural olarak hukuk kuralları ile uygulamanın birbiriyle uyum halinde olduğunu ifade edebiliriz. Zorunlu bilirkişiliğin hem fetvalar, kanunnameler gibi hukuk kuralları ile çerçevesinin çizilmesi hem de uygulamada görülmesi, ihtilafların adaletli bir şekilde çözülmesi gerektiği bahsindeki hassasiyet ile izah edilebilir. Bu noktadan hareketle, adalete daha hızlı ulaşmak, yargı mercilerine güvenin artması amacıyla, ihtiyaç duyulması halinde günümüzde dahi zorunlu bilirkişilik uygulamasının tercih edilebileceği ifade edilebilir.

**KAYNAKÇA**

- Afyoncu**, Erhan/**Ahışhalı**, Recep, “Kâtip”, TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 25, Ankara 2022.
- Ahışhalı**, Recep, “Muhzır”, TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 31, Ankara 2020.
- Akarsu**, Murat, “İlk Dönem İslam Tarihinde Yargının Kurumsallaşmasında Dört Halifenin Rolü”, Eskiye, 37/Kış 2018, s. 57-79.
- Akgündüz**, Ahmed, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, XI Cilt, Fey Vakfı, İstanbul 1990.
- Akman**, Mehmet, Osmanlı Devleti’nde Ceza Yargılaması, Eren Yayınları, İstanbul 2014.
- Aktürk**, Mustafa, “İslam Hukukundaki Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Türk Aile Hukukuna Mukayesesi”, Kırıkkale Hukuk Mecmuası, C. 2, S. 1, Kırıkkale 2022, s. 91-113.
- Aktürk**, Mustafa, İslâm Hukukunda Boşanmaya İlişkin Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları, 1. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2023.
- Arslantürk**, H. Ahmet, Abdurrahmân Abdî Paşa Kanunnâmesi, Okur Kitablığı, Metamorfoz Yayıncılık, 2012.
- Atar**, Fahrettin, İslam Adliye Teşkilatı, 6. Baskı, DİB Yayınları, Ankara 2020.
- Avcı**, Casim, “Nâib”, TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 32, İstanbul 2006.
- Avcı**, Mustafa, Türk Hukuk Tarihi, Atlas Akademi, Konya 2018.
- Aydın**, M. Âkif, Türk Hukuk Tarihi, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013.
- Bakkaloğlu**, Bahadır, H. 1112-1114 [M. 1700-1702] Tarihli 8 Numaralı Selânik Şer‘iyye Sicili (Metin ve Değerlendirmesi), Yüksek Lisans Tezi, Mimar Sinan Güzel Sanatlar Üniversitesi SBE, 2018.
- BOA. C. BLD**, Kutu 6, Gömlek 51, 25 Zilkade 1214 H., 20 Nisan 1800.
- Ceylan**, Ayhan, “Bir Danışma Kurumu Olarak Divan-ı Hümayun, İslam’da Şûrâ ve Divan-ı Hümayun’un “Şûrâ Meclisi” Niteliği”, S. 31, Yeni Türkiye Osmanlı Özel Sayısı, Yeni Türkiye Yayınları 2000, s. 400-417.
- Cin**, Halil/**Akgündüz**, Ahmed, Türk Hukuk Tarihi, OSAV Yayınları, İstanbul 2011.
- Cin**, Halil/**Akyılmaz**, Gül, Türk Hukuk Tarihi, 10. Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2018.
- Demir**, Abdullah, Mufassal Türk Hukuk Tarihi, Astana Yayınları, Ankara 2019.

**Demir**, Aydoğan, “Bayburt Ulu Camii’nde Bir Osmanlı Ferman Kitabesi: Osmanlı Devleti’nde Naiplik”, Tarih ve Toplum, C. 2, 1994, s. 41-58.

**Doğangüzel**, Semra Betül, “Tanzimat Döneminin Şeriye Mahkemeleri ve Kadıların Değişim Sürecine Etkisi”, Adalet Dergisi, S. 62-63, Ankara 2019, s. 49-66.

**Ekici**, Erhan, 21 Numaralı Kastamonu Şer’iyye Sicili’nin (1-104) Sayfaları Arası Transkripsiyonu ve Değerlendirmesi (H. 1128-1129/M. 1716/1717), Yüksek Lisans Tezi Kastamonu Üniversitesi SBE, 2018.

**Ekinci**, Ekrem Buğra, Ateş İstidâsı İslam-Osmanlı Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü, Filiz Kitabevi, İstanbul 2001.

**Ekinci**, Ekrem Buğra, Osmanlı Hukuku, 2. Baskı, Arı Sanat Yayınları, İstanbul 2012.

**Erdoğan**, Ahmet, 71 No’lu (D. No: 71, S. No: 2254) Amasya Şer’iyye Sicilinin Transkripsiyonu ve Değerlendirmesi, Yüksek Lisans Tezi, Ondokuzmayıs Üniversitesi SBE, 2010.

**Erdoğan**, Suat, “İslâm Muhâkeme Hukukunda Delil Sistemleri ve Hâkimin Takdir Yetkisi”, Düzce Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 2, Y. 7, s. 132-144.

**Fendoğlu**, Hasan Tahsin, “Kamu Denetçiliği Kurumu ve Osmanlı”, Adalet Dergisi, C. 1-2, S. 62-63, s. 161-188.

**Fendoğlu**, Hasan Tahsin, “Osmanlı’da Kadılık Kurumu ve Yargının Bağımsızlığı”, Osmanlı, C. 6 (Teşkilat), Editör: Güler Eren, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara 1999, s. 453-469.

**Gedikli**, Fethi, “Kazâ”, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, C. 25, Ankara 2002.

**Gür**, A. Refik, Osmanlı İmparatorluğu’nda Kadılık Müessesesi, 2. Baskı, Kültür Yayınları, İstanbul 2017.

**İBB Kültür A.Ş. ve Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, İstanbul Kadı Sicilleri Rumeli Sadâreti Mahkemesi 161 Numaralı Sicil (H.1115-1116 / M. 1704), Haz. Coşkun Yılmaz ve diğerleri, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM) Yayınları, C. 59, İstanbul 2019.

**İBB Kültür A.Ş. ve Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, İstanbul Kadı Sicilleri İstanbul Mahkemesi 78 Numaralı Sicil (H. 1216-1217 / M. 1801-1803), Haz. Ayhan Işık ve diğerleri, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM) Yayınları, C. 82, İstanbul 2019.

**İBB Kültür A.Ş. ve Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, İstanbul Kadı Sicilleri İstanbul Mahkemesi 97 Numaralı Sicil (H.1217-1225 / M. 1802-1810), Haz. Mürsel Sarı ve diğerleri, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM) Yayınları, C. 83, İstanbul 2019.

**İBB Kültür A.Ş. ve Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 531 Numaralı Sicil (H. 1204-1207 / M. 1790-1793), Haz. Abdülkadir Alkın ve diğerleri, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM) Yayınları, C. 81, İstanbul 2019.

**İBB Kültür A.Ş./Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, İstanbul Kadı Sicilleri İstanbul Mahkemesi 94 Numaralı Sicil (H. 1222-1223 / M. 1807-1809), Haz. Salih Kahrıman ve diğerleri, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM) Yayınları, İstanbul 2019.

**İbicioğlu**, Şeyda, 1572 No'lu Tekirdağ (Rodosçuk) Şer'iyye Sicili Transkripsiyonu ve Tahlili, Yüksek Lisans Tezi İstanbul Üniversitesi SBE, 2016.

**İbn-i Âbidin**, Muhammed Emin, Reddu'l-Muhtar Ale'd-Dürü'l-Muhtar, Çeviren: Ahmed Davudoğlu, Mazhar Taşkesenlioğlu, Mehmet Savaş, Şamil Yayınları, C. II, İstanbul 1982.

**İpşirli**, Mehmet, "Nâib", TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 32, İstanbul 2006.

**İstanbul 2010 Avrupa Kültür Başkenti Ajansı ve İslam Araştırmaları Merkezi (İSAM)**, İstanbul Kadı Sicilleri İstanbul Mahkemesi 12 Numaralı Sicil (H. 1073-1074/M. 1663-1664), Haz. Rasim Erol ve diğerleri, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM) Yayınları, İstanbul 2010.

**İstanbul 2010 Avrupa Kültür Başkenti Ajansı ve İslam Araştırmaları Merkezi (İSAM)**, İstanbul Kadı Sicilleri İstanbul Mahkemesi 18 Numaralı Sicil (H. 1086-1087/M. 1675-1676), Haz. Salih Kahrıman ve diğerleri, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM) Yayınları, C. 18, İstanbul 2010.

**İstanbul 2010 Avrupa Kültür Başkenti Ajansı ve İslam Araştırmaları Merkezi (İSAM)**, İstanbul Kadı Sicilleri Eyüb Mahkemesi (Havass-ı Refia) 61 Numaralı Sicil (H. 1065- 1066 / M. 1655), Haz. Baki Çakır, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM) Yayınları, C. 27, İstanbul 2011.

**İstanbul 2010 Avrupa Kültür Başkenti Ajansı ve İslam Araştırmaları Merkezi (İSAM)**, İstanbul Kadı Sicilleri İstanbul Mahkemesi 18 Numaralı Sicil (H. 1086-1087/M. 1675-1676), Haz. Salih Kahrıman ve diğerleri, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM) Yayınları, C. 18, İstanbul 2010.

**İstanbul 2010 Avrupa Kültür Başkenti Ajansı ve Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM)**, İstanbul Kadı Sicilleri Eyüb Mahkemesi (Havass-ı Refia) 37 Numaralı Sicil (H. 1047 / M. 1637 - 1638), Haz. Salih Kahrıman ve diğerleri, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM) Yayınları, İstanbul 2011.

**İstanbul 2010 Avrupa Kültür Başkenti Ajansı ve Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM)**, İstanbul Kadı Sicilleri İstanbul Mahkemesi 3 Numaralı Sicil (H. 1027 / M. 1618), Haz. Yılmaz Karaca ve diğerleri, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM) Yayınları, C. 13, İstanbul 2010.

**İstanbul 2010 Avrupa Kültür Başkenti Ajansı ve Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM)**, İstanbul Kadı Sicilleri Eyüb (Havâss-ı Refia) Mahkemesi 61 Numaralı Sicil (H. 1065 - 1066/M. 1655), Haz. Baki Çakır, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM) Yayınları, C. 27, İstanbul 2011.

**İstanbul 2010 Avrupa Kültür Başkenti Ajansı ve Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM)**, İstanbul Kadı Sicilleri İstanbul Mahkemesi 24 Numaralı Sicil (H. 1138-1151/M. 1726-1738), Haz. Fuat Recep ve diğerleri, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM) Yayınları, C. 21, İstanbul 2010.

**İstanbul 2010 Avrupa Kültür Başkenti Ajansı ve Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM)**, İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 84 Numaralı Sicil (H. 999-1000/ M. 1590-1591), Haz. Rifat Günalan, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM) Yayınları, C. 10, İstanbul 2010.

**İstanbul 2010 Avrupa Kültür Başkenti Ajansı ve Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM)**, İstanbul Kadı Sicilleri Eyüb Mahkemesi (Havass-ı Refia) 19 Numaralı Sicil (H. 1028 - 1030 / M. 1619 - 1620), Haz. Yılmaz Karaca ve diğerleri, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM) Yayınları, C. 24, İstanbul 2011.

**İstanbul 2010 Avrupa Kültür Başkenti Ajansı ve Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM)**, İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 9 Numaralı Sicil (H. 940-942 / M. 1534-1536), Haz. Kenan Yıldız, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), C. 4 İstanbul 2010.

Kal'a-yı Sultâniyeli **Türkzâde** Hafız Mehmed Ziyâeddin Efendi, Osmanlı Hukuk Sözlüğü: Mükemmel Istılâhât-ı Kavânin yâhut Mâlûmat-ı Kanûniye Hülâsası, Haz. Fethi Gedikli/İbrahim Enes Onat, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017.

**Karataş**, Abdullah Vefa, "Divan-ı Hümayun ile Paşa Divanının Karşılaştırılması -Manisa Şehzâde Sarayı Divânı Örneği-", Adalet Dergisi, C. 1-2, S. 62-63, 2019, s. 235-264.

**Kaya**, Köroğlu, "İslam ve Osmanlı Yargılama Hukuku'nda Esbab-ı Mûcibe", YBHD, S. 2, 2016, s. 173-200.



**Kaya**, Süleyman/**Algın**, Betül/**Trabzonlu**, Zeynep/**Erkan**, Asuman, Behcetü'l-Fetâvâ Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi, Osmanlılarda Hukuk ve Toplum 3, Klasik Yayınları, İstanbul 2011.

**Kayar**, Betül, “Osmanlı Yargı Teşkilatında Naib”, YBHD, S. 1, Y. 5, 2020, s. 189 – 234.

**Kayar**, Betül, Osmanlı Yargı Teşkilatında Naib, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.

**Kılınç**, Ahmet, “Osmanlı Devleti’nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Muslihûn: Osmanlı Arabulucuğu”, Uluslararası II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi, Kongre Bildirileri, C. II, On İki levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

**Kılınç**, Ahmet, “The Influence of the Ottoman State on Islamic Law”, YBHD, S. 2, Y. 7, 2022, s. 547-580.

**Kılınç**, Ahmet, Osmanlı Yargılama Hukukunda Bilirkişilik (Ehl-i Hibre / Ehl-i Vukûf), 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.

**Kılınç**, Ahmet/**Argunhan**, Betül, “Osmanlı Yargılama Hukukunda Keşfe İlişkin Birtakım Mülâhazat (17-18. Yy. İstanbul Örnekleme)”, Türk Hukuk Tarihi Sempozyumu Bildiriler Kitabı, (Ankara Türkiye 25-27 Ekim 2021).

**Kılınç**, Ahmet/**Karakaya**, Harun, “Batılı Devletlerin Karma Ticaret Mahkemelerinde Mecelle’nin Uygulanmasına Yönelik Eleştirilerinin Değerlendirilmesi”, Kırıkkale Hukuk Mecmuası, C. 2, S. 1, 2022, s. 59-89.

**Kılınç**, Ahmet/**Kayar**, Betül, “Osmanlı Yargılama Hukukunda “Şuhûdü'l-Hâl”in Fonksiyonunu Yeniden Değerlendirme Gerekliliği”, Adalet Dergisi, C. 1, S. 62-63, 2019, s. 33-48.

**Koyuncu**, Nuran, İslam Hukukunda ve Osmanlı Uygulamasında Şûra, Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, 2006.

**Koyuncu**, Nuran/**Gök**, Ümmügülsüm, “Türk Hukuk Tarihinde ve Karşılaştırmalı Hukukta Hâkimlik Mesleğine Giriş ve Hâkim Yardımcılığı”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, 2019, s. 68-86.

**Küçükacı**, Mustafa Sabri, “Kâtip”, TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 25, Ankara 2022.

**Merginani**, Ebü'l-Hasen Burhânüddîn Alî b. Ebî Bekr b. Abdilcelîl el-Fergânî, el-Hidaye, Çeviren: Ahmet Meylani, Kahraman Yayınları, <https://canadadotnet.files.wordpress.com/2021/01/merginani-el-hidaye.pdf>, E.T.: 15.04.2024.

**Mumcu**, Ahmet, Divan-ı Hümayun, 3. Baskı, Phoneix Yayınları, Ankara 2007.

- Ortaylı**, İlber, Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti'nde Kadı, 10. Baskı, Kronik Kitap, İstanbul 2019.
- Osmanağaoğlu**, Cihan, "Klasik Dönemi Bağlamında Osmanlı Devleti'nin Örfi Hukukuna İlişkin Genel Bir Değerlendirme", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, 2007, s. 75-130.
- Özkorkut Ünal**, Nevin, "Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiye'sinde Yargıya Genel Bir Bakış", AÜHFD, C. 57, S. 1, 2008, s. 225-242.
- Öztürk**, Merve Nur, Osmanlı Yargılama Hukukunda Şühûdü'l Hâl, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi SBE, 2021.
- Öztürk**, Said, "Kassâm", TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 24, İstanbul 2001.
- Pamir**, Aybars, "İslâm ve Osmanlı Hukuku'nda Kasame Müessesesi", AÜHFD, C. 5, S. 4, 2005, s. 343-359.
- Pekdemir**, Şevket, "İslam Ceza Hukukuna Göre Olay Yeri İnceleme", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S. 30, 2017, s. 139-155.
- Sak**, İzzet, Konya Kadı Sicili (1071 - 1072 / 1661 - 1662) Defter 11, Konya Büyükşehir Bele-diyesi Kültür Yayınları, Konya 2014.
- Sak**, İzzet, Konya Kadı Sicili 1115-1116 / 1703-1704) Defter 41, Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, Konya 2016.
- Solak**, İbrahim/**Sak**, İzzet, Konya Kadı Sicili (1113-1113 / 1701-1702) Defter 39, Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, Konya 2016.
- Şafak**, Ali, "Ehl-i vukûf", TDV İslam Ansiklopedisi, C. 10, İstanbul 1994.
- Şemsü'l- eimme Ebû Sehl Ebû Bekir Muhammed B. Ahmed Serahsi**, Mabsût. ed. Mustafa Cevat **Akşit**, C. 13, Gümüşev İstanbul 2018.
- Taş**, Hülya, "Osmanlı Kadı Mahkemesindeki 'Şühûdü'l-Hâl' Nasıl Değerlendirilebilir?", Bilig Dergisi, S. 44, 2008, s. 25-44.
- Tok**, Özen, "Osmanlı Dönemi Hekim-Hasta İlişkileri (Kadı Sicillerine Göre XVII. ve XVIII. Yüzyıllarda Kayseri Örneği)", Turkish Studies, C. III-IV, 2008, S. 788-805.
- Uğurlu**, Yaşar, 16. Yüzyıl Sonunda Merkez Taşra İlişkilerinde Çirmen Örneği (15 Nolu Çirmen Şer'iyeye Sicilinde Padişaha Ait Vesikaların Transkripsiyon ve Değerlendirilmesi), Yüksek Lisans Tezi, Abant İzzet Baysal Üniversitesi, SBE, 2008.
- Uzunçarşılı**, İsmail Hakkı, Osmanlı Devletinde Merkez ve Bahriye Teşkilatı, 4. Baskı, TTK Yayınları, Ankara 2020.
- Üçok**, Coşkun/**Mumcu**, Ahmet/**Bozkurt**, Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, 17. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.



# Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 28 Sayı/No: 1 Haziran/June 2024

## Reparation of Civil Aerial Accidents Under International Air Law: A Case Study of the 2020 Ukrainian Plane Incident in Iran

Uluslararası Hava Hukuku Çerçevesinde Sivil Hava Kazalarının Onarımı:  
İran'da 2020 Ukrayna Uçağı Kazası Üzerine Bir Vaka Çalışması

  Dr. Öğr. Üyesi ASM Mahmudul HASAN\*

  Md Syful ISLAM\*\*

 10.60002/ebyuhfd.1464279

### ABSTRACT

International Air Law, encompassing both national and international legal norms, plays a critical role in defining state sovereignty in airspace and ensuring the safety of passenger aircraft. This paper highlighted the evolution of airspace law, emphasizing key treaties and conventions such as the Chicago and Montreal Conventions, which have shaped the legal landscape of modern aviation. In

\* Karabük Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı.

\* Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Deniz Hukuku Programı.

#### Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article

Geliş/Received: 03.04.2024 | Kabul/Accepted: 20.05.2024.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

**Atıf/Cite as:** ASM Mahmudul Hasan/Md Syful Islam, "Reparation of Civil Aerial Accidents Under International Air Law: A Case Study of the 2020 Ukrainian Plane Incident in Iran", EBYÜ-HFD, C. 28, S. 1, Haziran 2024, s. (71-94).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

addition, precedents from domestic and international court decisions and directives of pertinent organizations were analyzed here. It thoroughly examined the role of Aviation Law in addressing contemporary challenges, with a focus on the downing of Ukraine International Airlines Flight PS752 in Iran on January 8, 2020. This incident, a non-warfare act of force, presented a complex legal challenge and led to recent legal controversies. Key discussions included the implications of human error in aviation incidents, particularly in terms of criminal liability and financial compensation. The paper made efforts to evaluate such situations within the framework of international air law, advocating for continuous legal adaptation to safeguard global civil aviation. This study particularly suggests the possible reparations for aerial accidents, specifically those caused by human error.

**Keywords:** Air Law, Aircraft Incidents, Criminal Liability, Compensation, *Ex gratia* Payment.

## ÖZET

Uluslararası Hava Hukuku, hem ulusal hem de uluslararası hukuki normları kapsayarak, devlet egemenliğinin hava sahasında tanımlanmasında ve yolcu uçaklarının güvenliğinin sağlanmasında kritik bir rol oynar. Bu makale, hava sahası hukukunun evrimini vurgulayarak, modern havacılığın hukuki çerçevesini şekillendiren Chicago ve Montreal Sözleşmeleri gibi önemli antlaşma ve sözleşmelere odaklanmıştır. Ayrıca, ulusal ve uluslararası mahkeme kararlarından içtihatlar ve ilgili kuruluşların direktifleri de burada analiz edilmiştir. Makale, özellikle 8 Ocak 2020 tarihinde İran'da meydana gelen Ukrayna Uluslararası Havayolları'na ait PS752 sefer sayılı uçuşun düşürülmesi üzerine, Hava Hukuku'nun güncel zorluklarla başa çıkma rolünü kapsamlı bir şekilde incelemiştir. Bu olay, savaş dışı bir güç kullanımı olarak, karmaşık bir hukuki zorluk teşkil etmiş ve son zamanlarda hukuki tartışmalara yol açmıştır. Tartışmalar, özellikle cezai sorumluluk ve mali tazminat açısından, havacılık kazalarında insan hatasının sonuçları üzerine yoğunlaşmıştır. Makale, uluslararası hava hukuku çerçevesinde bu tür durumları değerlendirme çabalarını sürdürmekte ve küresel sivil havacılığı korumak adına sürekli hukuki uyuma yönelik savunmalar yapmaktadır. Bu çalışma, özellikle insan hatasından kaynaklanan hava kazaları için olası tazminatlar önermektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Hava Hukuku, Uçak Kazaları, Ceza Sorumluluğu, Tazminat, *Ex Gratia* Ödeme.

## INTRODUCTION

The domain of aerial law encompasses an extensive array of legal principles meticulously designed to regulate the complexities of air navigation. This specialized branch, referred to as International Air Law, delves into the legal intricacies associated with airspace, the operation and regulation of aircraft (encompassing their roles in transportation and

military activities), the responsibilities and rights of air personnel, and the management and oversight of airfields. It involves both national and international legal regulations<sup>1</sup>. Additionally, this domain extends to encompass the regulation of airspace utilization and communication technologies such as wireless telegraphy, radio, and television, which transmit sound and electromagnetic waves through the air<sup>2</sup>. It even includes aspects of meteorological regulations. This foundational understanding of international air law is essential before analyzing the passenger aircraft downing incident in Iran. The analysis will draw upon these legal principles and reference key decisions to provide a comprehensive evaluation of the incident. This paper adopts a qualitative research methodology to critically analyze international air law's response to passenger aircraft safety and airspace security, focusing on the 2020 Ukrainian plane incident in Iran. By reviewing legal norms, treaties, conventions, and case law, it aims to highlight the complexities of protecting civilian aircraft globally. The paper is structured to first outline the evolution of international civil aviation and airspace law, followed by a detailed examination of the Flight PS752 downing. It then assesses the legal implications and state responsibilities, drawing parallels with similar past incidents.

## I. EVOLUTION OF INTERNATIONAL CIVIL AVIATION AND AIRSPACE LAW

The evolution of international airspace law since the early 20<sup>th</sup> century reflects shifts in the perception and utilization of airspace. Initially considered sovereign and free, especially before World War I due to the absence of aerial warfare, airspace was largely unregulated. This changed between World Wars I and II, as the strategic importance of airspace in warfare necessitated its recognition as a sovereign entity. Post-World War II, airspace gained additional importance for trade, passenger transport, and other civilian uses, leading to the development of a complex legal framework. This framework comprises customary international law, multilateral treaties, and conventions, alongside International Civil

---

1 Welf **Heinrich**, *Air Law and Space*, Saint Louis University Law Journal, (5), Madrid 1958, p. 11.

2 Andrew **E Haley**, *Space Law-Basic Concepts*, Tennessee Law Review (24), Knoxville 1955, p. 643.

Aviation Organization (ICAO)<sup>3</sup> standards and practices. It also includes bilateral agreements on traffic rights and security, interstate regulations (e.g., EU's flight delay and emission trading regulations), national legislation, and administrative procedures (e.g., air carrier alliances, airport agreements). Judicial decisions, both international and local, further shape and interpret airspace law. This intricate legal tapestry reflects the evolving nature of airspace as a multifaceted asset, integral to national sovereignty, security, and global connectivity<sup>4</sup>.

Fundamental documents of international air law, pivotal in shaping the efficient use of airspace in the era of globalization, include several key treaties. The Paris Air Navigation Convention, 1919<sup>5</sup>, the first international treaty to address the political complexities of international air navigation, recognized each country's absolute sovereignty over its territorial airspace and waters. It emphasized that nations should apply their regulations equally to foreign aircraft within their airspace and ensured equal treatment for the aircraft of contracting states, based on their registration nationality<sup>6</sup>.

Additionally, the Warsaw Convention, 1929<sup>7</sup>, made significant contributions to regulating international air transportation. The Chicago Convention on Civil Aviation, 1944<sup>8</sup>, a cornerstone in international civil aviation, established rules regarding airspace, aircraft registration, and safety. The Tokyo Convention, 1963<sup>9</sup>, outlined criminal liabilities and

---

3 Assad **Kotaite**, "ICAO and the Development of Air Transport", *Aircraft Engineering and Aerospace Technology*, 52, (2), 1980, pp. 17-20.

4 Martinez **Romera/Beatriz Harro van Asselt**, "The International Regulation of Aviation Emissions: Putting Differential Treatment into Practice", *Journal of Environmental Law*, 27, (2), 2015, pp. 259-283.

5 Paris Convention, 1919 "Convention relating to the regulation of aerial navigation", Paris, adopted 13 October 1919, entered into force 1 January 1920) 11 LNTS 173, p. 476.

6 Horace Bowman **Jacobini**, "Observations on International Aviation Law", *Social Science*, 23, (1), 1948, pp. 51-53.

7 Warsaw Convention, 1929, "Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air," Warsaw, adopted 12 October 1929, entered into force 13 February 1933, 137 LNTS 11, p. 472.

8 Chicago Convention on Civil Aviation, 1944, "Convention on International Civil Aviation", Chicago, adopted 7 December 1944, entered into force 4 April 1947. 15 UNTS 295, p. 41.

9 Tokyo Convention, 1963, "Convention on Offences and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft", Tokyo, adopted 14 September 1963, entered into force 4 December 1969, 704 UNTS 219, p. 8.

related rules for offenses committed on board civil aircraft. Similarly, the Montreal Convention, 1971<sup>10</sup>, focused on preventing unlawful acts against civil aviation's safety. Other important treaties include the Hague Protocol, 1955<sup>11</sup> to the Warsaw Convention, the Montreal Agreement, 1966<sup>12</sup>, the Guatemala Protocol, 1971<sup>13</sup>, and the Montreal Protocol, 1975<sup>14</sup>, each playing a distinct role in the international legal framework governing air travel<sup>15</sup>.

The ICAO, a specialized agency of the United Nations (UN), is instrumental in establishing and ensuring compliance with international standards and regulations across all aspects of civil aviation. Distinct from other international air transportation organizations such as “the International Air Transport Association (IATA), the Civil Air Navigation Services Organization (CANSO), Air Navigation Service Providers (ANSPs), and the Airports Council International (ACI), the ICAO’s Air Navigation Commission (ANC) plays a technical role<sup>16</sup>.” The ICAO is pivotal in enhancing the safety of international civil aviation, ensuring safe flight operations in international air navigation, and promoting the development of various facets of international civil aviation. The freedoms of the air, key to facilitating globalization and modern communication in international aviation and airspace, have gained increasing importance. Initially recognized as two or three fundamental rights, these freedoms have expanded to as many as nine in the modern era. The first two

- 
- 10 Montreal Convention, 1971, “Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation”, Montreal, adopted 23 September 1971, entered into force 26 January 1973, 974 UNTS 177, p. 42.
  - 11 Hague Protocol, 1955, “Protocol to Amend the Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air”, The Hague, adopted 28 September 1955, entered into force 1 August 1963, 478 UNTS 371, p. 17.
  - 12 Montreal Agreement, 1966, “Agreement Relating to Liability Limitations of Air Carriers”, Montreal, adopted 13 May 1966, 574 UNTS 159.
  - 13 Guatemala City Protocol, 1971, “Protocol to Amend the Convention on Offences and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft” Guatemala City, adopted 20 February 1971, 974 UNTS 255, p. 11.
  - 14 Montreal Protocol, 1975, “Protocol for the Suppression of Unlawful Acts of Violence at Airports Serving International Civil Aviation”, Montreal, adopted 24 February 1975, entered into force 6 August 1975, 1158, UNTS 177, p. 13.
  - 15 Lyttleton **Fox**, “The Law of Aerial Navigation”, *The North American Review*, 190, (644), 1909, p. 101-106.
  - 16 Elfita **Agustini**/Yaya **Kareng**/Ong Argo **Victoria**, “The Role of Icao (International Civil Aviation Organization) in Implementing International Flight Safety Standards”, *KnE Social Sciences*, 5, (1), 2021, p. 100–114.

freedoms concern the rights of commercial aircraft to fly over a foreign country's airspace and to stop in a foreign country for refueling or maintenance without embarking or disembarking passengers or cargo<sup>17</sup>. The subsequent freedoms encompass regulations related to the international transportation of passengers, mail, and cargo. Below is a brief overview of these nine freedoms.

The First Freedom of the Air is the right to traverse a foreign nation's airspace without making a landing. The Second Freedom entails the privilege to land in a foreign country for non-traffic purposes such as refueling or maintenance. The Third Freedom allows an airline to operate flights from its home country to a foreign nation, transporting passengers and cargo, while the Fourth Freedom permits the reciprocal operation from the foreign nation back to the airline's own country. The Fifth Freedom authorizes an airline to operate flights between two foreign countries, starting or ending in the airline's home country, with the rights to transport passengers and cargo between these nations. The Sixth Freedom involves the transportation of passengers or cargo from one foreign country to another, via the airline's home country, often referred to as carrying transfer passengers. The Seventh Freedom allows an airline to operate flights between two foreign countries without any operational link to its home country. The Eighth Freedom, also known as cabotage, permits an airline to operate domestic flights within a foreign country, starting or ending in the carrier's home country. The Ninth Freedom extends this right to allow an airline to operate commercial flights entirely within a foreign country's domestic routes.<sup>18</sup>

## **II. DOWNING OF UKRAINIAN PASSENGER AIRCRAFT IN IRAN**

Ukraine International Airlines Flight 752, a scheduled international passenger service from Tehran to Kiev, met with a tragic end on January 8, 2020<sup>19</sup>. The Boeing 737-800 operating the route was shot down shortly after takeoff from Tehran Imam Khomeini International Airport by the

---

17 The freedoms of the air are commercial aviation rights established in the 1944 International Civil Aviation Convention, also known as the Chicago Convention, allowing airlines of one country to enter and land in another's airspace.

18 "ICAO, Freedoms of the Air", <https://www.icao.int/pages/freedomsair.aspx>, Accessed 09 May 2024

19 Fatemeh **Shayesteh**/Hyunjin **Seo**, "Competing Frames on Social Media: Analysis of English and Farsi Tweets on Iran Plane Crash", *The Journal of International Communication*, 28, (1), 2022, p. 47-69.



Iranian Revolutionary Guards Corps, resulting in the death of all 176 passengers and crew onboard. This incident garnered significant international attention, especially as it occurred in the aftermath of a U.S. drone attack that killed Iranian General Qasem Soleimani<sup>20</sup>.

In the weeks leading up to the tragic incident of PS752, tensions between Iran and the United States were particularly escalated. In December 2019, a militia in Iraq targeted an air base housing U.S. personnel, prompting U.S. air strikes against the group. On January 3, 2020, a U.S. drone attack at Baghdad International Airport killed the militia's leader and Qassem Soleimani, the Quds Force commander. Then, on the morning of January 8, Iranian forces fired ballistic missiles at two bases in Iraq used by U.S.-led forces<sup>21</sup>.

Ukraine International Airlines flight 752 departed Imam Khomeini International Airport at 6:12 am, delayed by an hour due to an overloaded cargo hold. While other flights operated normally, PS752 climbed to around 8,000 feet (2,400 meters), following its planned route. Shortly before 6:15 am, the aircraft was hit by a surface-to-air missile, and roughly 30 seconds later, a second missile struck, setting the plane ablaze. Civilian videos captured the aircraft in flames, apparently trying to return to the airport. At 6:18 am, PS752 crashed near Khalaj Abad just outside Tehran. The wreckage spread over a 1,500-foot (450-meter) radius in a lightly populated area encompassing a park, orchards, and a soccer field. There were no survivors<sup>22</sup>. Initially, the Iranian government denied responsibility for the aircraft's downing but subsequently admitted to it<sup>23</sup>.

In early discussions, the downing of the aircraft was examined from various perspectives. Following the U.S. action against General Soleimani, the incident was debated as potentially justifiable self-defense

---

20 Jean **Galbraith**, "U.S. Drone Strike in Iraq Kills Iranian Military Leader Qasem Soleimani", *The American Journal of International Law*, 114, (2), 2020, p. 313-23.

21 Britannica, **The Editors of Encyclopedia**, "surface-to-air missile". *Encyclopedia Britannica*, 13 Feb. 2024, <https://www.britannica.com/technology/surface-to-air-missile>. Accessed 09.05.2024.

22 Ajey **Lele**/Kritika **Roy**/Carl **Jaison**/Poonam **Mann**/Sanjana **Gogna**/Anu **Sharma**/Aditya **Mani**/Divya **Malhotra**, "Air Power", *Journal of Air Power and Space Studies*, 15, (1), 2020, p. 176.

23 Nityesh **Dadhich**, "Attack on a Civilian Aircraft by a State: Imposing Obligations for Wrongful Actions", *Amherst College Law Review*, 5, (6), 2023, p. 125.

under the law of armed conflict<sup>24</sup>. However, considering the civilian status of the aircraft, it is untenable to deem this action legitimate under human rights law and international aviation law. Iran's eventual admission to mistakenly shooting down the Ukrainian plane due to "human error" further shifted perspectives. On January 11, Iran acknowledged its accidental role in the tragedy. General Amir Ali Hajizadeh, head of the Iranian Revolutionary Guards' aerospace division, and former diplomat, ambassador, and foreign minister of Iran Mr. Javad Zarif, accepted full responsibility for the armed attack and said it's a human error incident<sup>25</sup>. Iranian President Hassan Rouhani expressed "profound regret" over the "tragic mistake"<sup>26</sup>.

### A. Assessment of the Incident

This incident involves a civilian passenger aircraft operated by Ukraine International Airlines, raising critical issues under international air law. The Chicago Convention, 1944, articulates clear provisions regarding attacks on passenger aircraft. Article 3 of the Chicago Convention states,

*"The contracting States recognize that every State must refrain from resorting to the use of weapons against civil aircraft in flight and that, in case of interception, the lives of persons on board and the safety of aircraft must not be endangered"<sup>27</sup>.*

This injunction underscores the protected status of civil aircraft. Furthermore, the Montreal Convention remains a pivotal legal framework in international law, addressing the unlawful acts against the safety of civil aviation. Under Article 1 of the Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation, commonly referred to as the Montreal Convention, it is specified that a person commits an

---

24 Mohammad **Khorshidi Athar**/Lesani **Seyed Hesamadin**, "A Critical View Towards U.S. Claim of Preemptive Self-Defense in the Assassination of General Qasem Soleimani", *Iranian Journal of International and Comparative Law*, 1, (1), 2023, p. 12.

25 Iranian Foreign Minister said, "Human error at time of crisis caused by US adventurism led to disaster", <https://twitter.com/jzarif/status/1215847283381755914>, Accessed 09.05.2024.

26 Iranian President Hassan Rouhani made an official statement, "Missiles fired due to human error caused the horrific crash of the Ukrainian plane", <https://twitter.com/HassanRouhani/status/1215856039997984768?s=20>, Accessed 09.05.2024.

27 International Civil Aviation Organization, "Convention on International Civil Aviation", Chicago Convention, (adopted 7 December 1944, entered into force 4 April 1947) Art 3, p. 116.

offense if they unlawfully and intentionally destroy an aircraft in service, or inflict damage upon such an aircraft rendering it incapable of flight or endangering its safety.<sup>28</sup> Furthermore, the convention stipulates that it constitutes an offense if an individual unlawfully and intentionally destroys or damages air navigation facilities, or interferes with their operation, in a manner likely to endanger the safety of aircraft in flight.<sup>29</sup> While this provision addresses unlawful and intentional acts, the convention does not provide specific remedies for acts that are unintentional yet wrongful. This constitutes a significant gap in the convention's framework.

Additionally, Article 2(4) of the UN Charter, foundational in international law, mandates:

*“All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations<sup>30</sup>.”*

This prohibition of the “use of force” extends to actions against foreign civilian aircraft within a nation's borders, representing a clear breach of international law. Similar provisions and interpretations are echoed in various case rulings. Some of these are mentioned below.

## **B. Judicial Decisions and ICAO Council Resolutions**

### **1. ICJ Case of the Aerial Incident, 1955 (USA v. Bulgaria)**

Generally, each state possesses the sovereign right to protect its airspace. This principle is underscored by the International Court of Justice (ICJ) in the Aerial Incident case, 1955 (USA v. Bulgaria)<sup>31</sup>. The case established that a country has the authority to safeguard its airspace, which falls under its sovereignty. Should there be any unauthorized entry into its airspace, the state is entitled to take all necessary measures to uphold its sovereignty<sup>32</sup>. However, specific conditions apply regarding civilian aircraft. In this incident, a civilian commercial aircraft operated

---

28 Montreal Convention, p. 4.

29 Montreal Convention, p. 4.

30 UN Charter (adopted 26 June 1945, entered into force 24 October 1945) art 2(4), p. 74.

31 ICJ, Case Concerning the Aerial Incident of 27 July 1955 (United States of America v. Bulgaria), [1959] ICJ Rep 127, p. 9.

32 Mizanur **Rahman**, International Law in Changing World, Palal Prokashoni, 1, Dhaka 2011, p. 11-20.

by El Al Israel Airlines LTD, route from London to Paris and subsequently to Israel, unintentionally entered Bulgarian airspace on July 27, 1955<sup>33</sup>. In response, Bulgaria dispatched a military aircraft to intercept, which led to the attack and destruction of the Israeli commercial aircraft, causing the deaths of 7 crew members and 51 passengers<sup>34</sup>.

After diplomatic negotiations, Israel initiated proceedings at the ICJ on October 16, 1957, seeking reparations. Israel contended that the aircraft's entry into Bulgarian airspace was inadvertent, resulting from a mechanical failure, and emphasized the aircraft's civilian status. Bulgaria, however, contested the jurisdiction of the Court and maintained its right to take necessary actions for airspace protection. The ICJ upheld Bulgaria's position, affirming a state's right to defend its airspace. Subsequently, Bulgaria agreed to compensate the victims' families, totaling \$1,950,000<sup>35</sup>.

## **2. The U-2 Incident, 1960 (Soviet Union vs. USA - Soviet Federal Court)**

A state has the right to protect the sovereignty of its own airspace, especially against the illegal entry of a military aircraft<sup>36</sup>. The principle derived from this case is: A state has the right to take all necessary steps against the illegal entry of a military aircraft into its airspace. The principle derived from this case is that a state has the right to protect its airspace sovereignty, especially in the face of an illegal incursion by a military aircraft, by taking all necessary steps<sup>37</sup>.

The U-2, a highly advanced American spy plane in 1960, was piloted by the famous CIA agent, Cornel Francis G. Powers. Engaged in covert espionage for an extended period, particularly using the U-2 aircraft, Powers gathered secret intelligence from Soviet Union. Despite his long-standing discretion, on May 1, 1960, he mistakenly entered Soviet airspace. Soviet Union immediately dispatched a MiG-29, signaling for the U-2 to land. The U.S. aircraft ignored the signal and did not descend,

---

33 ICJ, Case Concerning the Aerial Incident of 27 July 1955 (Israel v. Bulgaria), [1959] ICJ Rep 128, p. 33.

34 Chava **Shachor-Landau**, "The Judgment of the International Court of Justice in the Aerial Incident Case between Israel and Bulgaria", *Archiv des Völkerrechts*, 8, (3) 1960, p. 277-90.

35 Aerial Incident case (US v Bulgaria) [1959] ICJ Rep 28, p. 9.

36 **Rahman**, p. 8.

37 Quincy **Wright**, "Legal Aspects of the U-2 Incident", *American Journal of International Law*, 54, (4), 1960, p. 836-54.

leading Soviet Union to forcibly down the plane. Powers parachuted to safety but were promptly captured by Soviet forces and brought to trial. The Soviet court deemed Soviet Union's actions justified and sentenced spy G. Powers to 10 years imprisonment, subsequently sending him to Siberia. Surprisingly, the U.S. did not protest this sentence<sup>38</sup>.

### 3. Libyan Airline Incident, 1973 and the ICAO Council's Decision

Attacking civilian aircraft under any circumstances is not legal. The principle derived from the ICAO Council, 'Libyan Airline Tragedy Report' (1973)<sup>39</sup>, is that attacking a civilian aircraft is never reasonable. Merely sending a signal to a plane to land cannot justify any form of attack or use of force, as the signal may not seem reasonable to the pilot<sup>40</sup>.

In February 1973, an Israeli military aircraft attacked a Libyan passenger plane over the Sinai mountains, resulting in 106 fatalities. The investigation by the ICAO revealed that the Libyan aircraft had mistakenly entered the area<sup>41</sup>. Israel defended its actions by stating that they had signaled the aircraft to land, and when it failed to comply, they felt compelled to attack<sup>42</sup>. The ICAO declared this act contrary to international law, stating that it could never be justified<sup>43</sup>.

### 4. Korean Airline Tragedy, 1983 and the ICAO Council Decision

In the aftermath of this tragic event, the ICAO adopted a resolution affirming that the use of force or weapons against civilian aircraft is unacceptable under any circumstances, except as specified under Article 51 of the United Nations Charter<sup>44</sup>. The 1983 incident involved Korean Air Flight 747, route from Alaska to South Korea, which accidentally entered a militarily sensitive area of Soviet Union's airspace. A Soviet

---

38 James A **Nathan**, "A Fragile Detente: The U-2 Incident Re-Examined", *Military Affairs*, 39, (3), 1975, p. 97-104.

39 International Civil Aviation Organization Council, "Report on the Libyan Airline Tragedy, 1973" (ICAO 1973), p. 40.

40 ICAO Council, "Annual Report of the Council, 1973", p. 180, <https://www.icao.int/assembly-archive/Session21/A.21.REP.9085.EN.pdf>, Accessed 09.05.2024.

41 ICAO Council, "RESOLUTIONS AND MINUTES", 1973", p. 180. <https://www.icao.int/assembly-archive/Session19E/A.19.RESOL.1.P.EN.pdf>, Accessed 09.05.2024.

42 Eugene **Sochor**, "ICAO and Armed Attacks against Civil Aviation", *International Journal*, 44, (1), 1989, p. 134-70.

43 Council, p. 10

44 UN Charter art 51, p. 7.

Union's MiG fighter jet subsequently attacked the civilian aircraft, leading to the tragic loss of all 269 passengers and crew members. This incident sparked international demands for compensation from Soviet Union, including a notable claim of two million pounds from the United Kingdom for its nationals<sup>45</sup>.

Initially, Soviet Union justified its actions by alleging that the aircraft had illegally entered its airspace and ignored signals to land. However, an investigation by the ICAO uncovered that the intrusion resulted from a navigational error by the Korean plane's crew. In a startling revelation, it was later discovered that Soviet Union had intentionally downed the aircraft to test a new air-to-air missile. In response to these findings, Soviet Union's Premier Gorbachev formally apologized to South Korea and agreed to pay substantial compensation<sup>46</sup>.

### C. Evaluation of Incidents Caused by Human Error

In international law, remedies for errors are limited<sup>47</sup>. Even if, as Iran claims, the downing of an aircraft was a genuine mistake, the actions taken by Iran before and after the incident are significant<sup>48, 49</sup>. Prior to the incident, the decision to keep national airspace open amid heightened military tensions was a clear deviation from international safety protocols, indicating a significant lapse in the duty of care owed to civilian aviation. This oversight reflects deficiencies in Iran's risk assessment and communication strategies, essential elements of international aviation law.

Following the incident, Iran's initial denial and subsequent admission of responsibility underscored the complexities of state accountability and transparency in international relations. This change in stance necessitated rigorous, transparent investigations and highlighted the importance of timely and accurate communication with the international community. These actions—or their absence—play a pivotal role in shaping the

---

45 Craig **Morgan**, "Legal Argumentation in International Crises: The Downing of Korean Air Lines Flight 007", *Harvard Law Review*, 97, (5), London 1984, p. 1198-213.

46 **Rahman**, p. 8.

47 Hafner **Burton/M Emilie/Kiyoteru Tsutsui**, "Justice Lost! The Failure of International Human Rights Law to Matter Where Needed Most", *Journal of Peace Research*, 44, (4), 2007, p. 407-25.

48 **Khorshidi Athar/Seyed Hesamadin**, p. 7.

49 Mohammad **Eslami**, "Iran's Ballistic Missile Program and Its Foreign and Security Policy Towards the United States under the Trump Administration", *Revista española de ciencia política*, (55), 2021, p. 37-62.

determination of liabilities and remedies, including compensation, reparations, and the restoration of trust in international aviation safety.

Furthermore, an analysis of comparative case studies, such as the Korean Airline Tragedy and the Libyan Airline Incident, demonstrates the diverse responses of states and international bodies to similar errors. This exploration extends to the examination of state responsibility for actions by state actors in erroneous situations, and the critical intersection of international human rights law with air law in safeguarding the rights of passengers and their families when civilian lives are lost. Finally, the necessity of establishing and adhering to stringent protocols, including military-civil aviation coordination and risk assessments during heightened tensions, is paramount to prevent future tragedies. These factors are considered when determining potential remedies.

### 1. Criminal Liability

In the aftermath of the tragic downing of Ukraine International Airlines Flight PS752, Brigadier General Amir Ali Hajizadeh of Iran's Revolutionary Guards Aerospace Force publicly acknowledged that the aircraft was mistakenly identified as a cruise missile<sup>50</sup>. This admission raises profound questions regarding the frameworks of criminal liability in international aviation law, particularly under high-tension circumstances where the risk of misidentification and human error is significantly heightened. Iran's concurrent military engagement against U.S. forces further complicates the legal landscape, as the decision to maintain open airspace for civilian flights amidst such threats potentially contravenes established international safety protocols and obligations.

The principle of criminal liability in this context is intricately linked to both the doctrine of state responsibility and individual accountability under international law. The Chicago Convention, 1944<sup>51</sup>, alongside the

---

50 Rahmad Wahid Affandi **Harahap**, "The Criminal Liability of Air Flight Accidents." *Locus Journal of Academic Literature Review*, 1, (6) 2022, p. 349-356.

51 Chicago Convention, 1944, "Article 3bis: a. The contracting States recognize that every State must refrain from resorting to the use of weapons against civil aircraft in flight and that, in case of interception, the lives of persons on board and the safety of aircraft must not be endangered." <https://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/07/7-01/international-civil-aviation.html#treaty-header2-1>, Accessed 09.05.2024.

Montreal Convention, 1971<sup>52</sup>, sets forth clear legal obligations for member states to protect civilian aircraft from acts of violence. These treaties articulate the imperatives for safeguarding passengers and crew, mandating exhaustive measures to prevent unlawful interference with civilian aviation. Iran's acknowledgment of a misidentification incident prompts a legal inquiry into the adequacy of its military and civilian protocols in distinguishing between military threats and civilian aircraft<sup>53</sup>. The standards of due diligence and reasonable care, principles embedded in international law, are central to assessing criminal liability. The legal discourse must consider whether the actions taken by Iranian military personnel, under the circumstances, deviated from these internationally mandated standards, thereby constituting negligence or recklessness warranting criminal responsibility.

Furthermore, the legality of keeping national airspace open to civilian traffic during military confrontations is a subject of critical analysis. The decision by Iranian authorities in this regard implicates them in potential breaches of the duty of care owed to international civil aviation, raising questions about the implementation of risk assessment procedures and the communication of threats to civilian airliners. In light of these considerations, the potential for criminal charges and liabilities extends beyond the immediate actors to encompass systemic failures and policy decisions that contravened international aviation safety norms. A comprehensive legal examination requires scrutinizing the chain of command, decision-making processes, and the adherence to international

---

52 Montreal Convention, 1971, "Article 1: 1. Any person commits an offence if he unlawfully and intentionally: (a) performs an act of violence against a person on board an aircraft in flight if that act is likely to endanger the safety of that aircraft; or (b) destroys an aircraft in service or causes damage to such an aircraft which renders it incapable of flight or which is likely to endanger its safety in flight; or (c) places or causes to be placed on an aircraft in service, by any means whatsoever, a device or substance which is likely to destroy that aircraft, or to cause damage to its which renders it incapable of flight, or to cause damage to its which is likely to endanger its safety in flight; or (d) destroys or damages air navigation facilities or interferes with their operation, if any such act is likely to endanger the safety of aircraft in flight; or (e) communicates information which he knows to be false, thereby endangering the safety of an aircraft in flight.", <https://www.refworld.org/legal/agreements/icao/1971/en/13723>, Accessed 09.05.2024.

53 Harahap, p. 12.



and domestic legal obligations aimed at preventing such catastrophic incidents<sup>54</sup>.

## 2. Financial Compensation or Reparation

Financial compensation or reparation plays a pivotal role in the realm of international legal remedies, particularly in incidents involving the unlawful downing of civilian aircraft. Grounded in a myriad of international legal frameworks and human rights law, the entitlement of victims to comprehensive reparations is well-documented and universally recognized<sup>55</sup>. The scope of reparation, as delineated by the United Nations Principles of Reparation, encompasses a broad spectrum of remedies including restitution, compensation, rehabilitation, satisfaction, and guarantees of non-repetition<sup>56</sup>. These principles aim to address the multifaceted impact of such tragedies on victims and their families, ensuring a holistic approach to justice and healing.

In the specific case of the downing of Ukraine International Airlines Flight PS752 by Iranian forces, Iran announced that it would pay \$150,000 to each victim's family as compensation for the tragic incident. This initiative was part of Iran's broader effort to address the fallout from the downing of the aircraft, which included court sessions with the victims' families to bring those responsible to account<sup>57</sup>. The concept of financial compensation or reparation transcends mere monetary settlements. It embodies the recognition of harm, acknowledgment of responsibility, and the commitment to rectify the injustices endured by the victims and their families. For Iran, proactively engaging in reparative measures presents not only a pragmatic response but also a moral and legal obligation under

---

54 Hamid **Kazemi**/Naser **asiabipourimani**, "Reparation of Aerial Accidents under International Law with Emphasize on 752 Ukrainian Flight", *Legal Research Quarterly*, 25, (99), 2022, p. 369-393.

55 Cymie R **Payne**, "Developments in the Law of Environmental Reparations: A Case Study of the Un Compensation Commission, Environmental Protection and Transitions from Conflict to Peace: Clarifying Norms, Principles and Practices", Oxford University Press, 2017 Forthcoming, London 2016, p. 1-31.

56 Sherman **Naser**, "Air Carrier's Liability Towards the Air Passenger: A Critical Examination of the International Carriage Legislation." *PalArch's Journal of Archaeology of Egypt / Egyptology*, 17, (11), 2020, p. 41-50.

57 Claudia **Candelmo**, *State Responsibility and Terrorism: New Perspectives in International Law*, 1st Edition, Edward Elgar Publishing, 2024.

international law<sup>58</sup>. The act of providing compensation and reparation signals Iran's adherence to international norms and its willingness to uphold the principles of accountability and justice in the international community.

Opting for such a course of action prior to the initiation of legal proceedings by affected nations namely Canada, Ukraine, Sweden, or the UK demonstrates a proactive and responsible stance. It fosters a foundation for diplomatic resolution and mitigates the potential for prolonged legal and political conflicts. Furthermore, engaging in transparent and constructive dialogues with the victims' families and the international community regarding the terms and execution of reparations can enhance mutual understanding and facilitate the healing process<sup>59</sup>.

The financial compensation aspect should be carefully calibrated to adequately reflect the gravity of the loss and suffering experienced by the families, ensuring that the reparations are commensurate with the scale of the tragedy. However, beyond monetary compensation, the broader reparative measures including public acknowledgment of the facts, official apologies, and commitments to prevent future occurrences carry significant weight. These measures contribute to the satisfaction and rehabilitation components of reparation, underscoring the importance of addressing both material and non-material aspects of harm<sup>60</sup>.

Implementing guarantees of non-repetition is crucial in restoring faith in the safety and security of international aviation. This involves Iran undertaking substantive reforms in its military engagement rules and airspace management protocols to prevent the recurrence of such tragic incidents. The establishment of such safeguards, in consultation with international aviation and legal bodies, would contribute to the strengthening of global aviation safety standards.

In sum, the approach to financial compensation and reparation in the aftermath of the Flight PS752 downing necessitates a comprehensive, transparent, and empathetic process. It requires Iran to engage

---

58 Fatemeh **Shayesteh**/Hyunjin **Seo**, "Competing Frames on Social Media: Analysis of English and Farsi Tweets on Iran Plane Crash." *The Journal of International Communication*, 28, (1), 2022, p. 47-69.

59 S. Hadi **Mahmoudi**/Sima **Moradinasab**, "Article: The Analysis of Evolution of Human Rights Considerations of Aviation Security." *Air and Space Law*, 49, (2), 2024, p. 191-216.

60 Mahan **Ashouri**, "The Role of Transnational Private Actors in Ukraine International Flight 752 Crash in Iran under Economic Sanctions Pressure." *J. Nat'l Sec. L. & Pol'y*, 11, 2020, p. 655-688.

substantively with the affected families and the international community, demonstrating a commitment to justice, accountability, and the prevention of future tragedies in the skies<sup>61</sup>.

### III. ICJ CASE: AERIAL INCIDENT OF 8 JANUARY 2020 (CANADA, SWEDEN, UKRAINE, AND UNITED KINGDOM V. ISLAMIC REPUBLIC OF IRAN)

This case is a pivotal instance of international legal discourse, particularly concerning the Montreal Convention<sup>62</sup>. The central legal principle scrutinized in this case is the responsibility of states under international law to safeguard civil aviation against unlawful acts. The downing of Ukraine International Airlines Flight PS752 by Iranian forces brings to the forefront the crucial issue of how international law delineates the obligations of states to prevent such tragedies and the broader implications for international civil aviation safety standards. This case serves as a test of the effectiveness and reach of international treaties in holding states accountable for their actions or omissions that endanger civil aviation<sup>63</sup>.

The legal proceedings involve multiple countries - Canada, Sweden, Ukraine, and the United Kingdom - accusing Iran of breaching obligations under the Montreal Convention. The allegations primarily focus on two aspects: First, Iran's failure to prevent the unlawful destruction of a civilian aircraft, a clear contravention of Article 1 of the Montreal Convention, sets a concerning precedent for international aviation safety. This breach not only underscores the imperative of state accountability in adhering to international treaties but also highlights the critical need for robust mechanisms to safeguard civilian aircraft against such unlawful acts. The Convention's mandate, as delineated in Article 1, is explicit in criminalizing any form of violence or interference that jeopardizes the safety of civil aviation. Iran's inability or unwillingness to prevent this tragedy thus directly contravenes the foundational principles of the Convention, raising serious questions about compliance and enforcement

---

61 Theo Van **Boven**, *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity: Systems in Place and Systems in the Making*, In *Victims' Rights to a Remedy and Reparation: The New United Nations Principles and Guidelines*, Brill | Nijhoff, 2009, p. 17-40.

62 Montreal Convention, p. 4.

63 Novikova **T.V./Kuts S.O.**, "Legal Consequences for the State Arising from the Use of Weapons against Civil Aircraft: Review and Legal Framework Development." *RUDN Journal of Law*, 25, (4), 2021, p. 831-54.

in the context of international aviation law. Second, the assertion that Iran did not conduct an adequate and transparent criminal investigation into the incident, as mandated by international legal standards<sup>64,65</sup>. This case is anchored in the provisions of Article 36, paragraph 1, of the Statute of the ICJ, and Article 14, paragraph 1, of the Montreal Convention, which collectively establishes the Court's jurisdiction in this matter<sup>66</sup>. The procedural progress of the case, marked by the setting of deadlines for Memorial and Counter-Memorial submissions, reflects the ongoing nature of these legal proceedings and highlights the complexities involved in international disputes involving multiple nation-states and an array of legal principles and frameworks.

### A. Identifying Significant Contribution

The ICJ case regarding the aerial incident of January 8, 2020, is definitely an instrument of significant contribution regarding the gap about the absolute consequences of any mistaken aerial accident. Given that the final judgment of the ICJ will play a crucial role in shaping international law, particularly regarding state responsibility and aviation safety. Key considerations include whether Iran breached its obligations under the Montreal Convention. The decision is poised to explore broader issues such as state accountability, reparations, and measures to prevent similar incidents in the future. This ruling may set a critical precedent in how international aviation incidents are adjudicated, potentially affecting future treaty interpretations and state conduct under analogous circumstances. Moreover, it could reshape legal approaches to military errors or misjudgments in civil aviation. Thus, this case symbolizes the complex relationship between international law, state responsibility, and justice in a global context, highlighting the crucial role of international legal bodies in addressing multifaceted transnational disputes. The outcome is expected to make a substantial contribution to discussions on

---

64 ICJ, "Aerial Incident of 8 January 2020 (Canada, Sweden, Ukraine, and United Kingdom v. Islamic Republic of Iran)", Order of 16 October 2023 [2023] ICJ Rep, p. 4, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/190/190-20231016-ord-01-00-en.pdf>, Accessed 09.05.2024.

65 Klaudia **Klonowska**/Shraddha **Dubey**, Year in Review 2020, In Yearbook of International Humanitarian Law, Volume 23 (2020). Edited by Terry D. Gill, Robin Geiß, Heike Krieger, and Rebecca Mignot-Mahdavi. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2022, p. 157-246.

66 ICJ, p. 17

international law and state accountability, with wide-ranging implications for civil aviation safety and global diplomatic relations.

## **B. Evaluation**

In the realm of international jurisprudence, there exists no absolute and definitive legal precedent mandating a singular course of action for addressing incidents of aerial nature where other than reparations are suggested as practical remedy. This absence of precedent underscores a prevalent observation: reparations emerge as the principal, viable remedy in the wake of responsibilities attributed to such incidents. Typically, this redress manifests through *ex gratia* payments from the accountable state, symbolizing a voluntary, albeit non-compulsory, acknowledgment of liability<sup>67</sup>. Certain instances, such as the Korean Airline Tragedy of 1983, offer apologies as a form of remedy. Still, in that instance, it was also observed that reparations or the payment of damages had been made by the responsible country<sup>68</sup>. Consequently, the adoption of *ex gratia* payments has evolved into a customary strategy for states, facilitating the resolution of disputes without the explicit admission of legal obligation. There is a subtle difference between reparations and *ex gratia* payments as the second one is voluntary action. But they are the same as the practical consequence or remedy.

Regarding the specific case of flight PS752, the consideration of *ex gratia* payments represents a pragmatic and expedited approach to ameliorating the discord between Iran and the aggrieved nations. This method not only aligns with established international practices but also offers a pathway to settlement that circumvents the protracted complexities inherent in legal adjudication. Thus, in the context of international diplomacy and conflict resolution, *ex gratia* payments serve as a tangible expression of remorse and a step towards reconciliation, underscoring their significance as a practical mechanism for dispute resolution.

## **CONCLUSION**

The downing of Ukraine International Airlines Flight PS752 by Iran in 2020 has become a focal point in the ongoing evolution of International Air Law, highlighting the critical balance between airspace sovereignty,

---

67 **Klonowska/Dubey**, p.17.

68 **Chae-Jin Lee**, “South Korea in 1983: Crisis Management and Political Legitimacy.” *Asian Survey*, 24, (1), 1984, p. 112-21.

state responsibility, and the safety of civilian air travel. This incident, with its tragic loss of life, underscores the pressing need for robust legal mechanisms to protect civilian aircraft, particularly in areas of heightened military activity. The complexities of this case illustrate the interplay between sovereign rights and international legal obligations, as framed by treaties like the Montreal Convention, and raise questions about the adequacy of current legal frameworks in dealing with incidents of this nature.

The case has sparked significant legal discourse, focusing on the appropriate legal responses to incidents attributed to human error within the realm of international aviation law. Iran's admission of mistakenly shooting down the aircraft, cited as a human error, adds a layer of complexity to the legal resolution of such incidents. In this context, the incident is being meticulously assessed under the auspices of International Air Law, taking into consideration foundational legal instruments like the Chicago Convention, relevant UN treaties, and judgments from various court cases.

Typically, discussions in these scenarios pivot around concepts of Criminal Liability and Compensation or Reparation. However, the unique circumstances of the Flight PS752 incident point towards Compensation or Reparation as the more pragmatic route for Iran, considering the international legal principles and the imperatives of justice for the victims' families. The expected verdict of the ICJ in this case is anticipated to provide much-needed clarity on state responsibilities under treaties like the Montreal Convention and set a precedent for the handling of similar incidents in the future.

In sum, the findings of this work are as follow:

- The ICJ case regarding the aerial incident of January 8, 2020, will be an instrument of significant contribution regarding the gap about the absolute consequences of any mistaken aerial accident.
- The lack of absolute legal precedents for non-reparation remedies in aerial incidents underscores reparations and ex gratia payments as the primary resolution methods. This approach reflects a customary practice in international law, facilitating dispute resolution through voluntary payments that even imply responsibility without formal legal admission.
- In the case of flight PS752, the consideration of ex gratia payments can be a pragmatic and expedited approach to ameliorating the discord between Iran and the aggrieved nations.

**BIBLIOGRAPHY**

- Aerial Incident Case (US v Bulgaria) [1959] ICJ Rep 28, p. 9.
- Agustini, Elfita/Kareng, Yaya/Victoria**, Ong Argo, “The Role of ICAO (International Civil Aviation Organization) in Implementing International Flight Safety Standards”, *KnE Social Sciences*, 5 (1), 2021, 2024, pp. 100–114.
- Ashouri**, Mahan, “The Role of Transnational Private Actors in Ukraine International Flight 752 Crash in Iran under Economic Sanctions Pressure”, *Journal of National Security Law & Policy*, 11, 2020, pp. 655-688.
- Boven**, Theo Van, “Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity: Systems in Place and Systems in the Making. In *Victims’ Rights To A Remedy And Reparation: The New United Nations Principles And Guidelines*”, 2009, Brill | Nijhoff, pp. 17-40.
- Burton**, Hafner/**Emilie**, M/**Tsutsui**, Kiyoteru, “Justice Lost! The Failure of International Human Rights Law to Matter Where Needed Most”, *Journal of Peace Research*, 44 (4), 2007, pp. 407-425.
- Candelmo**, Claudia, *State Responsibility and Terrorism: New Perspectives in International Law*, 1st Edition, Edward Elgar Publishing, 2024.
- Chava**, Shachor-Landau, “The Judgment of the International Court of Justice in the Aerial Incident Case between Israel and Bulgaria”, *Archiv des Völkerrechts*, 8, (3) 1960, p. 277-90.
- Chicago Convention on Civil Aviation, 1944**, “Convention on International Civil Aviation”, Chicago, adopted 7 December 1944, entered into force 4 April 1947. 15 UNTS 295, p. 41.
- Dadhich**, Nityesh, “Attack on a Civilian Aircraft by a State: Imposing Obligations for Wrongful Actions”, *Amherst College Law Review*, 5, (6), 2023, p. 125.
- E. Haley**, Andrew, “Space Law-Basic Concepts”, 1st Edition, *Tennessee Law Review*, 1955.
- Eslami**, Mohammad, “Iran’s Ballistic Missile Program and Its Foreign and Security Policy Towards the United States under the Trump Administration”, *Revista española de ciencia política*, (55), 2021, p. 37-62.
- Fox**, Lyttleton, “The Law of Aerial Navigation”, *The North American Review*, 190(644), 1909, pp. 101-106.
- Galbraith**, Jean, “U.S. Drone Strike in Iraq Kills Iranian Military Leader Qasem Soleimani”, *The American Journal of International Law*, 114, (2), 2020, p. 313-23.
- Guatemala City Protocol, 1971**, “Protocol to Amend the Convention on Offences and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft” Guatemala City, adopted 20 February 1971, 974 UNTS 255, p. 11.

**Hague Protocol, 1955**, “Protocol to Amend the Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air”, The Hague, adopted 28 September 1955, entered into force 1 August 1963, 478 UNTS 371, p. 17.

**Harahap**, Rahmad Wahid Affandi, “The Criminal Liability of Air Flight Accidents”, *Locus Journal of Academic Literature Review*, 1, (6) 2022, pp. 349-356.

**Heinrich**, Welf, “Air Law and Space”, *Saint Louis University Law Journal*, 5, 1958, p. 11.

**ICAO Council**, “Libyan Airline Tragedy, 1973”, p. 40.

**International Civil Aviation Organization Council**, “Report on the Libyan Airline Tragedy, 1973” (ICAO 1973), p. 40.

**International Civil Aviation Organization Council**, “Libyan Airline Tragedy, 1973”, (ICAO 1973), p. 40.

**International Civil Aviation Organization**, “Convention on International Civil Aviation”, Chicago Convention, (adopted 7 December 1944, entered into force 4 April 1947) Art 3, p. 116.

**International Court of Justice**, Case Concerning the Aerial Incident of 27 July 1955 (United States of America v. Bulgaria), [1959] ICJ Rep 127, p. 9.

**International Court of Justice**, “Aerial Incident of 8 January 2020 (Canada, Sweden, Ukraine, and United Kingdom v. Islamic Republic of Iran)”, Order of 16 October 2023 [2023] ICJ Rep, p. 4.

**Jacobini**, Horace Bowman, “Observations on International Aviation Law”, *Social Science*, 23 (1), 1948, pp. 51-53.

**Kazemi**, Hamid/**Asiabipourimani**, Naser, “Reparation of Aerial accidents under International Law with Emphasize On 752 Ukrainian Flight”, *Legal Research Quarterly*, 25 (99), 2022, pp. 369-393.

**Khorshidi Athar**, Mohammad/**Seyed Hesamadin**, Lesani, “A Critical View Towards U.S. Claim of Preemptive Self-Defense in the Assassination of General Qasem Soleimani”, *Iranian Journal of International and Comparative Law*, 1, (1), 2023, p. 12.

**Klonowska**, Klaudia/**Dubey**, Shraddha, “Year in Review 2020, In T. D. Gill, R. Geiß, H. Krieger, & R. Mignot-Mahdavi (Eds.),” *Yearbook of International Humanitarian Law*, Volume 23, 2020, T.M.C. Asser Press, pp. 157-246.

**Kotaite**, Assad, “ICAO and the Development of Air Transport”, *Aircraft Engineering and Aerospace Technology*, 52(2), 1980, pp. 17-20.

**Lee**, Chae-Jin, “South Korea in 1983: Crisis Management and Political Legitimacy”, *Asian Survey*, 24, (1), 1984, pp. 112-121.



**Lele, Ajey/Roy, Kritika/Jaison, Carl/Mann, Poonam/Gogna, Sanjana/Sharma, Anu/Mani, Aditya/Malhotra, Divya**, “Air Power”, *Journal of Air Power and Space Studies*, 15, (1), 2020, p. 176

**Mahmoudi, S. Hadi/Moradinasab, Sima**, “Article: The Analysis of Evolution of Human Rights Considerations of Aviation Security”, *Air and Space Law*, 49, (2), 2024, pp. 191-216.

**Montreal Agreement, 1966**, “Agreement Relating to Liability Limitations of Air Carriers”, Montreal, adopted 13 May 1966, 574 UNTS 159.

**Montreal Protocol, 1975**, “Protocol for the Suppression of Unlawful Acts of Violence at Airports Serving International Civil Aviation”, Montreal, adopted 24 February 1975, entered into force 6 August 1975, 1158, UNTS 177, p. 13.

**Morgan, Craig**, “Legal Argumentation in International Crises: The Downing of Korean Air Lines Flight 007”, *Harvard Law Review*, 97 (5), 1984, pp. 1198-1213.

**Naser, Sherman**, “Air Carrier’s Liability Towards the Air Passenger: A Critical Examination of the International Carriage Legislation”, *PalArch’s Journal of Archaeology of Egypt / Egyptology*, 17, (11), 2020, pp. 41-50.

**Nathan, James A.**, “A FRAGILE DETENTE: The U-2 Incident Re-examined”, *Military Affairs*, 39 (3), 1975, pp. 97-104.

**Paris Convention, 1919**, “Convention relating to the regulation of aerial navigation”, Paris, adopted 13 October 1919, entered into force 1 January 1920) 11 LNTS 173, p. 476.

**Payne, Cymie R.**, “Developments in the Law of Environmental Reparations: A Case Study of the Un Compensation Commission”, *Environmental Protection and Transitions from Conflict to Peace: Clarifying Norms, Principles and Practices*, Oxford University Press, 2017 Forthcoming, London 2016, pp. 1-31.

**Rahman, Mizanur M.**, *International Law in Changing World*, 1st Edition, Palal Prokashoni, Dhaka 2011.

**Romera, Martinez/Harro van Asselt, Beatriz**, “The International Regulation of Aviation Emissions: Putting Differential Treatment into Practice”, *Journal of Environmental Law*, 27 (2), 2015, pp. 259-283.

**Shayesteh, Fatemeh/Seo, Hyunjin**, “Competing Frames on Social Media: Analysis of English and Farsi Tweets on Iran Plane Crash”, *The Journal of International Communication*, 28, (1), 2022, p. 47-69.

**Sochor, Eugene**. “ICAO and Armed Attacks against Civil Aviation”, *International Journal*, 44 (1), 1989, pp. 134-170.

**Tokyo Convention, 1963**, “Convention on Offences and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft”, Tokyo, adopted 14 September 1963, entered into force 4 December 1969, 704 UNTS 219, p. 8.

**T.V., Novikova/S. O., Kuts**, “Legal consequences for the state arising from the use of weapons against civil aircraft: review and legal framework development”, RUDN Journal of Law, 25 (4), 2021, pp. 831-854.

**UN Charter**, (adopted 26 June 1945, entered into force 24 October 1945) art 2 (4), p. 74.

**United Nations General Assembly**, “Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law” (Resolution 60/147, 16 December 2005), p. 9.

**Warsaw Convention, 1929**, “Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air,” Warsaw, adopted 12 October 1929, entered into force 13 February 1933, 137 LNTS 11, p. 472.

**Wright, Quincy**, “Legal Aspects of the U-2 Incident”, American Journal of International Law, 54 (4), 1960, pp. 836-854.



# Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 28 Sayı/No: 1 Haziran/June 2024

## Türk ve Alman Ceza Hukuku Mevzuatının Roma Statüsü'ne Uyumu

### The Compatibility of Turkish and German Criminal Law Legislations with the Rome Statute

  Dr. Öğr. Üyesi Asuman İNCE TUNÇER\*

 10.60002/ebyuhfd.1475363

#### ÖZ

Roma Statüsü ile benimsenmiş olan tamamlayıcılık ilkesinin sonucu olarak Statü'de yer verilen suç tiplerinin yargılanmasında öncelikli yetki, ulusal yargılamaya mercileridir. Uluslararası Ceza Mahkemesi, ilgili devletin suç yargılamada isteksiz olması ya da yargılamaya muktedir olmaması durumunda devreye girmektedir. Bu nedenle Statü'ye taraf olan devletlerin ulusal mevzuatlarını uyumlaştırmaları Mahkemenin yargılama yetkisinin doğmasını engellemek bakımından önemlidir. Bazı hallerde taraf olmayan devletlerin dahi Uluslararası Ceza Mahkemesi önünde yargılanabiliyor olduğu düşünüldüğünde taraf olmayan devletlerin de iç hukuklarında Statü'ye paralel düzenlemeler yapmaları beklenebilir. Türkiye, Roma Statüsü'ne henüz taraf olmamakla birlikte

\* Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

**Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article**

**Geliş/Received: 29.04.2024 | Kabul/Accepted: 05.06.2024.**

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

**Atıf/Cite as:** Asuman İnce Tunçer, "Türk ve Alman Ceza Hukuku Mevzuatının Roma Statüsü'ne Uyumu", EBYÜ-HFD, C. 28, S. 1, Haziran 2024, s. (95-128).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

bu konuda niyetini ortaya koymuştur. Uyum düzenlemeleri çeşitli kanunlarla dağınık bir biçimde yapılabildiği gibi uluslararası suçlara ilişkin tüm hükümlere tek bir kanunla da yer verilebilir. Almanya ilgili düzenlemeleri Uluslararası Ceza Kanunu ile yapmıştır. Türk ve Alman ceza hukuku arasındaki bağ düşünüldüğünde Uluslararası Ceza Kanunu'nun Roma Statüsü ile uyumunun incelenmesi, Türk hukuku açısından yol gösterici olabilecektir. Bu bağlamda çalışmada öncelikle tamamlayıcılık ilkesinin ulusal ceza mevzuatlarına etkisi ele alınmıştır. Ardından Türk ve Alman ceza hukuku mevzuatlarının Statü'ye uyumu, suç tipleri çerçevesinde incelenmiştir.

### **Anahtar Kelimeler**

Uluslararası Ceza Mahkemesi, Roma Statüsü, Uluslararası Suçlar, Tamamlayıcılık İlkesi, Uluslararası Ceza Hukuku, Türk Ceza Kanunu.

### **ABSTRACT**

Due to the principle of complementarity, prosecuting crimes included in the Rome Statute primarily falls within national courts' jurisdiction. The International Criminal Court steps in when a state is unwilling or unable to prosecute the crime. Therefore, it is important for states that are parties to the Statute to harmonize their national legislation to prevent the Court's jurisdiction. In some cases, even non-party states can be prosecuted before the International Criminal Court, so non-party states are expected to make parallel regulations in their domestic laws. Although Turkey is not yet a party to the Rome Statute, it has demonstrated its intention in this regard. Harmonization regulations can be made dispersedly through various laws or in a single law. Germany has made the relevant regulations with the International Crimes Code. Considering the link between Turkish and German criminal law, examining the compatibility of the International Crimes Code with the Rome Statute can be instructive for Turkish law. In this context, first, the effect of the principle of complementarity on national criminal legislations is discussed in the study. Then, the compatibility of Turkish and German criminal law legislations with the Statute is examined within the framework of the types of crimes.

### **Keywords**

International Criminal Court, Rome Statute, International Crimes, Principle of Complementarity, International Criminal Law, Turkish Penal Code.

## **GİRİŞ**

21. yüzyılda devlet iktidarının sınırlandırılması bakımından yaşanan en önemli gelişmelerden biri daimî bir uluslararası ceza mahkemesinin kurulmasıdır. Roma Statüsü<sup>1</sup> [RS] ile kurulan Uluslararası Ceza

---

1 Statü'nün İngilizce metni için bkz. "Rome Statute of the International Criminal Court", <https://bit.ly/4aRutIZ>, E.T. 27.04.2024.

Mahkemesi [UCM] soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçlarını yargılama yetkisine sahiptir. Statü'nün 1. maddesi ile tamamlayıcılık ilkesi benimsenmiştir. Buna göre, sayılan suçların yargılanması bakımından öncelikle ulusal yargı yerleri yetkilidir. Mahkemenin yargılama yapabilmesi, RS'nin 17/1-a hükmü ile devletin suçu kovuşturmada isteksiz olması veya yargılama yapmaya muktedir olmaması koşuluna bağlanmıştır.

Devletlerin, egemenlik alanlarında en sıkı sarıldıkları yetki cezalandırma yetkisidir. Bu bakımdan hiçbir devlet, vatandaşının uluslararası bir yargılama makamı önüne çıkarılmasını istemez. Her ne kadar Statü, devletlerin iç hukuklarında yukarıda sayılan suç tiplerine yer vermelerini bir zorunluluk olarak öngörmemekte ise de tamamlayıcılık ilkesi gereğince Mahkemenin yargılama yetkisinin doğmasının önüne geçmek ve vatandaşlarını kendi mahkemelerinde yargılamak isteyen devletler, iç hukuklarında gerekli yasal düzenlemeleri yapma yoluna gitmektedirler.

Statü'de yer verilen bir suçun UCM önünde yargılanabilmesi için, failin Statü'ye taraf bir devlet vatandaşı olması aranmaktadır. Statü'ye taraf olmayan bir devlet vatandaşının, bir taraf devlette işlediği suçlar UCM önünde yargılanabilecektir. Bundan başka, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin [BMGK] de Statü'ye taraf olma durumu dikkate alınmaksızın belli bir olayı UCM önüne götürme yetkisi bulunmaktadır. Dolayısıyla Statü'yü imzalamamış devletler açısından da gerekli iç hukuk düzenlemelerinin yapılması önem arz etmektedir. Örneğin; Türkiye Statü'ye taraf olmamakla birlikte sayılan ihtimallerin gerçekleşmesi durumunda bir Türk vatandaşının UCM önünde yargılanması söz konusu olabilecektir.

Çalışmada, Türk ve Alman ceza hukuku mevzuatının RS'ye uyumu incelenecektir. Bu kapsamda olmak üzere öncelikle tamamlayıcılık ilkesinden bahsedilecektir. Sonrasında Türk ve Alman ceza hukukunda, Mahkemenin yargılama yetkisine giren suçların düzenleniş biçimleri ele alınacaktır.

## I. TAMAMLAYICILIK İLKESİNİN ULUSAL CEZA MEVZUATLARINA ETKİSİ

Tamamlayıcılık ilkesi, asıl organın suçluyu cezalandırmakta başarısız olması hâlinde ikinci bir yargı organının devreye girmesini öngörür<sup>2</sup>. UCM'yi kuran RS'nin ilk maddesi ile Mahkemenin yargılama yetkisine giren suçların öncelikli olarak ulusal mercilerce yargılanacağı belirtilmiştir. Statü ile tamamlayıcılık ilkesinin benimsenmesi, devletlerin görüşmeler esnasındaki baskıları sonucu onlara verilen bir tür taviz şeklinde nitelendirilmektedir<sup>3</sup>. Böylece UCM'nin devletlerin egemenlik haklarına müdahalesinin daha dar bir kapsamda tutulması sağlanmıştır<sup>4</sup>.

Tamamlayıcılık ilkesinin benimsenmesi genelde devletlerin egemenlik haklarından vazgeçmek istememelerinin bir sonucu olarak değerlendirilse de Statü'nün giriş bölümünde vurgulandığı üzere söz konusu ilke, uluslararası toplumu ilgilendiren en ciddi suçları işleyen kimselerin cezasız kalmalarını önlemeye de hizmet eder. Nitekim giriş bölümünde, UCM'nin yargı yetkisine giren suçları yargılamanın her devletin görevi olduğu ayrıca belirtilmiştir<sup>5</sup>. Ancak giriş bölümünde yer alan bu ifade kanımızca, devletlere mevzuatlarını Statü ile uyumlu hâle getirme mecburiyeti yüklememekte olup, yalnızca bir temenni niteliği taşımaktadır. Bir yükümlülük olmamasına rağmen uygulamada devletler, yargı yetkilerini paylaşmamak için iç hukuklarında gerekli düzenlemeleri yapma yoluna gitmektedir.

Tamamlayıcılık ilkesi gereğince Mahkemenin yargılama yetkisinin hangi koşullarda doğacağı Statü'nün 17. maddesi ile düzenlenmiştir. Bu koşullar suçun işlendiği devletin suç kovuşturmada isteksiz olması veya yargılama yapmaya muktedir olmamasıdır. Söz konusu koşulların gerçekleşmesi durumunda, Mahkeme ilgili suç yargılayabilecektir. Koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini UCM tespit edecektir. Bu

---

2 Xavier **Philippe**, "The Principles of Universal Jurisdiction and Complementarity: How Do the Two Principles Intermesh?", *International Review of the Red Cross*, C. 88, S. 862, 2006, s. 380.

3 Ali Şahin **Kılıç**, "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Devletlerin Egemenliği Üzerine Ulusal Egemenlik Odaklı Bir İnceleme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 58, S. 3, 2009, s. 643.

4 Hakan **Karakehya**, "Modern Düşünce Yapısında Görülen Değişimler Bağlamında Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Taraf Devletlerin Egemenlik Haklarına Müdahalesi", *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 13, 2013, s. 139.

5 Canan **Ateş Ekşi**, *Uluslararası Ceza Mahkemesinin İnsanlığa Karşı Suçlar Üzerindeki Yargı Yetkisi*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 31.

bakımdan Mahkemenin önemli bir takdir yetkisi bulunmaktadır<sup>6</sup>. Ancak Mahkeme, bu yetkisini hiçbir kuralla bağlı olmadan kullanmamaktadır. 17. madde ile ayrıca devletin isteksizliğinin ve yetersizliğinin belirlenmesi noktasında dikkate alınması gereken ölçütler de belirlenmiştir<sup>7</sup>. Kullanılan dilin muğlaklığı nedeniyle öngörülen ölçütlerin Mahkemenin takdir yetkisini ne derece kısıtladığı ise tartışmalıdır. Bu bakımdan devletlerin egemenlik haklarına ilişkin kaygılarının devam ettiği söylenebilir<sup>8</sup>.

UCM'nin yargılama yapmasının önüne geçmek isteyen taraf devletler, iç hukuklarında Mahkemenin yargı yetkisine giren suçları düzenlemek ve ceza mevzuatlarını RS ile uyumlu hâle getirmek yolunu seçmektedir<sup>9</sup>. İç hukukun uyumlaştırılması Statü'ye taraf olmayan devletler bakımından da önemlidir. Nitekim UCM'nin yargılama yapabilmesi için suçun hangi devlet vatandaşı tarafından işlendiğine bakılmaksızın taraf bir devlet ülkesinde işlenmiş olması yeterlidir<sup>10</sup>. Yani vatandaşlarının ülke dışında işledikleri uluslararası suçları kendi mahkemelerinde yargılamak isteyen devletler için de RS'ye uyuma ilişkin düzenlemeler elzemdir. Zira hiçbir devlet kendi vatandaşının uluslararası bir mahkeme önünde yargılanmasını istemez. Bu hem egemenlik hakkının bir parçası olan cezalandırma yetkisi bakımından hem de devletin saygınlığı açısından

---

6 Selcen **Erdal**, “Uluslararası Ceza Mahkemesinin Ulus-Devlet Egemenliğine Etkisi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 1, 2010, s. 194.

7 RS'nin 17. maddesi uyarınca devletin isteksiz olduğunun belirlenmesinde kullanılacak ölçütler şunlardır: İlgili şahsın Mahkemenin yargı yetkisine giren ve 5. maddede sayılan suçlardan doğan sorumluluğunu gizlemek amacıyla işlemler yapılması veya yapılmakta olması; ilgili şahsı yargı önüne getirme amacıyla bağdaşmayacak şekilde, yasal işlemlerde makul olmayan gecikme olması; yasal işlemlerin bağımsız ve tarafsız bir şekilde yerine getirilmemiş veya getirilmemekte olması ve bu işlemlerin ilgili şahsı adalet önüne getirme niyetiyle bağdaşmayacak şekilde yürütülmesi (m. 17/2-a,b,c). Yetersizliği ise Mahkeme belli bir davada, ulusal yargı sisteminin bir kısmının veya tamamının çökmesi ya da işlemez hâlde olmasına bağlı olarak devletin sanığı veya gerekli kanıt ve ifadeleri elde etmesinin yahut başka bir şekilde yasal işlemleri yürütmesinin mümkün olup olmadığını inceleyerek tespit edecektir (m. 17/3).

8 **Erdal**, s. 194; **Kılıç**, s. 642; Bu konuda ayrıntılı bilgi ve çeşitli eleştiriler için bkz. Ebru **Demir**, “Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcısına Kabul Edilebilirlik Değerlendirmesinde Tanınan Geniş Takdir Yetkisinin Kullanımında Ortaya Çıkan Sorunlar”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 79, S. 4, 2021, s. 1398-1405.

9 Hakan **Karakehya**, “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulanabilir Hukuk”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 2, 2008, s. 144.

10 Durmuş **Tezcan**/Mustafa Ruhan **Erdem**/Murat **Önok**, Uluslararası Ceza Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 323.

önemlidir<sup>11</sup>. Belirtmek gerekir ki Statü ile düzenlenmiş olan saldırı suçu bakımından Mahkemenin yargılama yetkisinin doğması konusunda özel hükümler getirilmiştir. Statü'nün 15 *bis* maddesinin 5. bendine göre, “Statü’ye taraf olmayan bir devlet bakımından, saldırı suçu söz konusu devletin vatandaşları tarafından veya o devletin toprakları üzerinde işlendiğinde, Mahkeme saldırı suçu üzerinde yargı yetkisini kullanamayacaktır”. Saldırı suçunun yargılanmasına ilişkin bir başka istisnai hükme aynı maddenin 4. bendinde yer verilmiştir. Buna göre; Statü’ye taraf bir devlet bir saldırı fiilinden kaynaklanan saldırı suçu üzerinde Mahkemenin yargılama yetkisini kabul etmediğine yönelik Yazı İşleri Bürosu Başkanı’na bir bildirimde bulunarak kendisi bakımından Mahkemenin yargılama yetkisini kullanmasını engelleyebilir.

Statü’ye taraf olmayan devletler bakımından bir diğer önemli nokta, BMGK’nin kabul edilebilirlik şartları aranmaksızın herhangi bir olayı UCM’ne havale edebilme yetkisidir (RS m. 13/b). Bahsi geçen durumda yargılamanın yapılabilmesi için taraf devlet ülkesinde işlenme ve taraf devlet vatandaşı olma kriterleri aranmayacaktır. Böylelikle Statü’ye taraf olmayan bir devlet, UCM yargılaması konusunda bazı yükümlülükler altına girmek zorunda kalabilecektir<sup>12</sup>. Öyle ki BMGK’nin başvurusu üzerine yapılacak yargılamalarda, saldırı suçuna ilişkin yargılama yetkisini ortadan kaldıran yukarıda yer vermiş olduğumuz hükümler uygulama alanı bulmayacaktır<sup>13</sup>.

11 **Karakehya**, Uluslararası Ceza Mahkemesi, s. 144.

12 **Erdal**, s. 195 vd.; BMGK ve UCM arasındaki ilişki hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İrem Şevval **Akbaş**, “Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Arasındaki İlişki”, Ankara Barosu Dergisi, C. 81, S. 4, 2023, s. 197-236. 1593 sayılı BMGK kararı ile RS m. 13/b uyarınca soruşturmanın başlatıldığı ilk örnek için bkz. **Cenap Çakmak**, “Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Darfur Krizi’ne Müdahil Olması ve ABD’nin Süpergüç Olarak Limitleri”, Uluslararası Hukuk ve Politika, C. 3, S. 10, 2007, s. 43-74.

13 Nergiz **Emir**, “Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Yargı Yetkisi Bakımından Saldırı Suçu”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, 2015, s. 137 vd.; Muhammet Celal **Kul**, “Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Tecavüz Suçu (Saldırı Suçu) Üzerindeki Yargı Yetkisi ve Harekete Geçirilmesi”, İbn-i Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2023, s. 101 vd. Mahkemenin Statü’ye taraf olmayan devlet üzerinde yargılama yetkisi kullanabiliyor olmasının, taraf olunmayan bir uluslararası anlaşmanın devlet bakımından sonuç doğurması anlamına geldiğinden egemenlik yetkisiyle bağdaşmadığı yönünde bkz. **Kılıç**, s. 650. Bu durumun uluslararası hukuku ihlal etmeyip, mülkîlik ilkesi gereğince yetkili olan devletin kendisinin taraf olduğu bir anlaşma gereğince, kendi rızasına dayanarak yargılama yetkisini uluslararası bir mahkemeye devretmesi niteliğinde olduğu yönünde bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**, Uluslararası Ceza Hukuku, s. 376.



Tamamlayıcılık ilkesi bağlamında UCM'nin yargılama yetkisinin önüne geçilebilmesinin mümkün olması karşısında, Mahkemenin bir caydırıcılık fonksiyonu kalmayacağı düşünülebilir. Ancak önemli olan nokta ister ulusal mahkemeler eliyle ister UCM eliyle olsun faillerin cezalandırılmasıdır. Uluslararası bir ceza mahkemesinin varlığı, suçluların cezalandırılması yönünde devletler üzerinde baskı oluşturmaktadır<sup>14</sup>. Devletlerin ulusal hukuklarında Statü'deki suç tiplerine yer vermeleri, temelde cezalandırma yetkilerinin UCM tarafından sınırlandırılmasına karşı bir tedbir olarak değerlendirilmekte ise de bu durum aynı zamanda söz konusu suçlara ilişkin haksızlık bilincinin ulusal hukuklar aracılığıyla yerleşmesine hizmet etmektedir<sup>15</sup>.

## II. TÜRK CEZA MEVZUATININ ROMA STATÜSÜ'NE UYUMU

Türkiye RS'ye taraf değildir. Ancak buna rağmen Türk ulusal mevzuatının Statü'ye uyumu, bir Türk vatandaşının UCM önünde yargılanmasının Statü hükümlerince mümkün olması sebebiyle önem arz etmektedir<sup>16</sup>. Henüz taraf olunmasa da Anayasanın 38. maddesine 2004 yılında gerçekleştirilen anayasa değişikliği ile eklenen son fıkra Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın getirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaşın suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemeyeceğini hüküm altına almıştır. Paralel bir düzenleme 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun [TCK] 18/2 maddesinde de mevcuttu. Söz konusu düzenleme 2016 yılında 6706 sayılı Cezaî Konularda Uluslararası Adli İş Birliği

---

14 Cengiz **Başak**, Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 65.

15 Hans-Heinrich **Jeschek**, "Neuere Entwicklungen im Nationalen, Europäischen und Internationalen Strafrecht: Perspektiven für eine Kriminalpolitik im 21. Jahrhundert?", Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, Editör, Jörg Arnold, C. H. Beck, München 2005, s. 991-1003, Çev. Zeynel T. **Kangal**, "Ulusal, Avrupa ve Uluslararası Ceza Hukukunda Yeni Gelişmeler: 21. Yüzyılda Bir Suç Politikası İçin Perspektifler mi?", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 33, S. 1, 2006, s. 32; Sercan **Tokdemir**, "The Jurisdiction of the International Criminal Court: A Critical Legal Scrutiny on the Principle of Complementarity Adopted in the Rome Statute", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 1, 2023, s. 124.

16 Yusuf **Aksar**, Uluslararası Ceza Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 88. AB tarafından yeknesak bir uygulaması olmasa da RS'ye taraf olunmasının aynı zamanda Avrupa Birliği'ne alınmada da bir yeterlilik kriteri olduğu yönünde bkz. Çiğdem **Akın**, "Avrupa Birliği'ne Üyelik Yolunda Türkiye'nin Uluslararası Ceza Mahkemesini Kuran Roma Statüsüne Taraf Olmasının Yeri", Uluslararası Suçlar ve Tarih, S. 21, 2020, s. 59, 64.

Kanunu'nun 36/1-ç bendiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Aynı Kanun'un 11. maddesi ile "Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere, iadesi talep edilen kişinin Türk vatandaşı olması" iadenin kabul edilemeyeceği hâller arasında düzenlenmiştir.

İfade edilen düzenlemeler ışığında Türkiye'nin RS'ye taraf olma yönünde iradesini ortaya koyduğu söylenebilir. Ancak belirtmek gerekir ki bu düzenlemeler Türkiye henüz taraf olmadığı için Statü'nün uygulanması bağlamında hiçbir hukuki sonuç doğurmayacaktır. Vatandaşın verilmesiyle ilgili düzenlemeler ancak RS'ye taraf olunması durumunda uygulama alanı bulabilecektir<sup>17</sup>.

Türk mevzuatının RS'ye uyumu bağlamında UCM'nin yargı yetkisine giren dört suç tipi bakımından ayrı başlıklar altında değerlendirme yapılacaktır. UCM yalnızca soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçunu yargılama yetkisine sahiptir (RS. m. 5). Mahkemenin yargı yetkisine giren suçlardan soykırım ve insanlığa karşı suçlar TCK'nın "Özel Hükümler" başlıklı ikinci kitabının "Uluslararası Suçlar" başlıklı birinci bölümünde düzenlenmiştir. Uluslararası suçların düzenlendiği birinci bölümde, savaş suçları ve saldırı suçuna ilişkin düzenleme yoktur. Savaş suçlarına dağınık bir biçimde Askeri Ceza Kanunu'nda [AsCK] yer verilmiştir. Saldırı suçuna ilişkin olarak ise Türk mevzuatında bir düzenleme bulunmamaktadır.

Belirtmek gerekir ki uluslararası suçların düzenlendiği bölümde soykırım ve insanlığa karşı suçlardan başka göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçları da düzenlenmiştir<sup>18</sup>. Sayılan suçlar, UCM'nin yargı yetkisi dışında kaldığından incelemeye dâhil edilmemiştir.

### A. Soykırım Suçu

Soykırım suçu RS'nin 6. maddesi ile düzenlenmiştir. Statü'nün soykırım tanımı, 1948 tarihli Birleşmiş Milletler Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'ne bağlı kalınarak yapılmıştır.

17 Henüz Statü'ye taraf olunmadan yapılan bu düzenlemeler eleştiri konusu olmuştur. Olması gerekenin önce Statü'ye taraf olup sonra iç hukuku uyumlu hale getirmek yoluna gitmek olduğu yönünde bkz. Uğur **Bayılloğlu**, "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Türkiye", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 56, S. 1, 2007, s. 69 vd.

18 Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçlarının niteliğine ilişkin ayrıca bkz. Olgun **Değirmenci**, "Çeşitli Görünümleriyle Uluslararası Suç Kavramı: Dar ve Geniş Anlamda Uluslararası Suçlar ve Türk Hukuku", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 71, S. 1, 2013, s. 229-266.

TCK'nın soykırım suçuna ilişkin 76. maddesi ise birtakım farklılıklar bulunmakla beraber, RS'nin tanımıyla büyük oranda örtüşmektedir<sup>19</sup>.

Suç tanımı itibarıyla TCK'nın RS'den ayrıldığı ilk nokta milli, etnik, ırki ya da dini bir grubu kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak amacıyla maddede sayılan fiillerin “[b]ir planın icrası suretiyle” gerçekleştirilmesidir. İlgili maddenin gerekçesinde, söz konusu ifadenin kullanılmasında amaçlananın “suç girişiminin planlı ve sistematik karakterini vurgulamak” olduğunu belirtilmiştir. Bir görüşe göre ifadenin suç tanımına eklenmesi ile suçun uygulama alanı daraltılmıştır<sup>20</sup>. RS’de bir planın varlığı aranmazken TCK’da yer verilen bu ifade ile plan suçun bir unsuru haline getirilmiştir. Bu hâlde suçun bir planın icrası suretiyle işlenmediği durumlarda TCK bakımından soykırım suçu olduğundan bahsedilemeyecektir<sup>21</sup>. Bir başka görüşe göre ise “planın icrası suretiyle” ifadesi suçun maddi unsuru kapsamında değildir. Söz konusu ifade, ortadan kaldırma kastının ispatını kolaylaştıran bir ölçüt olarak görülmelidir<sup>22</sup>.

Statü'nün 6. maddesinde böyle bir ifade yer almamış olsa da Statü'yü tamamlayıcı nitelikte ve suçların unsurlarının açıklandığı “*Elements of Crimes*” (Suçların Unsurları) adlı belgede, “soykırım suçunun benzer davranışlardan oluşan aşikâr bir kalıp bağlamında işlenmesi” ya da “hareketlerin bizzat kendisinin böyle bir yıkıma yol açabilmesi gerektiği” ifade edilmiştir<sup>23</sup>. Kanımızca benzer davranışlardan oluşan aşikâr bir kalıp bağlamında işlenmesi ilgili suçun bir planın icrası suretiyle işlenmesi

---

19 Verda Neslihan **Akün**, “Uluslararası Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım (Jenosid) Suçu”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 24, S. 1-2, 2004, s. 70.

20 **Akün**, s. 66; Sinan **Kocaoğlu**, “Uluslararası Ceza Hukuku ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Bağlamında Soykırım Suçu”, Ankara Barosu Dergisi, C. 63, S. 3, 2005, s. 164; Tuncay **Kaykal**, Türk Hukukunda Saldırı Suçu ve UCM'nin Yargı Yetkisinin Sınırları, Yüksek Lisans Tezi, Milli Savunma Üniversitesi Atatürk Stratejik Araştırmalar Enstitüsü, 2022, s. 134; Dilaver **Nişancı**, “Uluslararası Ceza Hukuku ve Türk Ceza Kanunu Düzenlemesinde Soykırım Suçu”, Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, C. 8, S. 2, 2021, s. 245; Mehmet Fatih **Çınar**, “Uluslararası Ceza Hukuku Suçları için ‘Erken Uyarı Projesi’ ve Türkiye'nin Hukuksal Konjonktürü”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 13, 2019, s. 361.

21 **Akün**, s. 66.

22 **Akün**, s. 66; Olgun **Değirmenci**, “Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Kararları Işığında Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 70, 2007, s. 97

23 “Elements of Crimes”, <https://bit.ly/3UaliMw>, E. T. 27.04.2024.

ifadesiyle aynı anlama gelmektedir. Soykırım kapsamında işlenen fiillerin belirli bir grubu yok etme amacını gütmesi gerektiğinden böyle bir amacın gerçekleştirilmesine dönük önceden genel hatlarıyla tasarlanmış bir plan dâhilinde hareket ediliyor olması lazımdır<sup>24</sup>. Aksi durumda soykırım suçuna vücut verecek ağırlıkta bir hareketin varlığından bahsetmek mümkün olmayacaktır. Bu bakımdan TCK'da yer verilmiş olan “*planın icrası suretiyle*” ifadesinin pratik anlamda bir farklılık yaratmadığı söylenebilecektir<sup>25</sup>.

Soykırım suçunu oluşturacak fiiller Statü ve TCK'da beş bent halinde sayılmıştır. Statü ile TCK düzenlemesi karşılaştırıldığında birtakım farklılıklar bulunduğu görülmektedir. Örneğin; RS m. 6-a'da “*grup üyelerine ciddi bedensel veya zihinsel zarar vermek*” ifadesi, buna karşılık TCK m. 76/1-b'de ise “*kişilerin bedensel ve ruhsal bütünlüklerine ağır zarar verme*” ibaresi kullanılmıştır. Öğretide ruhsal bütünlük ile zihinsel zararın eş anlamlı olduğunu söylemenin zor olduğu, TCK'daki ifadenin zihinsel zarar olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir<sup>26</sup>. Benzer bir başka görüşe göre ise “zihinsel” yerine “ruhsal” kelimesinin kullanılması suçun kapsamını daraltmıştır<sup>27</sup>. Ayrıca Statü'de “ciddi bir zarar verilmesi”nden bahsedilirken TCK'da “ağır zarar verme” ifadesi kullanılmıştır. Statü ve TCK'daki ifadelerin hemen hemen aynı anlamlara geldiği savunulabilirse de özellikle “ruhsal bütünlük” ifadesi bakımından kanun koyucunun neden böyle bir tercih yaptığı anlaşılacaktır. Buna karşın soykırım suçunu oluşturan fiillerin düzenlendiği diğer dört bendin Statü ile uyum içinde olduğu kanaatindeyiz<sup>28</sup>.

---

24 Mahmut **Koca**, “Türk Ceza Kanunu'nda Soykırım Suçu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 1, 2010, s. 17 vd.

25 **Bayılhoğlu**, s. 78; R. Murat **Önok**, Uluslararası Ceza Divanı'nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor, Uluslararası Ceza Mahkemesi Koalisyonu Yayını, 2010, s. 27. Statü'de açıkça suçun bir unsuru olarak düzenlenmesi de UCM içtihatlarına bakıldığında soykırım planının suçun unsuru olarak değerlendirildiği yönünde bkz. Zeynep **Erhan**, “Core International Crimes in Turkish Criminal Law and the Rome Statute: A Comparative Analysis in the Light of International Jurisprudence”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 22, S. 2, 2018, s. 115 vd.; Durmuş **Tezcan**/Mustafa Ruhan **Erdem**/Murat **Önok**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 69.

26 **Önok**, s. 24.

27 **Akün**, s. 68; **Kaykal**, s. 134 vd.

28 Soykırım suçuna ilişkin kanuni düzenlemenin uluslararası düzenleme ve uygulamalara paralel olduğu yönünde bkz. **Aksar**, s. 89.

Son olarak TCK'da yer alan tanımlamada yalnızca bir planın icrası suretiyle, milli, etnik, ırki ya da dini bir grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi maksadından bahsedilmesi, sayılan nitelikleri taşıyan üyelerin “grup” olarak hedef alınması yönünde bir ifadenin bulunmaması eksiklik olarak değerlendirilmiştir<sup>29</sup>. Bizce “*bir grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi maksadıyla*” deyişi bu hususu da kapsamaktadır.

TCK'nın 13/1-a hükmü ile Kanun'un ikinci kitabının birinci kısmında yer alan soykırım, insanlığa karşı suçlar, göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçları bakımından evrensellik ilkesi kabul edilmiştir. Buna göre; soykırım suçu yabancı tarafından yabancı bir ülkede işlense ve hatta fail Türkiye'de bulunmasa bile Türk kanunları uygulanacaktır. Düzenleme dünyanın herhangi bir yerinde soykırım suçunun işlenmesi hâlinde Türkiye'de soruşturma açılmasına imkân verir niteliktedir. Soykırım suçunun tüm insanlığı ilgilendiren çok ağır bir suç olduğu düşünüldüğünde evrensellik ilkesinin kabul edilmesi doğru bir yaklaşım olarak değerlendirilebilir. Ancak dünyanın herhangi bir yerinde işlenen soykırım suçunun soruşturulmasına imkân tanınmış olması, soruşturmanın sürdürülmesi ve delillerin toplanmasının zorluğu ile uluslararası ilişkilere zarar verme ihtimalinin bulunması nedeniyle eleştirilmektedir<sup>30</sup>. Bu nedenle bahsi geçen maddenin 2. fıkrası ile uluslararası suçlar bakımından Türkiye'de yargılama yapılmasının Adalet Bakanı'nın talebine bağlanmış olması bu kapsamda ortaya çıkabilecek sorunları önlemeye yönelik makul bir düzenlemedir<sup>31</sup>.

## B. İnsanlığa Karşı Suçlar

İnsanlığa karşı suçlar, RS'nin 7. maddesi ile düzenlenmiştir. Buna göre; insanlığa karşı suç, 7. madde kapsamında sayılan fiillerin herhangi bir sivil nüfusa karşı yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak işlenmesidir. TCK'nın 77. maddesi ile yapılan insanlığa karşı suç tanımı ise RS'den farklı ve suçun maddi unsuru bakımından çok daha dar kapsamlıdır<sup>32</sup>.

TCK düzenlemesine göre madde metninde sayılan fiillerin siyasal, felsefi, ırki veya dini saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plan

29 Akün, s. 67-68; Dilaver, s. 245.

30 Değirmenci, Soykırım Suçu, s. 111.

31 Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s. 58.

32 Aksar, s. 231; Elif Başkaracaoğlu, “Uluslararası Hukuk Işığında Yeni Türk Ceza Kanunundaki İnsanlığa Karşı Suçlar Tanımının Değerlendirilmesi”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 24, S. 1-2, 2004, s. 277.

doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi gerekir. RS'den farklı olarak suçun felsefi, ırki veya dini saiklerle işlenmesi aranmaktadır<sup>33</sup>. 77. maddeye göre insanlığa karşı suç ancak özel kastla işlenebilir. Failin icra hareketlerini sayılan saiklerle işlemesi insanlığa karşı suçun oluşumu bakımından zorunludur. Oysa Roma Statüsü bakımından genel kast yeterlidir<sup>34</sup>. Statü ile TCK arasındaki bu farklılığın nasıl bir sonuç doğuracağına yönelik *Önok*'un tespitine de burada yer vermek istiyoruz. Yazara göre, insanlığa karşı suçla itham edilen kişinin özel kastının tespit edilememesi hâlinde fail, TCK'da düzenlenmiş bulunan adi suçlar çerçevesinde yargılanacaktır. Bu durumda, failin uygun bir cezaya çarptırılması durumunda UCM'nin *ne bis in idem* ilkesi gereği devreye girmemesi gerekir<sup>35</sup>. Biz de yazarın görüşüne iştirak ediyoruz. Ancak elbette arzulanan Türkiye'nin ilgili ifadeleri madde metninden çıkararak RS'ye tam uyumlu bir düzenleme getirmesidir.

RS, insanlığa karşı suçun yaygın veya sistematik olmasını ararken TCK'da ilgili suçun sadece bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenmesinden bahsedilmiştir. Yaygın olma, TCK bağlamında insanlığa karşı suçun bir unsuru değildir<sup>36</sup>. RS'ye uyum bağlamında, TCK düzenlenmesinde de yaygın veya sistematik olma unsurlarına bir arada yer verilmesi daha isabetli olurdu<sup>37</sup>.

Suçun maddi unsuru bakımından TCK düzenlemesi Statü'ye göre daha dar kapsamlıdır. Kanunun 77. maddesinde insanlığa karşı suç oluşturan fiiller sekiz bent hâlinde; kasten öldürme, kasten yaralama, işkence, eziyet veya köleleştirme, kişi hürriyetinden yoksun kılma, bilimsel deneylere tabi kılma, cinsel saldırıda bulunma, çocukların cinsel istismarı, zorla hamile bırakma, zorla fuhşa sevk etme olarak sıralanmıştır. Statü'nün 7. maddesinde sayılan; toplu yok etme, nüfusun sürgün edilmesi veya zorla nakli, cinsel kölelik, zulüm, kişilerin zorla kaybedilmesi, ırk

---

33 **Erhan**, s. 123 vd.

34 **Bayilloğlu**, s. 81; Ersan **Şen/Erkam Malbeği**, Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011, s. 44, 46; **Tezcan/Erdem/Önok**, Ceza Özel Hukuku, s. 87; **Kaykal**, s. 135.

35 **Önok**, s. 36. Aynı yönde; **Bayilloğlu**, s. 83.

36 Aysel **Seymen Çakar**, "İnsanlığa Karşı Suçlar", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 103, 2012, s. 192; **Başkaracaoğlu**, s. 260.

37 Aynı yönde; **Seymen Çakar**, s. 193; **Önok**, s. 34; **Kaykal**, s. 136; **Erhan**, s. 121. Sistematik bir saldırının bulunması birden çok mağdurun varlığını gerektirdiği için "yaygın" ifadesinin TCK'da bulunmamasının uygulamada bir soruna yol açmayabileceği yönünde bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**, Ceza Özel Hukuku, s. 84.

ayrımcılığı ve diğer insanlık dışı eylemlere TCK'da yer verilmemiştir<sup>38</sup>. “Diğer insanlık dışı eylemler” tarzında bir ifadeye yer verilmemesi suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir gereği olsa da<sup>39</sup> diğer fiiller bakımından TCK düzenlemesi yeterli değildir. Bununla birlikte öğretide bir görüşe göre, Statü'de yer verilen fiillerin TCK'nın diğer hükümleri uyarınca yargılanması mümkündür. Örneğin; cinsel kölelik kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (TCK m. 109), cinsel saldırı (TCK m. 102), çocukların cinsel istismarı (TCK m. 103), fuhuş (TCK m. 227) ve insan ticareti (TCK m. 80) kapsamında yargılanabilir. Ancak uluslararası bir suçu adi bir suç olarak yargılamak, ceza hukukunun amacı, fiilin haksızlık içeriği ve suçla korunan hukuksal yarar bakımından düşünüldüğünde tatmin edici bir çözüm olmayacaktır<sup>40</sup>.

Statü'nün 7/1-h bendinde; “*insanlığa karşı suç oluşturan bir hareket olarak; herhangi bir tanımlanabilir grup veya topluluğa karşı, bu paragrafta atıf yapılan herhangi bir eylemle veya Mahkemenin yetki alanındaki herhangi bir suçla bağlantılı olarak siyasi, ırki, ulusal, etnik, kültürel, dinsel, cinsel veya evrensel olarak uluslararası hukukta kabul edilemez diğer nedenlere dayalı olarak zulüm*” düzenlenmiştir. Aksar'a göre, TCK'da insanlığa karşı suç başlığı altında düzenlenen fiil, insanlığa karşı suçlardan birini oluşturan zulmetme suçudur. Zulmetme suçu, insanlığa karşı suçların özel bir türü ve en ağırı olarak değerlendirilmektedir. 77. maddede sayılan fiillerin siyasal, felsefi, ırki veya dini saiklerle işlenmesi hâlinde bu suç oluşacaktır. TCK düzenlemesinde özel kast aranmaksızın, insanlığa karşı suç oluşturan fiiller hüküm altına alınmış olsaydı, düzenlemenin RS'ye göre dar kaldığı ancak sadece zulmetme suçundan ibaret olmadığı sonucuna varılabilirdi. Ancak felsefi, ırki veya dini bir saikin aranmış olması düzenlemeyi RS bağlamında zulmetme suçuna indirgemektedir<sup>41</sup>. Hatta RS'de yer alan zulmetme suçunun kapsamının daha geniş olduğu bile söylenebilir. Zira ilgili düzenlemede felsefi, ırki veya dini saikten başka “*siyasi, ulusal, etnik, kültürel, dinsel, cinsel veya evrensel olarak uluslararası hukukta kabul edilemez diğer nedenlere dayalı olarak zulmetme*” ifadesi kullanılmıştır.

38 Başkaracaoğlu, s. 277; Bayilloğlu, s. 81; Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s. 85; Kaykal, s. 136; Çınar, s. 361.

39 Başkaracaoğlu, s. 277.

40 Önok, s. 33; Erhan, s. 124.

41 Aksar, s. 232 vd.

Son olarak, soykırım suçu başlığı altında evrensellik ilkesine dair yaptığımız açıklamalar insanlığa karşı suçlar bakımından da geçerlidir.

Görüldüğü üzere, TCK'nın insanlığa karşı suçlara ilişkin düzenlemesi, RS ile oldukça uyumsuz ve yetersizdir.

### C. Savaş Suçları

RS'de en detaylı biçimde düzenlenmiş olan suçlar savaş suçlarıdır. Savaş suçları, RS'nin 8. maddesinde uluslararası silahlı çatışmalar ve uluslararası olmayan çatışmalar şeklinde ayrı ayrı düzenlenmiştir. Uluslararası silahlı çatışmalardaki savaş suçları m. 8/2-a ve b'de yer almaktadır. 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nin<sup>42</sup> ağır ihlalini oluşturan fiiller ile uluslararası silahlı çatışmalarda uygulanabilir yasa ve geleneklerin diğer ağır ihlallerini oluşturan fiiller bu kapsamdadır. Uluslararası olmayan silahlı çatışmalardaki savaş suçları ise 8/2-c ve e'de yer almaktadır. 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nin müşterek 3. maddesinin ciddi ihlalleri ile uluslararası karakterde olmayan ancak silahlı çatışmalarda uygulanabilir hukukun ve teamüllerin diğer ağır ihlallerini oluşturan fiiller uluslararası olmayan silahlı çatışmalardaki savaş suçlarını oluşturmaktadır<sup>43</sup>. Belirtmek gerekir ki RS kapsamında savaş suçlarının söz konusu olabilmesi için mutlaka bir savaş ilanına ya da tarafların silahlı çatışma durumunu kabul etmesine gerek yoktur<sup>44</sup>.

Bir plan veya politikanın ya da bu tarz suçların geniş çapta işlenmesi başta olmak üzere, Mahkemenin savaş suçları üzerinde yargılama yetkisi vardır (RS m. 8/1). Madde ifadesinden de anlaşılacağı gibi Mahkemenin savaş suçları üzerindeki yargı yetkisi, suçun bir plan veya politikanın ya da bu tarz suçların geniş çapta işlenmesi hâllerinde sınırlı değildir. Söz konusu düzenleme Mahkemenin yargılama yetkisinin doğması bakımından bir ölçüt getirmiştir. Savaş suçlarının münferit olarak işlendiği durumlarda ise dava konusunun Mahkemece başkaca bir işlem gerektirecek derecede ağır olup olmadığı değerlendirilecektir (RS m. 17/1-d)<sup>45</sup>.

Türk hukukunda savaş hâli, 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanununun [SSHK] 3. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili madde uyarınca savaş hâli, savaş ilanına karar verilmesinden bu hâlin kaldırıldığından ilan

42 "The Geneva Conventions of 1949 and their Additional Protocols", <https://bit.ly/3WkBLR6>, E. T. 27.04.2024.

43 Aksar, s. 183.

44 Aksar, s. 170.

45 Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası, s. 593 vd.



edilmesine kadar devam eden süre içerisinde hak ve hürriyetlerin kanunlarla kısmen veya tamamen sınırlandırıldığı durumdur. AsCK'nın 8. maddesinde de paralel bir tanım seferberlik terimi kullanılarak yapılmıştır. AsCK'da kullanılan seferberlik teriminden anlaşılması gereken de savaş halidir (AsCK m. 7)<sup>46</sup>. AsCK'nin “[s]eferberlikte insanlar ve mallar aleyhine yapılan cürümler” başlıklı 7. faslında 122 ilâ 129. maddeler arasında savaş sırasında işlenen bazı fiiller askeri suç olarak düzenlenmiştir. Bu suçlar ganimet almak (m.122), yağmacılık (m.123), zaruret olmaksızın başkasının mal ve mülkünü imha ve tahrip etmek (m.125), zorla yağmacılık (m.126), muharebe meydanlarında ölümlerin, esirlerin ve yaralıların mallarına tecavüz etmek (m. 127), ahaliye kanunsuz tasarrufta bulunmak (m. 128) ve muharebe meydanında hıyanet ve muhariplerin mallarına tecavüz etmektir<sup>47</sup>.

RS ile benzer şekilde Türk hukukunda da AsCK'da düzenlenen savaş suçlarının plan veya politika çerçevesinde yahut geniş çaplı olarak işlenmesi suçun oluşması bakımından şart değildir<sup>48</sup>. Öte yandan RS'de savaş suçunun söz konusu olabilmesi için silahlı çatışmanın varlığı yeterli iken Türk hukuku açısından bir savaş hâlinin varlığı gereklidir. Bu bakımdan Türk hukukunda daha şekli bir yaklaşım benimsenmiştir denebilir<sup>49</sup>.

Statü'de savaş suçları kapsamında yer alan bazı fiillerin TCK ile AsCK'da yer verilen diğer bazı suç tipleri bağlamında cezalandırılması mümkündür. Örneğin; RS m. 8/2-a bendinde; “i) *Kasten öldürme*; ii) *Biyolojik deneyler dahil işkence veya insanlık dışı muamele*; iii) *Vücuda veya sağlığına kasten büyük ıstırap verme veya ciddi yaralamaya sebep olma*; iv) *Askeri gereklilik olmadan, yasadışı ve keyfi olarak mülkiyetin yaygın yok edilmesi veya sahiplenilmesi*; v) *Bir savaş esirinin veya koruma altındaki bir diğer şahsın, düşman devlet silahlı kuvvetlerinde hizmet etmeye zorlanması*; vi) *Bir savaş esirinin veya koruma altındaki bir diğer şahsın, kasti olarak adil ve olağan yargılanma hakkından yoksun bırakılması*; vii) *Hukuka aykırı sürgün ya da nakletme ya da hukuka aykırı alıkoyma ve viii) Rehin alma*” fiillerine yer verilmiştir. Sayılanlardan pek

---

46 Fahrettin **Demirağ**, “Uluslararası Ceza Divanı Savaş Suçları-Saldırı Suçu Mevzuatımıza Göre Savaş Hali”, Uluslararası Ceza Divanı, Editör, Feridun Yenisey, Arıkan Yayınları, İstanbul 2007, s. 98.

47 M. Yasin **Aslan**, Teoride ve Uygulamada Savaş Suçları, Bilge Yayınevi, Ankara 2006, s. 274.

48 **Önok**, s. 37.

49 **Önok**, s. 37.

çoğu TCK'da bulunan kasten öldürme (m. 81, 82), kasten yaralama (m. 86), neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama (m. 87), insan üzerinde deney (m. 90), işkence (m. 94), neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence (m. 95), eziyet (m. 96) ve kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma (m. 109) suç tipleri çerçevesinde cezalandırılabilir. Bir savaş esirinin veya koruma altındaki bir diğer şahsın, düşman devlet silahlı kuvvetlerinde hizmet etmeye zorlanması fiili bakımından ise tehdit (m. 106) ve cebir (m. 108) suçuna ilişkin hükümler uygulanabilirse de söz konusu suç tipleri için öngörülmuş olan ceza miktarlarının oldukça hafif olduğu belirtilmektedir<sup>50</sup>. Cebir ve tehdit suçları dışında yukarıda sayılan suç tipleri bakımından TCK ile öngörülmuş olan ceza miktarlarının yüksek olması ile kasten öldürme, kasten yaralama ve işkence suçları bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacak olması dikkate alındığında Mahkemenin yargılama yetkisinin doğmasının önüne geçilebileceği düşünülebilir. Ancak bir suçun adi suç olarak cezalandırılması ile bir savaş suçu olarak cezalandırılması arasında fark bulunmaktadır<sup>51</sup>.

Askeri gereklilik olmadan, yasadışı ve keyfi olarak mülkiyetin yaygın şekilde yok edilmesi veya sahiplenilmesi fiilleri ise yukarıda yer verdiğimiz AsCK m. 122 vd.'da bulunan hükümler çerçevesinde cezalandırılabilir niteliktedir. Ancak söz konusu suç tiplerinden bazıları bakımından öngörülmuş olan ceza miktarları hafif düzeydedir. Öte yandan RS ile savaş suçu olarak düzenlenmiş bazı fiillerin Türk ceza hukuku mevzuatında bir karşılığı yoktur. Örneğin; bir savaş esirinin veya koruma altındaki bir diğer şahsın, kasti olarak adil ve olağan yargılama hakkından yoksun bırakılması fiilini cezalandıran bir suç tipi Türk hukukunda bulunmamaktadır<sup>52</sup>.

Ayrıca belirtmek gerekir ki savaş suçlarının düzenlendiği RS'nin 8. maddesine yürürlüğe girdiği tarihten bu yana çeşitli eklemeler yapılmıştır. İlk olarak Taraf Devletler Asamblesi'nin 10 Haziran 2010'da aldığı kararla zehir veya zehirli silahların kullanılması; boğucu, zehirli veya diğer gazlar ile benzeri sıvı, malzeme ya da cihazlar kullanılması; çekirdeği tam kapatmayan veya yarararak ayrılan mermiler gibi insan vücuduna kolayca giren veya vücutta parçalanan mermilerin kullanılması fiilleri<sup>53</sup> uluslararası olmayan silahlı çatışmalar bakımından da savaş suçu

50 Önok, s. 41.

51 Önok, s. 40 vd.; Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Ceza Hukuku, s. 52 vd.

52 Önok, s. 41.

53 "10. a Amendment to Article 8 of the Rome Statute of the International Criminal Court", <https://bit.ly/4aRoPX0>, E.T. 24.04.2024.

olarak kabul edilmiştir. Daha sonra Taraf Devletler Asamblesi'nin 14 Aralık 2017 tarihinde aldığı kararla mikrobiyal veya diğer biyolojik ajanları ya da toksinleri kullanan silahların kullanılması<sup>54</sup>; X ışınları ile tespit edilemeyen nitelikte yaralanmaya neden olan silahların kullanılması<sup>55</sup> ile kör edici lazer silahlarının kullanılması<sup>56</sup> hem uluslararası silahlı çatışmalar hem uluslararası olmayan silahlı çatışmalar bakımından savaş suçu teşkil eden fiiller olarak kabul edilmiştir. Son olarak Taraf Devletler Asamblesi'nin 9 Aralık 2019 tarihinde aldığı karara göre yardım malzemelerinin kasten engellenmesi de dahil olmak üzere, sivillerin hayatta kalmaları için vazgeçilmez olan nesnelere mahrum bırakılarak açlığa mahkum edilmesinin bir savaş yöntemi olarak kasıtlı şekilde kullanılması<sup>57</sup> uluslararası olmayan silahlı çatışmalar bakımından bir savaş suçu haline getirilmiştir.

Görüldüğü üzere RS ile savaş suçu olarak düzenlenmiş fiillerin Türk ceza hukuku mevzuatı çerçevesinde yargılanması ancak TCK'da bulunan adi suç hükümleri ile AsCK'da bulunan sınırlı düzenlemeler kapsamında mümkündür<sup>58</sup>. Öyle ki Statü ile savaş suçu olarak düzenlenmiş bazı fiiller bakımından Türk hukukunda uygulanabilir ceza normu bile bulunmamaktadır. Özellikle bu nitelikteki fiiller bakımından tamamlayıcılık ilkesi gereği UCM'nin devreye girmesi mümkün olabilecektir<sup>59</sup>. Savaş suçları, RS'ye uyum bağlamında Türk hukukunun en eksik kaldığı suçlardır. Bu bağlamda savaş suçlarının mevzuatımıza aktarılması kritik önemdedir<sup>60</sup>.

---

54 “10. d Amendment to Article 8 of the Rome Statute of the International Criminal Court (Weapons which Use Microbial or Other Biological Agents, or Toxins)”, <https://bit.ly/3y18u3u>, E.T. 24.04.2024.

55 “10. e Amendment to Article 8 of the Rome Statute of the International Criminal Court (Weapons the Primary Effect of which is to Injure by Fragments Undetectable by X-rays in the Human Body)”, <https://bit.ly/4deHKNa>, E.T. 24.04.2024.

56 “10. f Amendment to Article 8 of the Rome Statute of the International Criminal Court (Blinding Laser Weapons)”, <https://bit.ly/44foQ4O>, E.T. 24.04.2024.

57 “10. g Amendment to Article 8 of the Rome Statute of the International Criminal Court (Intentionally Using Starvation of Civilians)”, <https://bit.ly/3UjuM8a>, E.T. 24.04.2024.

58 Aynı yönde bkz. **Kaykal**, s. 137; **Çınar**, s. 361 vd.

59 **Önok**, s. 40, 41; Yurdanur Firdevs **Kılıç**, Savaş Suçları Kapsamındaki Cinsel Şiddet Fiilleri, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2020, s. 49.

60 Aynı yönde bkz. **Değirmenci**, Uluslararası Suçlar, s. 261; **Kaykal**, s. 137; **Bayılhoğlu**, s. 82; **Çınar**, s. 362; **Erhan**, s. 126; M. Yasin **Aslan**, “Uluslararası Ceza Divanı ve Türkiye'ye Etkileri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 56,

## D. Saldırı Suçu

UCM'nin kurulması aşamasında en tartışmalı konulardan birisi saldırı suçunun tanımı ve Mahkemenin yargı yetkisine dâhil edilmesi olmuştur. Görüşmeler sonrasında saldırı suçunun tanımına ilişkin değişik görüşlerin varlığı ve uzlaşmanın zorluğu dikkate alınarak, tanımla ilgili sorunun çözümü ileriye bırakılmıştır. Ancak Statü'de saldırı suçunun UCM'nin yargı yetkisinde olduğu hüküm altına alınmıştır<sup>61</sup>.

Saldırı suçunun tanımı, 2010 yılında yapılan Gözden Geçirme Konferansında alınan kararlar Statü metnine eklenmiştir<sup>62</sup>. Buna göre saldırı suçu; “*bir Devletin siyasi veya askeri eylemlerini etkili biçimde kontrol edebilme veya yönetebilme konumunda bulunan bir kimse tarafından, ağırlığı ve boyutu itibariyle Birleşmiş Milletler Şartı'nı açıkça ihlal eden bir saldırı fiilinin planlanması, hazırlanması, başlatılması veya icrası*”dır (RS m. 8 bis/1). Saldırı fiilinden anlaşılması gereken ise RS m. 8 bis/2'de tanımlanmıştır. Buna göre saldırı fiili, “*bir Devlet tarafından, bir başka Devletin egemenliğine, toprak bütünlüğüne veya bağımsızlığına karşı veya Birleşmiş Milletler Şartı'na aykırı başka şekillerde silahlı kuvvet kullanılmasıdır*”.

Saldırı suçundan dolayı Mahkemenin yargılama yapma yetkisi Statü'nün 15 ter maddesi ile ve Gözden Geçirme Konferansında alınan karar gereğince 2017 yılı sonrasına bırakılmıştır. UCM'nin saldırı suçu bakımından yargı yetkisi, Taraf Devletler Asamblesi'nin 14 Aralık 2017 tarihinde aldığı kararla 17 Temmuz 2018 itibariyle aktif hâle getirilmiştir<sup>63</sup>.

Türk mevzuatında doğrudan saldırı suçunu tanımlayan normatif bir düzenleme bulunmamaktadır. Bir görüşe göre; 1982 Anayasasının başlangıç kısmında belirtilen “[y]urtta sulh cihanda sulh” ilkesi ve “[s]avaş hâli ilanı ile silahlı kuvvet kullanımına izin verme” başlıklı 92. maddesinde yalnızca milletlerarası hukukun meşru saydığı hâllerde savaş ilanına karar verilebilmesi ve ani bir saldırı hâlinde silahlı kuvvet kullanımına izin verilebilmesi yönündeki düzenlemeler nazara alındığında, anayasal zeminde saldırı savaşının yasaklandığı ve kuvvet

---

S. 4, 2007, s. 77. En azından Askeri Ceza Kanunlarının Statü ile uyumlu hale getirilmesi için gözden geçirilmesinin zorunlu olduğu yönünde bkz. **Aksar**, s. 92.

61 **Başak**, s. 254.

62 “Adoption of Amendments on The Crime of Aggression”, <https://bit.ly/3UA7jkz>, E.T. 27.04.2024.

63 “Activation of the Jurisdiction of the Court over the Crime of Aggression”, <https://bit.ly/44mApab>, E.T. 27.04.2024.

kullanımının yalnızca uluslararası hukuka uygun bir şekilde mümkün olduğu sonucuna varılabilir. Ayrıca TCK m. 304 ve m. 306’da düzenlenmiş olan devlete karşı savaşa tahrik ve yabancı devlet aleyhine asker toplama suç tipleri bağlamında savaşın kabul edilmediği ve savaşa neden olabilecek eylemlerin ceza kanunu vasıtasıyla yasaklandığı da ifade edilebilir<sup>64</sup>.

Diğer taraftan SSHK’da yapılan savaş tanımı Birleşmiş Milletler Şartı’na [BM Şartı] aykırı bir biçimde kuvvet kullanımına imkân verir niteliktedir. Kanun’un 3. maddesinde yer alan tanıma göre savaş, “[d]evletin bekasını temin etmek, milli menfaatleri sağlamak ve milli hedefleri elde etmek amacıyla, başta askeri güç olmak üzere Devletin maddi ve manevi tüm güç ve kaynaklarının hiçbir sınırlamaya tabi tutulmadan kullanılmasını gerektiren silahlı mücadeledir”. Tanımda yer verilen “*milli menfaatleri sağlamak ve milli hedefleri elde etmek*” BM Şartı’na göre kuvvet kullanılabilir hâllerden olmayıp; meşru müdafaa sınırlarını aşan ve saldırı savaşını başlatmaya imkân verebilecek bir unsur şeklinde karşımıza çıkmaktadır<sup>65</sup>.

Kanaatimizce Türk ulusal mevzuatında bulunan hükümler, RS ile uyum içerisinde değildir. Savaş ve kuvvet kullanımına ilişkin mevcut anayasal ve kanuni düzenlemeler bir suç tipi olarak saldırıyı tanımlamamakta ve karşılamamaktadır<sup>66</sup>.

### III. ALMAN CEZA MEVZUATININ ROMA STATÜSÜ’NE UYUMU

Almanya UCM’nin kurulması aşamasında yapıcı bir tutum izlemiş ve RS’yi imzalayarak Mahkemenin yargılama yetkisini kabul etmiştir<sup>67</sup>. 2000 yılında Alman Anayasası’nın 16. maddesine eklenen 2. fıkra ile Türk

64 **Kaykal**, s. 130-132.

65 **Bilal Domaç**, “Roma Statüsü’nün Kabulü Sürecinde Türkiye’nin Karşılaşabileceği Muhtemel Sorunlar ve Çözüm Yolları”, *Güvenlik Stratejileri Dergisi*, C. 5, S. 9, 2009, s. 185.

66 Aynı yönde bkz. **Çınar**, s. 362; **Erhan**, s. 130.

67 Almanya, Uluslararası Ceza Mahkemesinin oluşturulması sürecini şekillendirmede ve yönlendirmede aktif bir rol oynamıştır. Roma’daki müzakereler sırasında, Federal Cumhuriyet, mahkemeye mümkün olan en fazla yetkinin verilmesini isteyen yaklaşık 60 devletten biridir. RS’nin şekillenmesinde etkili olan çok sayıda Alman teklifi de Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin projesine aktif Alman desteğini belgelemektedir. Bkz. Gerhard **Werle/Florian Jeßberger**, “Völkerstrafgesetzbuch – VStGB-Einleitung”, *Münchener Kommentar zum Straftgesetzbuch Band 9*, Editörler, Volker Erb/Jürgen Schäfer, 4. Baskı, C.H. Beck, München 2022, Rn. 24.

hukukunda olduğu gibi vatandaşın verilmeyeceği kuralına istisna getirilmiştir. Buna göre; vatandaşın bir Avrupa Birliği üyesi devlete ya da uluslararası mahkemeye iadesine ilişkin olarak kanuni düzenlemeler yapılabilecektir<sup>68</sup>.

Almanya, ulusal mevzuatını RS'yle uyumlaştırmak üzere ceza kanununda değişiklikler yapmak yerine, yasal netliğin ve uygulamada yönetilebilirliğin sağlanması amacıyla ayrı bir kanun yapma yolunu seçmiştir<sup>69</sup>. Uluslararası Ceza Kanunu (Völkerstrafgesetzbuch)<sup>70</sup> [UCK], RS'den bir gün evvel 30 Haziran 2002'de yürürlüğe girmiştir.

UCK'nın amacı RS'de öngörülen suç tiplerini ulusal hukuka nakletmek, Alman hukukunun boşluksuz olmasını sağlayarak tamamlayıcılık ilkesi bağlamında Mahkemenin yargılama yetkisinin önüne geçmektir<sup>71</sup>. Belirtelim ki Kanun'un amacı Statü düzenlemelerini iç hukuka dâhil etmek olsa da bu yapılırken doğrudan doğruya Statü düzenlemelerinin alınması yoluna gidilmemiş; Alman Anayasasının gereklilikleri, uluslararası teamül hukuku ve başta kanunilik ilkesi olmak üzere ceza hukukunun genel prensipleri de dikkate alınmıştır<sup>72</sup>.

UCK, 14 maddeden ve iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, Kanun'da düzenlenen tüm suçlar için uygulama alanı bulacak genel hükümlere yer verilmiştir. İkinci bölümde suç tipleri düzenlenmiştir. Bunlar soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ile diğer suçlar başlığı altında denetim görevinin ihlali ve suçu bildirmekten kaçınma suçlarıdır. Belirtmek gerekir ki denetim görevinin ihlali ve suçu bildirmekten kaçınma niteliğindeki fiiller Statü'nün "*Ceza Hukukunun Genel İlkeleri*" başlıklı 3. bölümünde düzenlenmiştir. UCK ile benimsenmiş olan sistematik kanaatimizce daha yerinde olmuştur. Çalışma kapsamında Mahkemenin yargılama yetkisi kapsamına giren

---

68 Peter **Wilkitzki**, "The German Law on Co-Operation with the ICC", *International Criminal Law Review*, S. 2, 2002, s. 196.

69 Helmut **Satzger**, "German Criminal Law and The Rome Statute- A Critical Analysis of the New German Code of Crimes Against International Law", *International Criminal Law Review*, S. 2, 2002, s. 266.

70 Kanun metni için bkz. "Völkerstrafgesetzbuch", <https://www.gesetze-im-internet.de/vstgb>, E.T. 26.04.2024.

71 **Jescheck**, s. 30; **Werle/Jebbberger**, *Einleitung*, Rn. 2.

72 Elisabeth **Handl**, "Introductory Note to the German Act to Introduce the Code of Crimes Against International Law", *International Legal Materials*, C. 42, S. 4, 2003, s. 995; Steffen **Wirth**, "Germany's New International Crimes Code: Bringing a Case to Court", *Journal of International Criminal Justice*, C. 1, S. 1, 2003, s. 153; **Werle/Jebbberger**, *Einleitung*, Rn. 37.

temel suç tipleri olan soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçu bakımından değerlendirme yapılacaktır. Değerlendirme yapılırken madde metinlerine birebir yer verilmeyecek, Kanununun RS'den ayrıldığı noktalar üzerinde durulacaktır.

### A. Soykırım Suçu

Soykırım suçuna ilişkin düzenleme UCK'nın 6. maddesi ile yapılmıştır. İlk fıkrada, suçu oluşturan fiiller Statü'ye paralel olarak beş bent halinde sıralanmıştır. Bunlar grubun bir üyesini öldürmek, grubun bir üyesine fiziksel ya da zihinsel olarak ciddi zarar vermek, grubun bütünüyle veya kısmen fiziksel varlığını ortada kaldıracığı hesaplanarak yaşam şartlarını kasten değiştirmek, grup içinde doğumları engellemek amacıyla tedbir almak ve gruba mensup bir çocuğu zorla başka bir gruba nakletmektir.

Soykırım suçu için öngörülen ceza müebbet hapis olmakla birlikte 2. fıkrada kasten öldürme dışındaki diğer fiillerle suçun işlenmesi halinde, daha az ceza verilebilecektir. Ancak bu ceza beş yıldan az olamaz. Ortaya çıkan neticenin ciddiyetine göre daha az ceza verilmesinin kanuni düzenlemeyle mümkün kılınması bizce isabetli olmuştur. Aksi durumda netice ile verilecek ceza arasında bir orantısızlık söz konusu olabilecektir.

UCK'nın soykırım tanımı Statü'ye paralel olmakla birlikte birtakım ifade farklılıkları bulunmaktadır. Statü'de soykırım suçunu oluşturan fiiller bentler hâlinde sayılırken gruba mensup olanların öldürülmesi, grubun mensuplarına ciddi surette bedensel veya zihinsel zarar verilmesi, gruba mensup çocukları zorla bir başka gruba nakletmek ifadeleri kullanılmışken UCK'da suçun mağduru tekil bir biçimde tanımlanmıştır. Bu bağlamda UCK'da söz konusu fiiller bir grup üyesinin öldürülmesi, grubun bir üyesine ciddi bedensel veya zihinsel zarar verilmesi ve gruptaki bir çocuğun zorla başka bir gruba nakledilmesi şeklinde tanımlanmıştır. Elements of Crimes adlı belgede Statü'de sayılan fiillerin sadece tek bir üyeye karşı işlenmesinin yeterli olduğu ayrıca düzenleme altına alınmış olsa da UCK'daki ifadeler Statü'ye göre daha açıktır. Suçun oluşması bakımından söz konusu fiillerin tek bir grup üyesine karşı işlenmesi yeterlidir<sup>73</sup>. Yine fiziksel ve zihinsel olarak ağır zarardan anlaşılması gerekenin tespiti hususunda Alman Ceza Kanunu'nun [ACK] 226.

---

73 Claus **Kreß**, “VStGB § 6 Völkermord”, Münchener Kommentar zum Straftgesetzbuch Band 9, Editörler, Volker Erb/Jürgen Schäfer, 4. Baskı, C.H. Beck, München 2022, Rn. 49.

maddesine atıf yapılması da aynı anlayışın sonucudur<sup>74</sup>. Alman kanun koyucusu suçun maddi unsurunu tanımlamakta titiz hareket etmiştir.

Son olarak şu hususu da ifade etmek gerekir: UCK'nın 1. maddesi ile ilgili kanunda düzenlenen soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçu bakımından evrensellik ilkesi kabul edilmiştir. Ancak Türk hukukunda olduğu gibi Alman hukukunda da evrensellik ilkesi gereğince soruşturma açma zorunluluğuna istisnalar getirilmiştir<sup>75</sup>. Söz konusu düzenlemeler Alman Ceza Usul Kanunu'nun [ACUK] 153(f) maddesi ile yapılmıştır. Örneğin; Almanya dışında Alman vatandaşı olmayan bir kimsenin Alman vatandaşı olmayan bir kimseye karşı işlediği ve failin de Almanya'da bulunmadığı yahut Almanya'da hazır edilmesinin umulmadığı durumlarda savcının soruşturma başlatıp başlatmamak konusunda takdir yetkisi vardır<sup>76</sup>. Söz konusu düzenlemeler soruşturmanın yürütülmesinde ortaya çıkabilecek imkânsızlıkların ve diğer ülkelerle yaşanabilecek sorunların önüne geçmeyi amaçlamaktadır.

## B. İnsanlığa Karşı Suçlar

İnsanlığa karşı suçların UCK'da bazı yerlerde RS'den daha dar bazı yerlerde ise daha geniş düzenlendiği görülmektedir<sup>77</sup>. Bunun nedeni, Alman kanun koyucusunun Statü'nün düzenlemelerini aynen almak yerine uluslararası teamül hukukundaki son gelişmeleri ve suçta ve cezada kanunilik ilkesinin gereklerini dikkate almış olmasıdır<sup>78</sup>.

İnsanlığa karşı suç başlığı altında düzenlenen zorla hamile bırakma fiilinin tanımlanması bakımından RS ile UCK'nın farklılaştığı görülmektedir. Statü m. 7/2-f'de zorla hamile bırakma fiili "*uluslararası hukukun ciddi bir şekilde ihlali*" veya bir topluluğun etnik bileşimini değiştirmek amacıyla, bir kadının zorla hamile bırakılması şeklinde tanımlanmıştır. UCK m. 7/1-6'da ise "*uluslararası hukukun ciddi bir şekilde ihlali*" ibaresine yer verilmemiştir. UCK'nın yaptığı tanım suçta ve cezada kanunilik ilkesine daha uygundur. Uluslararası hukukun ciddi bir şekilde ihlali ifadesi kesinlikten uzak, muğlak bir ifadedir.

74 Helmut **Gropengiesser**, "The Criminal Law of Genocide - The German Perspective", *International Criminal Law Review*, S. 5, 2005, s. 337.

75 **Handl**, s. 996.

76 Gerhard **Werle**/Florian **Jebberger**, "International Criminal Justice is Coming Home: The New German Code of Crimes Against International Law", *Criminal Law Forum*, S. 13, 2002, s. 213.

77 **Handl**, s. 995; **Wirth**, s. 156 vd.

78 **Handl**, s. 995.



Tamamlayıcılık ilkesi bakımından, UCK'nın tanımının daha dar kapsamlı kalması nedeniyle UCM'nin yargılama yetkisinin doğabileceği düşünülebilirse de benimsenen yaklaşım ceza hukukunun genel ilkelerine daha uygundur<sup>79</sup>. RS m. 7/1-k'da; “*kasıtlı olarak ciddi ıstıraplara ya da bedensel veya zihinsel veya fiziksel sağlıkta ciddi hasara neden olan benzer nitelikteki diğer insanlık dışı eylemler*” şeklinde ifade edilmiş olan fiilin tanımı bakımından da UCK farklılık göstermektedir. Yukarıda açıklamış olduğumuz yaklaşımın sonucu olarak UCK'nın 7/1-8 düzenlemesinde, başkasına bedensel veya ruhsal olarak ciddi hasar vermek ifadesi kullanılmış; zararın tespiti konusunda ise ACK'nın 226. maddesine atıf yapılmıştır<sup>80</sup>.

UCK'nın insanlığa karşı suçlar başlığı altında düzenlenen zulüm suçu bakımından ise Statü'den daha geniş bir tanım yaptığı görülmektedir. Statü'ye göre, bir eylemin zulüm olarak değerlendirilebilmesi için UCM'nin yargı yetkisine giren suçla bağlantılı olarak işlenmesi aranırken (RS m. 7/1-h), UCK böyle bir koşul aramayarak suçun tanımını genişletmiştir (UCK m. 7/1-10)<sup>81</sup>.

İrk ayrımcılığı suçu, RS'den farklı olarak UCK'da insanlığa karşı suçun nitelikli bir hâli olarak düzenlenmiştir (m. 7/5). Buna göre; insanlığa karşı suç oluşturan ve 7. maddenin ilk fıkrası ile tanımlanmış olan fiillerin bir ırksal grubun diğeri üzerinde sistematik baskı ve tahakküm kurmasını içeren kurumsallaşmış bir rejimi sürdürmek amacıyla işlenmesi hâlinde failler daha ağır bir biçimde cezalandırılacaktır<sup>82</sup>. İrk ayrımcılığının tanımı bakımından RS ile arasında bir fark bulunmamakla beraber, UCK'nın tercih etmiş olduğu sistematik kanaatimizce daha uygundur.

Son olarak, UCK'da insanlığa karşı suçlar için öngörülen ceza miktarları her bir fiil açısından ayrı ayrı düzenlenmiş, ayrıca neticenin ciddiyetine göre daha az ceza verilebileceği öngörülmüştür (UCK m. 7/2-4-5). Bu bakımdan UCK düzenlemesi RS'ye göre daha sistematik bir yapıdadır.

79 Gerhard **Werle**/Florian **Jeßberger**, “VStGB § 7 Verbrechen gegen die Menschlichkeit”, Münchener Kommentar zum Straftgesetzbuch Band 9, Editörler, Volker Erb/Jürgen Schäfer, 4. Baskı, C.H. Beck, München 2022, Rn. 89.

80 **Satzger**, s. 274 vd.; **Werle/Jeßberger**, VStGB § 7, Rn. 99.

81 **Handl**, s. 995 vd.

82 **Werle/Jeßberger**, VStGB § 7, Rn. 129.

### C. Savaş Suçları

Savaş suçları bakımından UCK'da en dikkat çeken husus, RS'deki uluslararası olan ve uluslararası olmayan çatışma ayrımının benimsenmemiş olmasıdır. Savaş suçları kapsamında düzenlenen tüm fiiller çatışmanın niteliğine bakılmaksızın suç oluşturacaktır. UCK ile savaş suçları, suçun konusuna göre sınıflandırılmıştır<sup>83</sup>. Bu sistematik düzenleme Kanun'u, Statü'ye göre daha kolay okunabilir hâle getirmiş ve Statü'nün ilerisine taşımıştır<sup>84</sup>. Savaş suçları; kişilere karşı savaş suçları (m.8), mallara ve diğer haklara karşı savaş suçları (m.9), insancıl müdahalelere ve sembollere karşı savaş suçları (m.10), savaşın icrası sırasında yasaklanmış metotlar kullanılmasıyla ilgili savaş suçları (m.11) ve savaşın icrasında yasaklanmış araç kullanılmasıyla ilgili savaş suçları (m.12) olarak kategorize edilmiştir<sup>85</sup>.

Statü'nün 8/1. düzenlemesinde UCM'nin savaş suçları üzerindeki yargılama yetkisinin özellikle bir plan veya politikanın ya da bu tarz suçların geniş bir ölçekte işlenmesinin bir parçası olması hâlinde doğacağı belirtilmiştir. UCK'da savaş suçlarının yargılanması bakımından böyle bir ölçüt öngörülmemiştir. Söz konusu düzenleme ile savaş suçlarının uluslararası hukuktan daha geniş kapsamlı şekilde düzenlenmesinin memnuniyet verici olduğu ifade edilmektedir<sup>86</sup>. Almanya, savaş suçları bakımından uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerinin ötesine geçen bir düzenleme yapmıştır.

RS'nin ilk hâlinde biyolojik ve kimyasal silahların kullanılmasına ilişkin bir düzenleme bulunmuyordu<sup>87</sup>. UCK'da ise zehir veya zehirli silahlar, biyolojik ve kimyasal silahlar, özellikle çekirdeği tamamen

---

83 Kai **Ambos**, "Vorbemerkung zu § 8", Münchener Kommentar zum Straftgesetzbuch Band 9, Editörler, Volker Erb/Jürgen Schäfer, 4. Baskı, C.H. Beck, München 2022, Rn. 17; **Handl**, s. 996; **Werle/Jeßberger**, Einleitung, Rn. 56.

84 Robin **Geiß**/Andreas **Zimmermann**, "VStGB § 8 Kriegsverbrechen gegen Personen", Münchener Kommentar zum Straftgesetzbuch Band 9, Editörler, Volker Erb/Jürgen Schäfer, 4. Baskı, C. H. Beck, München 2022, Rn. 55-56; **Handl**, 996.

85 **Ambos**, Rn. 18.

86 **Ambos**, Rn. 20.

87 Roma Statüsü'nde yer alan silah kullanımının yasaklanmasına yönelik cezai hükümlere ilişkin müzakereler büyük ölçüde tartışmalı ve zor geçmiştir. Özellikle nükleer, kimyasal ve biyolojik silahların kullanımının yasaklanması konusunda devletler arasında bir uzlaşmaya varılamamıştır. Bkz. Claus **Kreß**, "VStGB § 12 Kriegsverbrechen des Einsatzes verbotener Mittel der Kriegsführung", Münchener Kommentar zum Straftgesetzbuch Band 9, Editörler, Volker Erb/Jürgen Schäfer, 4. Baskı, C.H. Beck, München 2022, Rn. 13.

sarmayan ya da içinde kesikler bulunan sert bir kılıfa sahip mermiler olmak üzere insan vücudunda kolayca genişleyen veya düzleşen mermilerin kullanılması savaşın icrasında yasaklanmış araç kullanılmasıyla ilgili savaş suçları olarak düzenlenmiştir (m. 12/1)<sup>88</sup>. UCK ile uluslararası-uluslararası olmayan çatışma ayrımı benimsenmediğinden söz konusu fiillerin bir iç çatışmada işlenmesi de suç kabul edilmiştir. Böyle bir düzenlemenin çağın gereklerine ve silah endüstrisindeki gelişmelere daha uygun olduğu, bu bakımdan UCK'nın RS'nin önüne geçtiği vurgulanmıştır<sup>89</sup>. Statü ile savaş suçlarının düzenlendiği 8. maddeye daha sonra yapılan eklemelerle zehirlerin, zehirli silahların, zehirli gazların, mikrobiyal ve biyolojik silahların, X ışınları ile tespit edilemeyen nitelikte yaralanmalara yol açan silahların, kör edici lazer silahlarının kullanılması hem uluslararası silahlı çatışmalar hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalar bakımından savaş suçları kapsamına alınmıştır. Savaş suçuna ilişkin 8. maddede yapılan değişikliklerle uluslararası silahlı çatışmalar ile uluslararası olmayan silahlı çatışmalar arasındaki ayrım RS kapsamında da silikleşmiştir<sup>90</sup>. X ışınları ile tespit edilemeyen nitelikte yaralanmalara yol açan silahlar ile kör edici lazer silahlarının kullanılması fiilleri UCK ile savaş suçu olarak düzenlenmiş değildir. Kanaatimizce Alman hukuku bakımından bunun hâlihazırda bir eksiklik olduğu da söylenemez. Çünkü RS m. 121/5 düzenlemesi gereğince 8. maddede yapılan değişiklikler, onay veya kabul araçlarının bildirilmesinden bir yıl sonra değişiklikleri kabul etmiş taraf devletler için yürürlüğe girmektedir. Mahkeme, değişikliği kabul etmeyen bir taraf devletin uyrukları tarafından işlenen veya ülkesinde meydana gelen bir suç ile ilgili olarak yargı yetkisini kullanamamaktadır. X ışınları ile tespit edilemeyen nitelikte yaralanmalara yol açan silahlar ile kör edici lazer silahlarının kullanılmasını yasaklayan değişiklik Almanya bakımından 24 Eylül 2024 itibariyle bağlayıcı olacaktır.

Uluslararası insancıl hukuku ihlal etmek suretiyle sivilleri temel ihtiyaç maddelerinden mahrum bırakarak veya yardım teslimatlarını engelleyerek aç bırakmayı bir savaş yöntemi şeklinde kullanmak fiili UCK ile savaşın icrası sırasında yasaklanmış metotlar kullanılmasıyla ilgili savaş suçları arasında düzenlenmiştir (m. 11/1-5). Sivillerin açlığa mahkum edilmesinin bir savaş yöntemi olarak uygulanması Statü'nün ilk

---

88 **Handl**, s. 996; **Wirth**, s. 157.

89 **Werle/Jebbberger**, Einleitung, Rn. 57.

90 **Ambos**, Rn. 14-15.

hâlinde yalnızca uluslararası silahlı çatışmalar kapsamında bir savaş suçu olarak düzenlenmişti. Statü'nün 8. maddesine Taraf Devletler Asamblesi'nin 9 Aralık 2019 tarihinde aldığı kararla yapılan ekleme ile söz konusu fiil, uluslararası olmayan silahlı çatışmalar kapsamında da savaş suçu olarak düzenlenmiştir. Statü'de aç bırakmanın bir savaş yöntemi olarak kullanılması fiilinin bu şekilde genişletilmesi, UCK'nın uyumu bakımından bir problem yaratmayacaktır. Zira yukarıda da belirtildiği üzere UCK kapsamında savaş suçu oluşturan fiillerin uluslararası ya da uluslararası olmayan silahlı çatışmalar bağlamında işlenmesi arasında herhangi bir fark gözetilmemiştir.

Soykırım ve insanlığa karşı suçlarda olduğu gibi savaş suçlarında da cezalar fiiller bakımından ayrı ayrı belirlenmiştir.

#### D. Saldırı Suçu

2017 yılına kadar UCK'da saldırı suçuna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktaydı. Ancak Mahkemenin saldırı suçuna ilişkin yargı yetkisi 17 Temmuz 2018 tarihi itibarıyla doğduğu için bu bir eksiklik olarak değerlendirilemez. Kampala Konferansı ile saldırı suçunun tanımı üzerinde anlaşmaya varıldıktan sonra UCK'da gerekli düzenleme yapılmıştır<sup>91</sup>. Söz konusu düzenleme UCM'nin saldırı suçuna ilişkin yargılamaya yetkisinin doğmasıyla paralel biçimde yürürlüğe girmiştir.

RS ile saldırı suçu; *“bir Devletin siyasi veya askeri eylemlerini etkili biçimde kontrol edebilme veya yönetebilme konumunda bulunan bir kimse tarafından, ağırlığı ve boyutu itibarıyla Birleşmiş Milletler Şartı'na açıkça ihlal eden bir saldırı fiilinin planlanması, hazırlanması, başlatılması veya icrası”* olarak düzenlenmiştir. Saldırı fiili ise *“bir Devlet tarafından, bir başka Devletin egemenliğine, toprak bütünlüğüne veya bağımsızlığına karşı veya Birleşmiş Milletler Şartı'na aykırı başka şekillerde silahlı kuvvet kullanılması”* olarak tanımlanmıştır. RS kapsamında saldırı suçu bir özgü suç şeklinde düzenlenmiş<sup>92</sup>, saldırı ise BM Şartı'na aykırı olarak kuvvet kullanılması olarak öngörülmüştür. Saldırı fiilinin planlanması,

91 **Werle/Jeffberger**, Einleitung, Rn. 58.

92 Statü'nün 25(3) *bis* maddesi saldırı suçunun faillerini belirlemeye yönelik bir düzenleme daha ihtiva etmektedir: *“Bu madde hükümleri, saldırı suçu bakımından, sadece, bir Devletin siyasi veya askeri eylemlerini etkili biçimde kontrol edebilme veya yönetebilme konumunda bulunan kişilere uygulanır”*. Saldırı suçunun bir liderlik suçu olduğu yönünde bkz. **Erhan**, s. 128; **Sergey Sarapin**, The Crime of Aggression in International Law Historical Development, Comparative Analysis and Present State, Asser Press, Lahey 2014, s. 259.

hazırlanması, başlatılması veya icrası saldırı suçunun oluşumu için yeterlidir. Bu nedenle ilgili suç, bir seçimlik hareketli suçtur<sup>93</sup>. Belirtmek gerekir ki, bu seçimlik hareketlerin cezalandırılabilmesi için gerçekleşmiş bir saldırının varlığı zorunludur. Planlama ve hazırlık hareketleri yapılmasına rağmen saldırı fiili olarak gerçekleşmemişse failin cezalandırılması mümkün değildir<sup>94</sup>.

Saldırı suçunun düzenlendiği UCK m. 13/1'e göre; bir saldırı savaşı yürüten ya da niteliği, ağırlığı ve kapsamı itibariyle BM Şartı'nın açık bir ihlalini oluşturan başka bir saldırı eyleminde bulunan kişi ömür boyu hapis cezasıyla cezalandırılır. Maddenin 2. fıkrasında ise birinci fıkra kapsamında bir saldırı savaşını veya herhangi bir saldırı eylemini planlayan, hazırlayan ya da başlatan kişinin ömür boyu hapis cezası veya on yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılacağı öngörülmüştür. 2. fıkrada yer verilen fiillerin cezalandırılabilmesi bir saldırı savaşının ya da saldırı eyleminin gerçekleşmiş olmasına veya Almanya bakımından bir saldırı savaşı ya da saldırı eylemi tehlikesi doğmuş olmasına bağlanmıştır (UCK m. 13/2-1,2). Almanya bakımından bir saldırı savaşı ya da saldırı eylemi tehlikesi doğmuş olması hâlinde de planlama, hazırlama veya başlatma fiilleri saldırı suçu kapsamında cezalandırılabilecektir<sup>95</sup>. UCK bu hususta RS'den ayrılarak saldırı suçuna ilişkin cezai sorumluluğun kapsamını genişletmiştir<sup>96</sup>. Fıkra düzenlenen fiiller bakımından müebbet hapis cezası ya da on yıldan az olmamak üzere hapis cezası verileceği öngörülmüştür. UCK m. 13/5'te ise 2. fıkra kapsamında kalan daha hafif hâllerde faile beş yıldan az olmamak üzere hapis cezası verileceği öngörülmüştür. Kanuni düzenleme verilecek cezanın saldırı suçunu oluşturan fiilin ağırlığına göre belirlenmesi hususunda geniş bir aralık sunmaktadır.

Saldırı fiilinin tanımı aynı maddenin 3. fıkrasında yer almaktadır. Fıkra düzenlemesi RS m. 8 bis/2'ye paralel olarak saldırı fiilini "*bir Devlet tarafından başka bir Devletin egemenliğine, toprak bütünlüğüne veya*

93 Kaykal, s. 88.

94 Başak, s. 249; Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Ceza Hukuku, s. 621; Esat Mahmut Yılmaz, Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2011, s. 269.

95 Hilde Farthofer, "VStGB § 13 Verbrechen der Aggression", Münchener Kommentar zum Straftgesetzbuch Band 9, Editörler, Volker Erb/Jürgen Schäfer, 4. Baskı, C.H. Beck, München 2022, Rn. 36, 46.

96 UCK m. 13/2-2 düzenlemesinin bir tehlike suçu olduğu yönünde bkz. Farthofer, Rn. 3.

*siyasi bağımsızlığına karşı veya BM Şartı ile bağdaşmayan başka bir şekilde silahlı kuvvet kullanılması” olarak tanımlamıştır.*

Düzenlemenin 4. fıkrasında ise saldırı suçunun failinin sadece bir devletin siyasi ya da askeri eylemlerini fiilen kontrol edebilecek veya yönlendirebilecek konumda olan bir kişi olabileceği hüküm altına alınmış; böylece ilgili suç, özgü bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda fail unsuru bakımından suçun tanımı RS’ye paraleldir.

Saldırı suçu bakımından ayırt edici bir diğer husus, bu suçun yargılanması bakımından evrensellik ilkesinin uygulanmasına getirilen sınırlamadır. UCK m. 1’e göre; suç nerede işlenmiş olursa olsun, yalnızca failin Alman olması veya fiilin Federal Almanya Cumhuriyeti’ne yönelik olması durumunda evrensellik ilkesi uygulanabilir<sup>97</sup>.

Son olarak ACK’da bulunan saldırı suçuna teşvik başlıklı düzenlemeye de değinmek gerekir. Söz konusu ceza normu ile ACK’nın uygulandığı coğrafi sınırlar içinde olmak üzere; alenen, bir toplantıda ya da ACK m. 11/3 kapsamında bir içerik yayarak saldırı suçunu teşvik edenler üç aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır.

## SONUÇ

RS ile benimsenen tamamlayıcılık ilkesi taraf devletlerin egemenlik haklarının kullanımı bağlamında ulusal hukuklarını -Statü bakımından bu konuda bir zorunluluk öngörülmüş olmasa da- uyumlaştırmalarını gerekli kılmaktadır. Taraf olmayan ülkelerin vatandaşlarının belli hallerde UCM önünde yargılanabiliyor olması nedeniyle ulusal hukuk sistemlerinde Statü ile uyumlu düzenlemelerin yapılması devletler bakımından da önem arz etmektedir.

Türkiye, Statü’ye henüz taraf olmamışsa da bu yönde niyetini ortaya koymuş bir ülkedir. Hâlihazırdaki Türk mevzuatı, RS’ye uyum bağlamında oldukça yetersizdir. Özellikle savaş suçları bakımından büyük bir boşluk bulunmaktadır. Soykırım ve insanlığa karşı suçların TCK’da yer alıyor olması olumlu bir noktadır. Ancak kanuni düzenlemeler incelendiğinde eksikliklerin bulunduğu görülmektedir.

Almanya, UCM’ne giden yolda yapıcı bir tutum izlemiş ve ulusal hukukun uyumlaştırılması amacıyla Mahkemenin yargılama yetkisine giren suçları UCK ile ulusal hukukunun bir parçası hâline getirmiştir. UCK Statü’nün gerekleri, Alman Anayasası’nın ilkeleri ve uluslararası teamül hukuku dikkate alınarak hazırlanmıştır. Suç tipleri açısından UCK

---

97 Werle/Jebberger, Einleitung, Rn. 59; Farthofer, Rn. 1.

neredeyse boşluksuzdur denebilir. Statü'den ayrılan noktalar suçta ve cezada kanunilik ilkesinin yahut uluslararası teamül hukukunun gereği olarak ortaya çıkmaktadır. Özellikle kanunilik ilkesinin gereği olarak ayrılık gösteren bazı düzenlemeler nedeniyle Alman hukuku bağlamında cezai sorumluluk alanının yer yer daha dar olduğu söylenebilir. Sistematik açıdan ise UCK, RS'nin önüne geçmiştir. Özellikle savaş suçları bakımından suçun konusuna göre yapılan ayırım son derece işlevseldir. Yine Statü'de genel ilkeler başlığı altında düzenlenen ancak birer suç tanımı olan hükümlerin, UCK'da özel hükümler arasında düzenlenmesi yerinde olmuştur.

Sayılan küçük eksikliklerine rağmen UCK, diğer devletlere bu alanda örnek oluşturabilecek nitelikte bir kanundur. Ceza hukuku alanında Alman hukuku ile arasındaki yakın ilişki de düşünüldüğünde UCK'nın Türkiye için anlamı da ortaya çıkmaktadır.

### KAYNAKÇA

**Akbaş**, İrem Şevval, “Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Arasındaki İlişki”, Ankara Barosu Dergisi, C. 81, S. 4, 2023, s. 197-236.

**Akın**, Çiğdem, “Avrupa Birliği’ne Üyelik Yolunda Türkiye’nin Uluslararası Ceza Mahkemesini Kuran Roma Statüsüne Taraf Olmasının Yeri”, Uluslararası Suçlar ve Tarih, S. 21, 2020, s. 53-79.

**Aksar**, Yusuf, Uluslararası Ceza Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

**Akün**, Verda Neslihan, “Uluslararası Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım (Jenosid) Suçu”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 24, S. 1-2, 2004, s. 53-70.

**Ambos**, Kai, “Vorbemerkung zu § 8”, Münchener Kommentar zum Straftgesetzbuch Band 9, Editörler, Volker Erb/ Jürgen Schäfer, 4. Baskı, C. H. Beck, München 2022.

**Aslan**, M. Yasin, “Uluslararası Ceza Divanı ve Türkiye’ye Etkileri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 56, S. 4, 2007, s. 55-79.

**Aslan**, M. Yasin, Teoride ve Uygulamada Savaş Suçları, Bilge Yayınevi, Ankara 2006.

**Ateş Ekşi**, Canan, Uluslararası Ceza Mahkemesinin İnsanlığa Karşı Suçlar Üzerindeki Yargı Yetkisi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.

**Başak**, Cengiz, Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.

**Başkaracaoğlu**, Elif, “Uluslararası Hukuk Işığında Yeni Türk Ceza Kanunundaki İnsanlığa Karşı Suçlar Tanımının Değerlendirilmesi”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 24, S. 1-2, 2004, s. 245-277.

**Bayilloğlu**, Uğur, “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Türkiye”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 56, S. 1, 2007, s. 51-121.

**Çakmak**, Cenap, “Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Darfur Krizi’ne Müdahil Olması ve ABD’nin Süpergüç Olarak Limitleri”, Uluslararası Hukuk ve Politika, C. 3, S. 10, 2007, s. 43-74.

**Çınar**, Mehmet Fatih, “Uluslararası Ceza Hukuku Suçları için ‘Erken Uyarı Projesi’ ve Türkiye’nin Hukuksal Konjonktürü”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 13, 2019, s. 347-372.

**Değirmenci**, Olgun, “Çeşitli Görünümleriyle Uluslararası Suç Kavramı: Dar ve Geniş Anlamda Uluslararası Suçlar ve Türk Hukuku”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 71, S. 1, 2013, s. 229-266.



**Değirmenci**, Olgun, “Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Kararları Işığında Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 70, 2007, s. 50-111.

**Demir**, Ebru, “Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcısına Kabul Edilebilirlik Değerlendirmesinde Tanınan Geniş Takdir Yetkisinin Kullanımında Ortaya Çıkan Sorunlar”, *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 79, S. 4, 2021, s. 1391-1419.

**Demirağ**, Fahrettin, “Uluslararası Ceza Divanı Savaş Suçları-Saldırı Suçu Mevzuatımıza Göre Savaş Hali”, *Uluslararası Ceza Divanı*, Editör, Feridun Yenisey, Arıkan Yayınları, İstanbul 2007, s. 89-122.

**Domaç**, Bilal, “Roma Statüsü’nün Kabulü Sürecinde Türkiye’nin Karşılaşabileceği Muhtemel Sorunlar ve Çözüm Yolları”, *Güvenlik Stratejileri Dergisi*, C. 5, S. 9, 2009, s. 167-192.

**Emir**, Nergiz, “Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Yargı Yetkisi Bakımından Saldırı Suçu”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 2, 2015, s. 118-143.

**Erdal**, Sencen, “Uluslararası Ceza Mahkemesinin Ulus-Devlet Egemenliğine Etkisi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, S. 1, 2010, s. 147-206.

**Erhan**, Zeynep, “Core International Crimes in Turkish Criminal Law and the Rome Statute: A Comparative Analysis in the Light of International Jurisprudence”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 22, S. 2, 2018, s. 112-136.

**Farthofer**, Hilde, “VStGB § 13 Verbrechen der Aggression”, *Münchener Kommentar zum Straftgesetzbuch Band 9*, Editörler, Volker Erb/ Jürgen Schäfer, 4. Baskı, C. H. Beck, München 2022.

**Geiß**, Robin/**Zimmermann**, Andreas, “VStGB § 8 Kriegsverbrechen gegen Personen”, *Münchener Kommentar zum Straftgesetzbuch Band 9*, Editörler, Volker Erb/ Jürgen Schäfer, 4. Baskı, C. H. Beck, München 2022.

**Gropengiesser**, Helmut, “The Criminal Law of Genocide - The German Perspective”, *International Criminal Law Review*, S. 5, 2005, s. 329-341.

**Handl**, Elisabeth, “Introductory Note to the German Act to Introduce the Code of Crimes Against International Law”, *International Legal Materials*, C. 42, S. 4, 2003, s. 995-997.

**Jescheck**, Hans-Heinrich, “Neuere Entwicklungen im Nationalen, Europäischen und Internationalen Strafrecht: Perspektiven für eine Kriminalpolitik im 21. Jahrhundert?”, *Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, Editör, Jörg Arnold, C. H. Beck, München 2005, s. 991-1003, Çev. **Kangal**, Zeynel T., “Ulusal, Avrupa ve Uluslararası Ceza

Hukukunda Yeni Gelişmeler: 21. Yüzyılda Bir Suç Politikası İçin Perspektifler mi?”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 33, S. 1, 2006, s. 15-32.

**Karakehya**, Hakan, “Modern Düşünce Yapısında Görülen Değişimler Bağlamında Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Taraf Devletlerin Egemenlik Haklarına Müdahalesi”, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 13, 2013, s. 131-142.

**Karakehya**, Hakan, “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulanabilir Hukuk”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 2, 2008, s. 133-163.

**Kaykal**, Tuncay, Türk Hukukunda Saldırı Suçu ve UCM’nin Yargı Yetkisinin Sınırları, Yüksek Lisans Tezi, Milli Savunma Üniversitesi Atatürk Stratejik Araştırmalar Enstitüsü, 2022.

**Kılıç**, Ali Şahin, “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Devletlerin Egemenliği Üzerine Ulusal Egemenlik Odaklı Bir İnceleme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 58, S. 3, 2009, s. 615-657.

**Kılıç**, Yurdanur Firdevs, Savaş Suçları Kapsamındaki Cinsel Şiddet Fiilleri, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2020.

**Koca**, Mahmut, “Türk Ceza Kanunu’nda Soykırım Suçu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 1, 2010, s. 1-27.

**Kocaoğlu**, Sinan, “Uluslararası Ceza Hukuku ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Bağlamında Soykırım Suçu”, Ankara Barosu Dergisi, C. 63, S. 3, 2005, s. 147-166.

**Kreß**, Claus, “VStGB § 12 Kriegsverbrechen des Einsatzes verbotener Mittel der Kriegsführung”. Münchener Kommentar zum Straftgesetzbuch Band 9, Editörler, Volker Erb/ Jürgen Schäfer, 4. Baskı, C. H. Beck, München 2022.

**Kreß**, Claus, “VStGB § 6 Völkermord”, Münchener Kommentar zum Straftgesetzbuch Band 9, Editörler, Volker Erb/ Jürgen Schäfer, 4. Baskı, C. H. Beck, München 2022.

**Kul**, Muhammet Celal, “Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Tecavüz Suçu (Saldırı Suçu) Üzerindeki Yargı Yetkisi ve Harekete Geçirilmesi”, İbn-i Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2023, s. 81-114.

**Nişancı**, Dilaver, “Uluslararası Ceza Hukuku ve Türk Ceza Kanunu Düzenlemesinde Soykırım Suçu”, Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, C. 8, S. 2, 2021, s. 228-249.

**Önok**, R. Murat, Uluslararası Ceza Divanı’nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor, Uluslararası Ceza Mahkemesi Koalisyonu Yayını, 2010.

**Philippe**, Xavier, “The Principles of Universal Jurisdiction and Complementarity: How Do the Two Principles Intermesh?”, *International Review of the Red Cross*, C. 88, S. 862, 2006, s. 737-764.

**Sarapin**, Sergey, *The Crime of Aggression in International Law Historical Development, Comparative Analysis and Present State*, Asser Press, Lahey 2014.

**Satzger**, Helmut, “German Criminal Law and The Rome Statute- A Critical Analysis of the New German Code of Crimes Against International Law”, *International Criminal Law Review*, S. 2, 2002, s. 261-282.

**Seymen Çakar**, Ayşe, “İnsanlığa Karşı Suçlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 103, 2012, s. 169-198.

**Şen**, Ersan/**Malbeleşti**, Erkam, *Türk Ceza Kanunu’nda Uluslararası Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011.

**Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

**Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, Murat, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

**Tokdemir**, Sercan, “The Jurisdiction of the International Criminal Court: A Critical Legal Scrutiny on the Principle of Complementarity Adopted in the Rome Statute”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, S. 1, 2023, s. 107-128.

**Werle**, Gerhard/**Jeßberger**, Florian, “International Criminal Justice is Coming Home: The New German Code of Crimes Against International Law”, *Criminal Law Forum*, S. 13, 2002, s. 191-224.

**Werle**, Gerhard/**Jeßberger**, Florian, “Völkerstrafgesetzbuch – VStGB-Einleitung”, *Münchener Kommentar zum Straftgesetzbuch Band 9*, Editörler, Volker Erb/ Jürgen Schäfer, 4. Baskı, C. H. Beck, München 2022.

**Werle**, Gerhard/**Jeßberger**, Florian, “VStGB § 7 Verbrechen gegen die Menschlichkeit”, *Münchener Kommentar zum Straftgesetzbuch Band 9*, Editörler, Volker Erb/ Jürgen Schäfer, 4. Baskı, C. H. Beck, München 2022.

**Wilkitzki**, Peter, “The German Law on Co-Operation with the ICC”, *International Criminal Law Review*, S. 2, 2002, s. 195-212.

**Wirth**, Steffen, “Germany’s New International Crimes Code: Bringing a Case to Court”, *Journal of International Criminal Justice*, C. 1, S. 1, 2003 s. 151-168.

**Yılmaz**, Esat Mahmut, *Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2011.

***İnternet Kaynakları***

**Bundesamt für Justiz**, “Völkerstrafgesetzbuch”, <https://www.gesetze-im-internet.de/vstgb>, E.T. 26.04.2024.

**International Committee of the Red Cross**, “The Geneva Conventions of 1949 and their Additional Protocols”, <https://bit.ly/3WkBLR6>, E. T. 27.04.2024.

**International Criminal Court**, “Elements of Crimes”, <https://bit.ly/3UaliMw>, E. T. 27.04.2024.

**International Criminal Court**, “Rome Statute of the International Criminal Court”, <https://bit.ly/4aRutIZ>, E.T. 27.04.2024.

**International Criminal Court**, “Activation of the Jurisdiction of the Court over the Crime of Aggression”, <https://bit.ly/44mApab>, E.T. 27.04.2024.

**United Nations Treaty Collection**, “10. a Amendment to Article 8 of the Rome Statute of the International Criminal Court”, <https://bit.ly/4aRoPX0>, E.T. 24.04.2024.

**United Nations Treaty Collection**, “10. d Amendment to Article 8 of the Rome Statute of the International Criminal Court (Weapons which Use Microbial or Other Biological Agents, or Toxins)”, <https://bit.ly/3y18u3u>, E.T. 24.04.2024.

**United Nations Treaty Collection**, “10. e Amendment to Article 8 of the Rome Statute of the International Criminal Court (Weapons the Primary Effect of which is to Injure by Fragments Undetectable by X-rays in the Human Body)”, <https://bit.ly/4deHKNa>, E.T. 24.04.2024.

**United Nations Treaty Collection**, “10. f Amendment to Article 8 of the Rome Statute of the International Criminal Court (Blinding Laser Weapons)”, <https://bit.ly/44foQ4O>, E.T. 24.04.2024.

**United Nations Treaty Collection**, “10. g Amendment to Article 8 of the Rome Statute of the International Criminal Court (Intentionally Using Starvation of Civilians)”, <https://bit.ly/3UjuM8a>, E.T. 24.04.2024.

**United Nations Treaty Collection**, “Adoption of Amendments on The Crime of Aggression”, <https://bit.ly/3UA7jkz>, E.T. 27.04.2024.



# Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 28 Sayı/No: 1 Haziran/June 2024

## Eşitlik İlkesi Bağlamında Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma

The Victim-Offender Mediation in Criminal Procedure in the  
Context of the Principle of Equality

  Arş. Gör. Dr. Asena Kamer USLUADAM\*

 10.60002/ebyuhfd.1455333

### ÖZ

Geleneksel Kıta Avrupası ceza muhakemesi hukuku yaklaşımından pek çok açıdan farklı olan uzlaştırma usulü, hukuk sistemimize dahil olduğu günden bu yana gerek öğretilerde gerekse uygulamada yoğun şekilde eleştirilmiş, çok kez Anayasa'ya aykırılık başvurularına konu edilmiştir. Bir kısmı bu eleştiri ve itirazlara paralel olmak üzere çok sayıda değişiklik geçiren uzlaştırmanın, özellikle yargının iş yükünün hafifletilmesi amacıyla yapılan değişikliklerle birlikte uygulama alanı genişlemiştir.

\* Ordu Üniversitesi, Ünye İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuku Bilimleri Anabilim Dalı.

**Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article**

**Geliş/Received:** 19.03.2024 | **Kabul/Accepted:** 05.06.2024.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

**Atıf/Cite as:** Asena Kamer Usluadam, “Eşitlik İlkesi Bağlamında Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma”, EBYÜ-HFD, C. 28, S. 1, Haziran 2024, s. (129-173).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

Gelecekte kapsamının daha geniş olması beklenen bu kuruma yönelik itiraz konularından biri olan eşitlik ilkesi özgül bir tanımı yapılamayan, doğası gereği karmaşık ve çok yönlü olması dolayısıyla yoruma muhtaç bir ilkedir. Bu nedenle çalışma eşitlik ilkesi bağlamında sınırlandırılmıştır. Günden güne etki alanı genişleyen uzlaştırmaya yönelik eşitlik itirazlarına, Anayasa Mahkemesi önünde yapılan iptal ve itiraz başvuruları üzerinden yer verilmiş, literatürde gündeme gelen konulara ilişkin açıklamalarda bulunulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Anayasa, Uzlaştırma, Eşitlik İlkesi, Ceza Muhakemesi Hukuku, Anayasa Mahkemesi.

### ABSTRACT

The victim-offender mediation procedure, which differs in many respects from the traditional continental criminal procedure law approach, has been heavily criticized in both doctrine and practice since the day it was included in our legal system, and has been claimed to be unconstitutional many times. The mediation, which has undergone numerous amendments, some of which are in line with these criticisms and objections has expanded its area of application, especially with the amendments made in order to alleviate the workload of the judiciary.

Equality, which is one of the issues of objection to this institution, which is expected to have a wider scope in the future, is a principle that cannot be specifically defined, is complex in nature and needs interpretation due to its multi-faceted nature. For this reason, the study is limited within the context of the principle of equality. The equality objections to mediation, whose area of influence is expanding day by day, have been addressed through the applications made before the Constitutional Court, and explanations have been made on the issues raised in the literature.

**Keywords:** Constitution, Victim-Offender Mediation, Principle of Equality, Constitutional Court.

### GİRİŞ

Ceza muhakemesinde uzlaştırma, hukuk sistemimize dahil olduğu günden bu yana gerek öğretilerde gerekse uygulamada farklı açılardan eleştirilere konu olmuş; bir kısmı bu eleştirilere paralel olmak üzere kurum çok sayıda değişiklik geçirmiştir.<sup>1</sup> Geleneksel Kıta Avrupası ceza muhakemesi hukuku sisteminden birçok açıdan farklı olan uzlaştırmann özellikle ceza muhakemesinin güncel sorunlarından biri olan mahkemelerin iş yükünün hafifletilmesi gayesiyle günden güne kapsamı genişletilmiş, etkinliği artırılmıştır. TBMM tarafından 31.10.2023

---

1 Yapılan değişikliklere ilişkin bkz. II-B numaralı başlık.

tarihinde onaylanan On İkinci Kalkınma Planı'nda (2024-2028)<sup>2</sup> da yargının iş yükünün hafifletilmesine hizmet eden alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin geliştirileceği ortaya konulmuştur. Dolayısıyla uzlaştırma kurumuna yönelik genişletici tutumun devam edeceğini söylemek gerçekçi bir beklenti olacaktır. Bu çalışma da etki ve uygulama alanı genişleyen ve anlaşıldığı kadarıyla genişlemeye devam edecek olan uzlaştırma kurumunun kimi (eşitlik ilkesi bağlamında) sorunlu noktalarına işaret edilmesinin önemli olduğu düşüncesiyle kaleme alınmıştır.

Uzlaştırma kurumu Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla hem iptal hem de itiraz başvurularına konu edilmiş;<sup>3</sup> bu kuruma yönelik öğretilerde ve uygulamada eşitlik, adil yargılanma hakkı, kamu davasının mecburiliği, doğrudan doğruyalık, sözlülük, aleniyet, masumiyet karinesi, kusurlu orantılı ceza gibi ilkelere aykırılık itirazları ortaya atılmıştır. Söz konusu itirazların tamamı ayrıca ve etraflıca bir incelemeyi hak etmekle birlikte, hepsinin bu çalışma kapsamında ayrıntılı bir şekilde ele alınması imkânı bulunmamaktadır. Bu itirazlar arasında özellikle eşitlik ilkesi, öncelikle diğer ilke ve haklar açısından önemli bir bileşen ve hatta öncül olması dolayısıyla tercih edilmiştir.

Talep edilebilir bir hak olarak eşitlik modern bir fikir olsa da felsefi bir ilke olarak oldukça eskidir. Fransız Devrimi'nden sonra anayasal olarak tanınmaya başlayan bu ilke günümüze kadar çeşitli biçimlerde formüle edilmiştir. Kanun önünde eşitlik ile başlayan eşitlik güvenceleri zaman içinde genişlemiş, hem kanun koyucu üzerinde hem de hukuk uygulamasında yönlendirici bir nitelik kazanmıştır. Anayasa yargısının tanınması, başka bir deyişle yasama faaliyetlerinin anayasaya uygunluğunun denetimi eşitliğin önemini artırmış, ilkenin normatif değeri konusunu popüler hâle getirmiştir.<sup>4</sup> Anayasa yargısı başvurularının

---

2 Bkz. <https://www.adalet.gov.tr/stratejik-plan>, E. T. 21.02.2024.

3 Örnekleri için bkz. AYM, E. 2007/14, K. 2009/48, 12.03.2009, (RG., 25.06.2009, S. 27269); AYM, E. 2010/60, K. 2010/88, 15.07.2010, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E. T. 03.12.2023); AYM, E. 2008/100, K. 2010/117, 16.12.2010, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E. T. 03.12.2023); AYM, E. 2017/85, K. 2017/64, 12.04.2017, (RG. 24.05.2017, S. 30075); AYM, E. 2018/98, K. 2018/46, 17.05.2018, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E. T. 03.12.2023).

4 Merih Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2003, s. 13-14.

birçoğunda karşılaşılan eşitlik ilkesi, uzlaştırma kurumu bakımından da çok kez dayanak yapılmıştır.<sup>5</sup>

Eşitlik kavramının karmaşık doğası ve çok yönlü oluşu eşitlik ilkesinin anlamı ve yorumuna da yansımaktadır. Eşitlik, bugün bütün demokratik anayasalarca tanınan bir hak olmasına karşılık, hakka yönelik anlayışta yeknesaklık yoktur. Eşitlik kavramının kendi doğasından kaynaklanan bu farklılığın bir sonucu olarak; eşitliğin yorumlanması ve uygulanmasında meslekten olanlar arasında dahi görüş birliğine varılamamaktadır.<sup>6</sup> Nitekim uzlaştırma kurumu hakkında öğreti ve uygulamada ileri sürülen eşitlik ilkesi itirazlarının çeşitliliği de buna işaret etmektedir. Anayasal olarak da özgül bir tanımına yer verilmeyen bu ilkenin yoruma muhtaçlığı, çalışma kapsamında ilkenin tercih edilmesinin bir diğer nedenidir.

Eşitlik ilkesi normatif düzeyde sosyal ve siyasal koşullarla birlikte okunabilen bir hukuk ilkesidir. Bu nedenle çalışmada öncelikle eşitlik ilkesinin normatif alanda düzenlendiği günden bugüne geçirdiği değişim ve değişime neden olan dinamikler ele alınmış, böylece ilkenin bugünkü anlamı ve kapsamı belirlenmeye çalışılmıştır. Hâlihazırda eşitlik ilkesinin farklı görünüm şekillerine ve bu görünüm şekillerinin eşitlik ilkesi yorumunda yarattığı zorluk ve bu zorluğun aşılmasında uygulamada geliştirilen kriterlere sorun olarak eşitlik ilkesi başlığında yer verilmiştir. Devamında uzlaştırma kurumunu ortaya çıkaran dinamikler üzerinden kurumun öğretide ele alınma biçimleri hakkında açıklamalar yapılmış, kanun koyucunun düzenleme amacı tespit edilmiştir. Hukuk sistemimize girdiği günden bugüne yapılan değişikliklere yer verildikten sonra, kuruma yönelik eşitlik ilkesi özelinde Anayasa Mahkemesi önüne götürülen iptal ve itiraz başvurularında ve öğretide ileri sürülen itirazlar ele alınmış, değerlendirmeler yapılmıştır. Bu bağlamda eşitlik ilkesine yönelik itirazlar dört ayrı başlık altında gruplandırılarak incelenmiştir. İlk olarak eşitlik ilkesinin bir gereği olan kovuşturma mecburiyeti ilkesine

---

5 Bkz. AYM, E. 2008/100, K. 2010/117, 16.12.2010, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E. T. 03.12.2023); AYM, E. 2017/85, K. 2017/64, 12.04.2017, (RG. 24.05.2017, S. 30075); AYM, E. 2010/60, K. 2010/88, 15.07.2010, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E. T. 03.12.2023); AYM, E. 2013/20, K. 2013/50, 03.04.2013, (RG., 12.05.2013, S. 28645).

6 Kate O'Regan/Nick Friedman, "Equality", Comparative Constitutional Law, Editörler, Tom Ginsburg, Rosalind Dixon, Edward Elgar Publishing, Cheltenham UK 2011, s. 473; Namık Kemal Öztürk, Anayasa Hukuku, 3. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 70.



uzlaştırmayla getirilen istisna nedeniyle ileri sürülen itirazlar ele alınmış, devamında uzlaştırma kapsamındaki suçlar ve uzlaştırmının tarafları yönünden eşitlik ilkesine aykırılık değerlendirmelerinde bulunulmuş; son olarak uzlaştırma kurumuyla eşitlik ilkesinin bir gereği olan hâkimin tarafsızlığı konusunda endişe yaratabilecek hususlara değinilmiştir.

## I. EŞİTLİK İLKESİ

### A. Genel Olarak

Eşitlik insan yaşamının çok çeşitli özelliklerine bakılarak tanımlanabileceğinden genelde kavram öncesinde ele alınan özelliği vurgulamak üzere hukuki eşitlik, siyasi eşitlik, sosyal eşitlik, fırsat eşitliği gibi sıfatlara yer verilmektedir.<sup>7</sup> Eşitliğin değişik yönlerini ifade eden bu sıfatlar farklı tarihsel dönemlere hâkim olan üretim biçimleri ve değerler dolayısıyla ortaya çıkan anlayış farklılıklarına da işaret etmektedir. Bu bağlamda eşitlik; Antik Çağ'da vatandaşların eşitliği, Orta Çağ için tanrı huzurunda eşitlik, burjuva devrimi sonrası kanun önünde eşitlik, Sanayi Devrimi sonrası yaşanan gelişmelerle fırsat eşitliği olarak tezahür etmiştir.<sup>8</sup>

Çalışmada esas olarak kanun önünde eşitlik ilkesi bağlamında değerlendirmelere yer verilirken, uzlaştırmaya yönelik eşitlik itirazlarıyla ilişkili olması nedeniyle sosyal eşitlik kavramına da ihtiyaç olduğu ölçüde değinilmiştir.

### B. Geçmişten Bugüne Eşitlik İlkesi

Genel olarak hak ve özgürlükler norm olarak ortaya çıkmaları ve düzenlenmelerini takiben tarihi olaylar ve siyasi gelişmeler ışığında değişikliğe uğramaktadır.<sup>9</sup> Bu bağlamda eşitlik ilkesi de normatif olarak ortaya konulduğu günden bugüne değişmiştir. Bugün tüm modern anayasalarda karşılığını bulan ilkenin anlaşılma ve uygulanma biçimi sosyal ve siyasi tarihle yakından ilgilidir.<sup>10</sup>

İnsanlar açısından eşitlik duygusu ve bu yönde talepler, adalet ve özgürlük idealleri yönündeki uğraşlarda her zaman merkezi bir rol

7 Dirk **Haubrich**, "Equality", International Encyclopedia of the Social Sciences Volume 2, 2. Bası, Macmillan Reference, USA 2008, s. 616.

8 Sibel **İnceoğlu**, "Mahkeme Kararlarında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", Çalışma ve Toplum Dergisi, C. 4, S. 11, 2006, s. 46. Eşitliğin ilkel topluluklardan günümüze tarihsel seyri konusunda bkz. **Öden**, s. 48 vd.

9 İlhan F. **Akın**, Kamu Hukuku, 6. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 1990, s. 307.

10 Konuya ilişkin açıklamalar için bkz. **Akın**, s. 307 vd.

oyunamıştır. Ancak özellikle Batı’da ortaya çıkan kimi siyasi ve sosyal koşulların bir sonucu olarak 17. yüzyıl itibariyle meydana gelen devrimler eşitlik sorununda köklü değişikliklere neden olmuştur.<sup>11</sup> Bu bağlamda eşitlik fikri insanlık tarihi kadar eski kabul edilebilirse de eşitlik ilkesi; ilk kez norm olarak Kuzey Amerika kolonilerinin hak bildirimlerinde yer almış,<sup>12</sup> 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nde<sup>13</sup> düzenlendikten sonraysa birçok ülkenin anayasalarında özel olarak yer almaya başlamıştır.<sup>14</sup> Düzenlemeler 18. yüzyılda yaygınlık kazansa da eşitliğin doğrudan dava edilebilir bir hukuki talep olarak kabul görmesi 20. yüzyıl itibariyle mümkün hâle gelmiştir.<sup>15</sup> Bu dönemde anayasa mahkemelerinin yaygınlaşması ve ilkeye uluslararası sözleşmelerde yer

---

11 **Öden**, s. 397.

12 4 Temmuz 1776 tarihli Amerikan Bağımsızlık Bildirisi başında “*Bütün insanlar eşit yaratılmıştır. Yaradan her insana kimsenin elinden alamayacağı bir takım haklar bağışlamıştır.*” hükmüne yer verilmiş, söz konusu doğal hukuk anlayışı eski İngiliz kolonilerinin anayasalarının başına eklenen hak bildirimlerinde de benimsenmiştir. Diğer hak bildirimlerine kaynaklık eden Virginia Haklar Bildirisi’nde de bütün insanların eşit, hür ve bağımsız ve doğuştan bir takım haklara sahip olduğu kabul edilmiştir. **Akın**, s. 288 vd.; **Öden**, s. 68-69.

13 Bildiri’de eşitlik ilkesi “*1. İnsanlar, hakları açısından özgür ve eşit olarak doğarlar ve öyle yaşarlar. Toplumsal farklılıklar ancak ortak yarara dayandırılabilir...6. Yasa, genel iradenin ifadesidir. Tüm yurttaşlar, kişisel olarak ya da temsilciler aracılığıyla yasanın oluşumuna katkıda bulunma hakkına sahiptirler. Yasa korurken de cezalandırırken de herkes için aynı olmalıdır. Tüm yurttaşlar, onun gözündeki eşit olduklarından, kamusal saygınlıklara, mevkilere ve görevlere, aralarında erdem ile yeteneklerinden başka hiçbir ayırım gözetilmeksizin, yeterliliklerine göre eşit olarak kabul edilirler.*” hükümleriyle yer almıştır. Bkz. Mehmet Ali Ağaoğulları, “Fransız Devrimi: Halk Sahneye Çıkıyor”, Sokrates’ten Jakobenlere Batı’da Siyasal Düşünceler, Editör, Mehmet Ali Ağaoğulları, 1. Bası, İletişim Yayınları, İstanbul 2011, s. 610. Bu bağlamda Fransız Devrimi’nin en önemli sebeplerinden biri olan eşitlik talebi, Bildiri’de kanun önünde eşitlik, kamu görevlerine girişte eşitlik ve kamu külfetleri önündeki eşitlik olmak üzere üç ayrı görünüme sahip olmuştur. François **Gazier**/Michel **Genot**/Bruno **Genevois**, “1789 İlke ve Düşüncelerinin, Anayasa Konseyi ve Conseil D’etat Kararlarına Etkisi”, Çev. Celal Erkut, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C. 10, S. 1-3, 1989, s. 96.

14 Zafer **Gören**, “Genel Eşitlik İlkesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Cevdet Yavuz’a Armağan, C. 22, S. 3, 2016, s. 3280. Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nin, özgürlükler konusundaki ilk bildiri olmamasına rağmen, Amerikan özgürlük belgeleri yerine popüler olmasının kaleme alınışındaki ustalık ve dilden kaynaklandığı hakkında bkz. **Akın**, s. 298. Amerikan belgelerinden çok etkilenmiş olmasına karşın onlardan çok daha kapsamlı olduğu hakkında bkz. Gül **Akyılmaz**, Siyasi Tarih, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 75.

15 **O’Regan/Friedman**, s. 473.

verilip denetim mekanizmaları öngörülmesi ilkeyi güvenceli hâle getirmiştir.<sup>16</sup>

Eşitlik ilkesine ilişkin ilk normatif düzenleme olmadığı hâlde Batı’da son derece etkili olan Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi, Aydınlanma düşünürlerinin<sup>17</sup> felsefesini yansıtan, doğal haklar doktrinini benimseyen, liberal ve çoğunlukla burjuva düşüncesi ve taleplerine yer verilen bir belge olarak nitelendirilmiştir.<sup>18</sup> Dolayısıyla burjuvazinin çok önem verdiği eşitlik ilkesi ve mülkiyet hakkının bildirinin en başında yer aldığı, eşitlik ilkesinin ayrıcalıkları bulunan sınıflara karşı bir savaş olarak ele alındığı, mülkiyet hakkının da kutsal ve dokunulmaz bir hak olarak benimsendiği belirtilmiştir.<sup>19</sup> Bu bağlamda Fransız Haklar Bildirisi’nde yer verildiği şekliyle esas olarak sınıfsal farklılıkları ortadan kaldırmayı amaçlayan bir ilke olan eşitlik ilkesi<sup>20</sup>, bu dönemde yalnızca hukuk önünde eşitlik olarak düşünülmüş, eşitliğin sosyal boyutu gündeme gelmemiştir.<sup>21</sup> Orta Çağ’a hâkim olan ve yönetici seçkinler tarafından doğal görülen hiyerarşik toplumsal yapı ve ayrıcalıklı sınıfların ortadan kaldırılması bu dönemin temel motivasyonu olmuş,<sup>22</sup> diğer yandan devrim belgeleri ve anayasalarda yer almaya başlayan eşitlik ilkesi siyasi iktidarı sınırlandırıcı bir fonksiyona sahip olmuştur.<sup>23</sup>

16 **İnceoğlu**, s. 47.

17 1688 İngiliz Devrimi ile 1789 Fransız Devrimi arasındaki dönem Aydınlanma Çağı, bu dönemin düşünürleri de Aydınlanma düşünürü olarak adlandırılmıştır. Mehmet Ali **Ağaoğulları**, “Aydınlanma: Düşünceler Yumağı”, Sokrates’ten Jakobenlere Batı’da Siyasal Düşünceler, Editör, Mehmet Ali Ağaoğulları, 1. Bası, İletişim Yayınları, İstanbul 2011, s. 517.

18 Bkz. François **Luchaire**, “1789 Beynamesinin Güncelleştirilmiş Anlamı”, Çev. Aydın Gülan, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C. 10, S. 1-3, 1989, s. 126.

19 **Akın**, s. 296.

20 **Gören**, s. 3280. Bu dönemde ayrıcalıkların kaldırılması talebinin eşitlikten çok özgürlüğün sağlanması amacına hizmet ettiği hakkında bkz. **Akın**, s. 313.

21 **Luchaire**, s. 126. Aydınlanmacı düşünürlerin eşitlik yaklaşımında bir yanda feodal düzen karşılığında eşitlik söylemi varken diğer yanda eşitliğin olanaksızlığının vurgulanmasındaki tutarsızlıklarının eleştirisi ve hukuksal eşitliğin sosyoekonomik eşitliği yadsıması hususunda bkz. **Ağaoğulları**, Aydınlanma, s. 526-527. “...1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi birinci maddesinde, “insanlar hukuk yönünden eşit doğar ve yaşarlar” demekle yalnızca hukuk önünde eşitliği benimsemiş sosyal ve ekonomik alandaki eşitlikten hiç söz açmamıştı.” Bahri **Öztürk ve diğerleri**, Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, Editör, Bahri Öztürk, 10. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 68.

22 **Haubrich**, s. 616.

23 **Öden**, s. 72.

18. yüzyıl insanının ihtiyaçları devletin müdahale etmediği bir alanda serbestçe hareket etmek olsa da 19. yüzyıl itibarıyla ve devamında yaşanan gelişmelerle hukuk önünde eşitliğin yetersizliği vurgulanmaya başlanmış, sosyal eşitlik yönünde talepler ortaya çıkmıştır. Hukuksal eşitliği ortaya koyan 1789 sonrasında 1848 İhtilalleri<sup>24</sup> ile sosyal eşitlik fikri gündeme gelmiş,<sup>25</sup> devletin negatif yükümlülükleri yanında pozitif yükümlülüklerinin de olması gerektiği kabul edilmeye başlanmıştır. Bu liberal çizgideki değişimin esas olarak sermaye birikimi, nüfus artışı, sanayinin gelişmesi ve işçi sınıfının ortaya çıkmasıyla ilişkili olduğu ifade edilmiştir.<sup>26</sup> Gerçekte yalnızca özgürlüklerin öngörülmesinin yetersizliği ile yüzleşilmesi sonrasında devletin bu özgürlüklerin kullanılabilmesi için gereken tedbirleri almak konusunda ödevi olduğu görüşü ortaya çıkmış, devletin sosyal niteliğinin ortaya çıkmasıyla artık eşitlik ilkesi tek başına hukuk önünde eşitlik olarak değerlendirilmemiş, devletin sosyal niteliğiyle birlikte ele alınmaya başlanmıştır. Bu bağlamda hakların öngörülmesi ve kullanımına yönelik engellerin kaldırılması yanında bu hakların kolaylıkla kullanılabilmesi için bir takım tedbirlerin alınması gerektiği görüşü yaygınlaşmıştır.<sup>27</sup>

Eşitlik anlayışında önemli bir dönemeç olarak değerlendirilebilecek 2. Dünya Savaşı deneyimi, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında yasamaya duyulan güveni sarsıp çeşitli ayrımcılık nedenlerine yönelik hassasiyeti artırırken; hem eşitlik güvencelerinin daha ayrıntılı hâle getirilmesine neden olmuş hem de eşitlik ilkesinin yasama organını da bağlayıcı işlevini ortaya koymasını sağlayan anayasa yargısının yaygınlaşmasına vesile olmuştur.<sup>28</sup> Diğer yandan 1917 Sovyet Devrimi'ni takiben sosyalizmin yaygınlaşması tehdidi, 1929 tarihli ekonomik kriz (Büyük Buhran) ve II. Dünya Savaşı'nın yarattığı ekonomik yıkım

---

24 1848 İhtilalleri ile sosyal eşitliği gündeme getiren toplumsal, ekonomik ve sosyal koşullar hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Akın**, s. 346 vd.; **Akyılmaz**, s. 100-101, 103.

25 Sosyal hakların doğum anı olarak nitelendirilen 1848 işçi ayaklanmaları sosyal hak taleplerinin yükselmesi bakımından önemlidir. Buna karşılık bu ayaklanmaların başarısız olması neticesinde sosyal haklar kazanılamamıştır. Yasemin **Özdek**, *Şirket Egemenliği Çağı Sosyal Devletten Ceza Devletine*, 1. Bası, Notabene Yayınları, Ankara 2011, s. 20.

26 **Akın**, s. 339.

27 **Akın**, s. 341 vd.

28 *Öden* Batı demokrasilerinde eşitlik ilkesi bakımından en anlamlı ayrımın yasamanın yargısal denetiminin varlığı veya yokluğu üzerinden yapılabileceğini ifade etmektedir. Bkz. **Öden**, s. 80.

nedeniyle II. Dünya savaşı sonrasında kabul edilen anayasalarda devlete ekonomik alanda ödevler yükleyen sosyal devlet anlayışı görünür hâle gelmeye başlamıştır.<sup>29</sup> 1929 krizi sonrası uygulamaya konulan ekonomi politikaları devlet müdahalesini zorunlu gören bir anlayışla hızlı bir ekonomik büyüme sağlamış ve bu ekonomik büyüme neticesinde ortaya çıkan refah, sosyal devlet politikaları için kaynak oluşturmuştur.<sup>30</sup>

Sosyal devlet, ekonomik ve sosyal yaşamı düzenlerken olumlu edimlerde bulunup bir ölçüde sosyal eşitliği sağlamaya çalışmaktadır. Sosyal devletin önemli bileşeni olan sosyal haklar ise sosyal adaleti sağlamaya, sosyal eşitsizlikleri azaltmaya, toplum içinde ekonomik olarak zayıf olanın korunmasına yönelik haklardan oluşur.<sup>31</sup> Ancak sosyal devlet anlayışı yalnızca sosyal haklar gibi bir grup hakkın ortaya konulmasını ifade etmemekte, geleneksel hak ve özgürlüklerin gerçekleştirilmesinde de devletin müdahalesini öngörmektedir.<sup>32</sup> Öyle ki sosyal devlette eşitliğin sağlanması ekonomik bakımdan zayıf olanları koruyucu bazı hakların tanınması yanında tüm vatandaşların kendilerine tanınan haklardan tam ve eşit şekilde yararlanmalarını sağlayacak müdahalelerle eşitsizliğin törpülenmesi olmak üzere iki türlü talep içermektedir.<sup>33</sup> Bu bağlamda örneğin savunma hakkı geleneksel haklardan biri olmakla birlikte, ücretsiz adli yardımdan faydalanma hakkı sosyal bir hak olarak savunma hakkından eşit şekilde yararlanılmasını temin etmek üzere ortaya çıkmıştır.

Eşitlik ilkesinin anlamı ve eşitlikten beklenenler konusunda bu değişim, eşitlik ilkesinin liberal hukuk devletindeki ve sosyal hukuk devletindeki anlamlarına karşılık gelmektedir. Buna göre liberal hukuk devletinde eşitlik, şekli açıdan eşit hukuki statülerin verilmesi anlamına gelmektedir. Sosyal devlette ise liberal hukuk devletinde olduğu gibi herhangi bir hakkın herkes için garanti altına alınması yeterli değildir, hakkın maddi sonuçlarında eşitliğin sağlanması için sosyal gerçekliklerin

---

29 **Özdek**, s. 23.

30 **Özdek**, s. 30.

31 Ergun **Özbudun**, *Türk Anayasa Hukuku*, 21. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 152.

32 **Akın**, s. 317, 391 vd.

33 **Öden**, s. 82-83.

göz önünde tutulması ve sosyal açıdan eşitliğin temin edilmesi amaçlanmaktadır.<sup>34</sup>

Anayasal tarihimizde eşitlik ilkesi düzenlemeleri incelendiğinde; sözü edilen değişimlere paralel olarak Osmanlı Devleti döneminde 1789 Fransız Haklar Bildirisi'nin etkilerinin görülebileceği 1839 Gülhane Hattı Hümayunu'nun liberal eşitlik anlayışını en azından kavramsal düzeyde başlattığı, Tanzimat Fermanı'nda doğrudan eşitlik ilkesine yer verilmemekle birlikte sağlanan güvencelerle eşitlik ilkesinin vurgulandığı belirtilmiştir.<sup>35</sup> Kanun önünde eşitlik fikrini ortaya koyan Ferman'ın etkisiyle 1840 tarihli Ceza Kanunnamesi'nde de kanun önünde eşitlik ilkesi benimsenmiştir.<sup>36</sup> 1876 Kanun-ı Esasi m. 17<sup>37</sup> ve 1924 Anayasası m. 69<sup>38</sup> ile 18. yüzyıl eşitlik anlayışını yansıtabilecek şekilde eşitlik ilkesine doğrudan yer verilmiş, kanun önünde eşitlik kabul edilirken sosyal eşitlik hususundan söz edilmemiştir. 1961 Anayasası m. 12'de<sup>39</sup> ise eşitlik ilkesi ayrımcılık yasağı ile birlikte düzenlenmiş, anayasa yargısının kabulüyle birlikte ilke yasama organını da bağlayıcı bir nitelik kazanmıştır.<sup>40</sup> Bu

- 
- 34 **Gören**, s. 3299. “*Sosyal hukuk devleti, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet demektir. Çağdaş devlet anlayışı, sosyal hukuk devletinin, tüm kurumlarıyla Anayasa'nın özüne ve ruhuna uygun biçimde kurulmasını gerekli kılar.*” Anayasa Mahkemesi (AYM), E. 1988/19, K. 1988/33, 26.10.1988, (RG., 26.10.1988, S. 20016).
- 35 Batı'da kanun önünde eşitlik fikri sosyal sınıfların, vatandaşların eşitliği şeklinde gelişirken, Osmanlı Devleti için kanun önünde eşitlik anlayışı müslimler ve gayrimüslimlerin eşitliği temelinde ortaya çıkmıştır. **Akyılmaz**, s. 185 vd.
- 36 Ahmet **Gökçen**, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 1987, s. 26. Kanunname' de benimsenen eşitlik ilkesinin müslim-gayrimüslim eşitliğinden farklı bir noktaya işaret etmesi dolayısıyla ilgi çekici olması hakkında bkz. **Akyılmaz**, dn. 97.
- 37 “*Osmanlıların kaffesi huzur-ı kanunda ve ahvali diniye ve mezhebiyeden maada memleketin hukuk ve vezaiinde mütesavidir.*” Suna **Kili**/A. Şeref **Gözübüyük**, Senedi İttifak'tan Günümüze Türk Anayasa Metinleri, 3. Bası, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2006, s. 38. Düzenlemenin çağdaş Batı anayasalarının gerisinde olduğu hakkında bkz. Şeref **İba**, Anayasa Dersleri Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2022, s. 134.
- 38 “*Türkler kanun nazarında müsavi ve bila istisna kanuna riayetle mükelleftirler. Her türlü zümre, sınıf, aile ve fert imtiyazları mülga ve memnudur.*” **Kili/Gözübüyük**, s. 143.
- 39 “*Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayırımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.*”
- 40 **İba**, s. 316.

nedenle eşitliğe yönelik gerçek güvence 1961 Anayasası ile ortaya konulmuştur.<sup>41</sup> Ayrıca sosyal devlet anlayışının ortaya çıkmasını müteakip 1961 Anayasası'nda sosyal eşitliği sağlamaya yönelik m. 41<sup>42</sup> hükmüne yer verilmiş, herkes için insan haysiyetine yaraşır bir yaşayış seviyesi sağlanması amacıyla söz edilmiştir.

Bugün için eşitlik ilkesinin başlıca normatif dayanağı 1982 Anayasası m. 10'da kanun önünde eşitlik başlığıyla düzenlenen eşitlik ilkesidir.<sup>43</sup> İlkeye “*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.*” hükmüyle yer verilmiş, maddenin son fıkrasında devlet organları ve idare makamlarının eşitlik ilkesine uygun hareket etme zorunluluğu düzenlenmiştir. Sosyal eşitlik bağlamındaysa başlangıç kısmında “*Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu*” ifade edilmiş, m. 2'de Cumhuriyet'in sosyal bir hukuk devleti olduğu ve bu niteliğinin değiştirilemeyeceği belirtilmiş, m. 5'de devletin amaç ve görevleri arasında “*kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak*” sayılmıştır.

Bunların yanında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 3/2'de adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi başlığıyla “*Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınamaz.*” hükmü düzenlenmiştir. Benzer şekilde 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik

41 İnceoğlu, s. 47.

42 “*İktisadi ve sosyal hayat, adalete, tam çalışma esasına ve herkes için insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşayış seviyesi sağlanması amacıyla düzenlenir. İktisadi, sosyal ve kültürel kalkınmayı demokratik yollarla gerçekleştirmek; bu maksatla, milli tasarrufu artırmak, yatırımları toplum yararının gerektirdiği önceliklere yöneltmek ve kalkınma planlarını yapmak Devletin ödevidir.*” Kili/Gözübüyük, s. 205.

43 İç hukuk düzenimize dahil olan İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Sözleşme gibi pek çok uluslararası bildiri ve sözleşmede de yer alan eşitlik ilkesi düzenlemelerine, çalışma özelinde yapılacak açıklamalara esaslı bir katkısı olmayacağı düşünülerek yer verilmemiştir.

Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (CGTİK) m. 2/1 ile eşitlik ilkesine “Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin kurallar hükümlülerin ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, doğum, felsefi inanç, millî veya sosyal köken ve siyasî veya diğer fikir yahut düşünceleri ile ekonomik güçleri ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılmaksızın ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaksızın uygulanır.” hükmüyle yer verilmiştir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda (CMK) ise eşitlik ilkesine yönelik doğrudan bir düzenleme yer almamakla birlikte<sup>44</sup> öğretilerde anayasal bir ilke olan eşitliğin kanunda açıkça düzenlenmemiş olmasının bir eksiklik yaratmadığı ifade edilmiştir.<sup>45</sup>

### C. Sorun Olarak Eşitlik

Öğretilerde eşitliğin farklı anlamlarını ifade etmek üzere; şekli hukuki eşitlik-maddi hukuki eşitlik<sup>46</sup> kavramları üzerinde durulmaktadır.<sup>47</sup> Şekli hukuki eşitlik kanunların soyut ve genel olması ve kapsamında kalan herkese eşit şekilde uygulanması anlamına gelirken, maddi hukuki eşitlik

---

44 CMK m. 1 hükmünün tasarısında yer alan kanunun yorumunda uyulması gereken ilkeler arasında eşitlik ilkesi de sayılmış, ancak söz konusu ilkeler madde metnine alınmamıştır. Ceza Muhakemesi Kanunu m. 1 gerekçesinde eşitlikle ilgili olarak “...2) numaralı fıkranın üçüncü paragrafı, ceza kanunlarının ve usul kanunlarının uygulanmasında uyulması gerekli ve insanlar arasında daima gözetilmesi zorunlu eşitlik ilkesini vurgulamıştır. Böylece bir bakıma, tabii hâkim ilkesi de vurgulanmış olmaktadır. Ancak yargılama zorunlulukları nedeniyle kanunların kabul edebilecekleri istisnalar saklıdır. O hâlde istisnalar dışında bu konuda eşitlik kuralı mutlaktır...” denilmiştir. Bkz. <https://www.lexpera-com-tr/mevzuat/gerekceler/ceza-muhakemesi-kanunu-madde-gerekceleri/1> E. T. 05.01.2023.

45 Bkz. Ozan Ercan **Taşkın**, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Eşitlik İlkesi”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 11, S. 22, 2016, s. 27.

46 **Özbudun**, s. 154.

47 Öğretilerde ayrıca mutlak eşitlik-nispi eşitlik ayırımına da yer verilmiştir. Mutlak eşitlikle herkesin öznel durumları dikkate alınmaksızın eşit işlem görmeleri; nispi eşitlikle farklılıkların gözetilmesi ve farklı statüde bulunanların eşit işleme tabi tutulması, ayırımların yapılması kast edilmektedir. Bkz. **Gören**, s. 3281. Bu ayırım esas olarak Aristoteles’in adalet ayırımına dayandırılmaktadır. Bkz. **Aristoteles**, Nikomakhos’a Etik Bütün Yapıtları 5, Çev. Furkan Akderin, 1. Bası, Say Yayınevi, 2014, s. 109 vd. Dağıtıcı ve denkleştirici adalet ayırımı hakkında ayrıca bkz. Adnan **Güriz**, Hukuk Felsefesi, 11. Bası, Siyasal Kitabevi, Ankara 2015, s. 160. Öğretilerde yer verilen bir diğer ayırım ise hukuki eşitlik ve olguda eşitliktir. İlkinde haklarda ve ödevlerde eşitlik, ikincisinde farklı durumda olanların durumlarının eşitlenmesi kast edilmektedir. Bu bağlamda hukuki eşitlik ve olguda eşitlik konusundaki çekişme hukukta özgürlük ve güvenlik ikilemine benzetilmiş, bunların birbirlerini tamamlarken çoğunlukla birbirlerine ters düştükleri belirtilmiştir. Bkz. **Luchaire**, s. 134.



*aynı durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yararlar ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda ve hizmetlerde eşitliği ifade etmektedir.*<sup>48</sup> Bu bağlamda maddi hukuki eşitlik şekli eşitlikten farklı olarak farklılıkların, eşitsizliklerin göz önünde tutulmasını, eşit durumda olanlara eşit, eşit durumda olmayanlara ise eşitsizlikleri ölçüsünde farklı davranılmasını gerektirmektedir.<sup>49</sup> İşte eşitliğin bu anlamı uygulamada önemli ve zorlu değerlendirmeler yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

Eşitlik, anayasal öğretiler<sup>50</sup> ve temel haklara ilişkin ilkelerin önemli bir bileşenidir. Ancak Anayasa özgül bir eşitlik kavramı ortaya koymadığı için eşitliğin farklı anlamları en başta yasama sürecinde karşılık bulmakta, uygulamada mahkemelerce geliştirilen ölçütlerde görünür olmaktadır. Diğer yandan ahlak ve diğer hukuk ilkeleri gibi eşitlik ilkesinin de büyük ideallerden ziyade sosyal ve siyasal koşulların normatif çerçevesi olarak ele alındıkları belirtilmektedir.<sup>51</sup> Bu bağlamda eşitlik ilkesi normatif düzeyde, sosyal ve siyasal koşullarla birlikte okunabilen bir hukuk ilkesi olarak, talep edilen eşitlikle her durumda örtüşmemektedir. Çünkü kanun önünde eşitlik formülüyle eşitliğin ne şekilde korunduğu, farklı anlamlarını ne ölçüde içerdiği hususu yargısal yoruma muhtaçtır. Eşitlik ilkesinin yorumu/okunması en başta bu gerekçeyle sorun teşkil etmektedir. Eşitliğin dar ve şekli veya daha geniş ve maddi iki farklı yorumu ise hem kanun koyucunun takdir yetkisinin sınırının belirlenmesi bakımından hem de yargısal denetimin derinliği bakımından önem arz etmektedir.<sup>52</sup>

Anayasa Mahkemesi'nin yorumuna göre anayasal eşitlik salt kanun önünde eşitliği ifade eden şekli eşitlikten ibaret değildir; kanun hükümlerinin içerikleri itibarıyla eşit olmalarını gerektiren maddi eşitliği de içermektedir. Ancak pek çok kararında Anayasa ile korunan eşitliğin hukuki eşitlik olduğunu eylemli eşitlik olmadığını vurgulayan

---

48 İnceoğlu, s. 47; Özbudun, s. 155.

49 Öden, s. 187-188.

50 “...Çoğu kez kurallar, kurumlar, iktidarlar, ilişkiler, haklar ve ödevler örüntüleri olarak düşünülen anayasal sistemler, gerçekte ve mantiki bakımdan bu türden örüntülerin kurulmasına öngelen belirli temel seçmelere dayanırlar. Böylece eşitlik sorununa siyasal süreçte getirilen çözümlerle kurumsal karşılıkları arasında sıkı bir ilişki görülebilir ki, temel sorunun çözülmesi diğer deyişle ilkeler arasında seçim yapılması anayasal sisteme kendine özgü bir nitelik kazandırır...” Öden, s. 45-46.

51 Öden, s. 43.

52 Öden, s. 162.

Mahkeme'nin,<sup>53</sup> maddi eşitliği sosyal eşitliği de içeren bir kavram olarak okumadığı söylenebilir.<sup>54</sup>

Herkese eşit muamele edilmesini öngören eşitliğin şekli boyutu yukarıda değinildiği üzere çeşitli nedenlere dayalı olarak ayrı muameleye maruz kalınan dönemlerde önemli bir kazanım olarak normatif dünyada yerini almıştır; ancak eşitliğin bu boyutu, toplumsal yaşam ve doğal olarak hukuki düzenlemelerin tasnif etme ve farklılaştırmaya dayanması zorunluluğu karşısında, hangi tasnifin haklı olduğu hakkında herhangi bir çözüm ortaya koyamaz. Maddi eşitliğin sağlanması hususunda da hangi özelliklerin eşitsizlik kapsamında olacağı ve nelerin eşitleneceği belirli bir formüle göre çözümü mümkün konulardan değildir.<sup>55</sup> Bu bağlamda neyin eşitlenecek olduğu sorusuna çok çeşitli yanıtlar verilebilmektedir. Gelir, servet, fırsat, özsaygı, yetenekler, avantajlara erişim, kaynaklar... gibi farklı yanıtlar verilebilmesi insanları eşit hâle getirmede belirlenecek özelliği değerlendirmenin ne kadar zor olduğunu göstermektedir.<sup>56</sup>

En başta bu sorun, yani aynı ve farklı durumların tespiti ve değerlendirilmesi ve yargıda bulunulması yasama organının takdir yetkisi içinde kalmaktadır. Kanun koyucu takdiren eşit davranılacak koşulları ve durumları seçer. Ancak söz konusu yetki sınırsız değildir. Bu bağlamda Anayasa'ya uygunluk denetiminin sınırı yetkinin keyfilige dönüştüğü hâllere ilişkindir.<sup>57</sup> Sınıflandırmanın ilkeyle uyumu değerlendirilirken

---

53 “Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasalar karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz.” AYM, E. 2006/77, K. 2009/39, 05.03.2009, (RG., 27.03.2010, S. 27534); Aynı yönde AYM, E. 2017/140, K. 2017/177, 28.12.2017, (RG., 31.01.2018, S. 30318); AYM, E. 2013/20, K. 2013/50, 03.04.2013, (RG., 12.05.2013, S. 28645).

54 Öden, s. 198-199.

55 O'Regan/Friedman, s. 474-475 vd.

56 Teorik tartışmalar bir yana mevcut hâliyle politik alanda maddi eşitliğin sağlanmasına yönelik talepler seçmen baskısı şeklinde politik yaşama tezahür etmektedir. Ancak 20. yüzyıl ortasında uygulamaya konulan ekonomi politikalarıyla ortaya çıkan refahın maddi eşitlik kapsamında kaynak oluşturması hâli, 20. yüzyılın sonu itibarıyla ortaya çıkan ekonomik koşullara yanıt olarak kamu harcamalarının kısıtlanmasına gidilmesiyle ortadan kalkmış, refah sorumluluğu devletten ziyade bireye tekrardan devredilmiştir. Haubrich, s. 617.

57 Öden, s. 191 vd.

kanunun amacı belirlenmeli, amacın meşru, kamu yararına yönelik veya Anayasa’da öngörülen özel amaçlardan biri olup olmadığı, getirilen kuralın bu amaçla bağlantısı ve amaçla araç arasında oran bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır.<sup>58</sup> Uygulamada Mahkeme tarafından da öncelikle aynı ya da benzer durumda bulunanlar hakkında farklılık gözetilip gözetilmediği tespit edilmekte, bu farklılığın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı ve ölçülü olup olmadığı irdelenmektedir.<sup>59</sup>

## II. UZLAŞTIRMA KURUMU

### A. Genel Olarak

Uzlaştırma, uzlaştırma kapsamına giren bir suç nedeniyle şüpheli veya sanık ile mağdur, suçtan zarar gören veya kanuni temsilcisinin tarafsız bir uzlaştırıcı tarafından anlaştrılmaları suretiyle uyuşmazlığın giderilmesini ifade etmektedir.<sup>60</sup> Hukuk sistemimize ilk olarak 5237 sayılı TCK ve 5271 sayılı CMK düzenlemeleriyle giren bu kurumu ortaya çıkaran dinamikler konusundaysa farklı yaklaşımlar bulunmakta, bu yaklaşım farklılıkları tanımlara da yansımaktadır.

Uzlaştırma kurumunun felsefi dayanağı olarak onarıcı adalet anlayışını ön plana çıkaran tanımlarda, ceza adaleti sistemindeki dönüşüm cezalandırıcı adaletin eleştirisi olarak ele alınmaktadır. Buna göre onarıcı adalet, mevcut sistemin mağdurlara arzu edildiği ölçüde yer vermemesi yanında faillerin ıslahında ve suçun neden olduğu olumsuz sonuçların ortadan kaldırılmasındaki yetersizlikleri nedeniyle ortaya çıkan alternatif bir adalet anlayışı olarak değerlendirilmektedir.<sup>61</sup> Esasen yeni bir keşiften

58 **İnceoğlu**, s. 50.

59 AYM, E. 2021/1, K. 2021/32, 29.04.2021, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E. T. 01.02.2024).

60 Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği m. 4, (RG., 05.08.2017, S. 30145)

61 “*Modern devletin ortaya çıkmasıyla devletin uyuşmazlıkların çözüm sürecine kendisini dahil etmesi, üzerine alması neticesinde onarıcı adalet uygulamaları yerini cezalandırıcı adalet anlayışına terk etmiştir. Fakat son yıllarda cezalandırıcı adalet anlayışının kurum ve sisteminin istenileni veremediği yönündeki memnuniyetsizlik ve eleştiriler nedeniyle bu anlayışın sakıncalarını gidermek amacıyla onarıcı adalet alternatif bir adalet anlayışı olarak ortaya çıkmıştır. Bu anlayış aslında toplumda var olan, fakat devletin ortaya çıkmasıyla geri plana itilen onarıcı adalet kurumlarının devlet eliyle yeniden uygulanması olarak ifade edilebilir.*” Berrin **Akbulut/Murat Aksan**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 16; Aynı yönde bkz. Olgun **Değirmenci**, Onarıcı Adalet Uygulaması Olarak Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 31; Şener **Uludağ**, “Onarıcı ve Cezalandırıcı Adalet: Paradigma Değişikliğini Tetikleyen

ziyade kökeni devlet yapılanmasının olmadığı dönemlere kadar inen onarıcı adalet anlayışı son 30 yılda tekrardan anımsanarak kendisine yaygın bir uygulama alanı bulmuştur.<sup>62</sup>

Onarıcı adalet anlayışının yeniden anımsanmasında mağdur haklarına yönelik artan ilgi de gerekçe gösterilmektedir.<sup>63</sup> Kimilerine göre II. Dünya Savaşı sonrasında savaş suçu mağdurlarına yönelik ortaya konulan onarıcı tedbirlerin, savaş suçları öznel bağlamı dışında da tedrici etkileri olmuş, bu yaklaşım mağdura yönelik ulusal ve uluslararası düzeydeki ilgiyi genel olarak artmıştır. Bunun yanında savaş sonrası artan suç oranları mağdurun

---

Şartlar”, Polis Bilimleri Dergisi, C. 13, S. 4, 2011, s. 140 vd.; Mustafa **Özbek**, “Çağdaş Ceza Adaleti Sistemlerinde Alternatif Çözüm Arayışları ve Arabuluculuk Uygulaması”, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma, Haz. Feridun Yenisey, 1. Bası, Arıkan Basım Yayım, İstanbul 2005, s. 97; Hakan Abdülhamid **Yavuz**, “Onarıcı Adalet ve Uzlaştırma Kurumu Bağlamında Ceza Adalet Sisteminde Mağdurun Konumu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 23, 2015, s. 86. Uzlaştırma kurumunun Türkiye uygulaması bakımından eksiklikleri ve eleştiriler için ayrıca bkz. **Yavuz**, s. 100 vd. Öğretide onarıcı adaletin ceza adaletinin radikal bir eleştirisi olmasına karşılık aslında onunla işbirliği hâlinde bir model olması hususunda eleştiriler için bkz. Özkan **Ağtas**, Ceza ve Adalet, 1. Bası, Metis Yayınevi, İstanbul 2013, s. 265.

- 62 Abdullah Batuhan **Baytaz**, “Onarıcı Adalet Genel Bir Bakış”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 71, S. 1, 2013, s. 119; Aynı yönde **Değirmenci**, s. 31; Yağmur **Temiz Gül**, “Mağdur Haklarında Yaşanan Güncel Gelişmelerin Türk Ceza Hukukuna Etkileri”, Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur ve Suçtan Zarar Görenin Hakları, Editörler, Yener Ünver, Kerem Öz, 1. Bası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku 23 Prof. Dr. Osman İsfen’e Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 388-389. Antik Dönem ile modern zamanlar onarıcı adalet gelişimi hakkında ayrıca bkz. **Baytaz**, s. 120-121. Ceza hukuku başlarda mağdurun zararının tazmini veya öğ alması üzerine kurgulanmış, suçlular özel kişiler tarafından kovuşturulmuş ve cezalandırılmıştır. Feodalizmin yükselişiyle birlikte suç kamusal bir mesele olarak anlaşılmaya başlanmış, Orta Çağ için suç kamusal cezalandırma ve mağdurun ve ailesinin zararlarının giderilmesi şeklinde karma bir yapıya sahip olmuş, artan kasıtlı suçların zaman içinde mağdurdan ziyade hükümdara karşı işlendiği kabul görmeye başlanmış ve bu suçların kovuşturulması için merkezi bir mahkeme sistemi geliştirilmiştir. Devletin cezalandırma tekelini ele almasıyla birlikte suç kamusal bir mesele hâline gelmiştir. Jennifer Gerarda **Brown**, “The Use of Mediation to Resolve Criminal Cases: A Procedural Critique”, Emory Law Journal, C. 43, S. 4, 1994, s. 1255. Ceza adaleti içinde mağdurun konumunun tarihsel anlatımı için bkz. Fusun **Sokullu-Akıncı/Selman Dursun**, Viktimoloji (Mağdurbilim), 3. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2016, s. 9 vd. *Aslında mağdur-fail uzlaşması (Victim-Offender Mediation [VOM]), bir ceza davasının tamamını ya da bir kısmını çözmeye yetkisini devletten özel bir tarafa, yani mağdura devretmektedir. Sonuç olarak, VOM daha eski bir ceza adaleti modeline dönüşü temsil etmektedir. VOM'da, upki eski ceza uygulamalarında olduğu gibi, mağdur suçunun kaderini tayin eder.* **Brown**, s. 1248-1249.
- 63 **Temiz Gül**, s. 388.

ilgi odağı olmasına katkı sağlamış, kamu güvenliği ve kamu düzeninin sağlanmasında mağdur ihbarcı sıfatıyla önemli bir araç olarak görülmüştür.<sup>64</sup> Kimilerine göreyse 1970’lerde ceza hukuku sisteminde tanınmak ve kabullenilmek istenen mağdurla mağdur hakları hareketleri ortaya çıkmış, bu hareket yavaş yavaş etki ve güç kazanmıştır. Kadın hareketinden sivil haklar hareketlerine toplumun tabanından önemli destekle mağdurların ceza adaletinde rolü ve tanınması için çaba sarf edilmiştir.<sup>65</sup>

Uzlaştırma kurumuna pratik gereklilikler üzerinden yaklaşanlar ise kuruma adalet sisteminin iş yükünün hafifletilmesi gerekçesiyle başvurulduğunu vurgulamaktadır.<sup>66</sup> Ceza muhakemesinin güncel sorunlarından biri şüphesiz mahkemelerin iş yüküdür. Bu sorun ceza hukukunun işlemesine engel teşkil ettiği gibi ceza hukukunun işlev göreceği hususundaki inancı da sarsabilecek bir sorundur. Yalnızca ceza yargılamasında yer alan personellerin sayısının artırılmasıyla çözülemeyen bu sorun ceza muhakemesinde yapısal değişiklikler yapılmasını da kaçınılmaz kılmaktadır. Soruna yönelen çözümlerden biri

---

64 “Suç düzeyi, genel savunmasızlık duygusunu artırdı ve toplumun gün geçtikçe riskten kaçınmacı hâle gelmesi bir mağduriyet kültürü meydana getirdi...” Anna **Wergens**, “Devletsiz Suçun Mağdurları için İnsan Hakları: Mağdurları Ciddiye Almak? Bölüm 2 Mağdur Hakları”, Çev. Salim Işık, Yavuz Selim Değerli, Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur ve Suçtan Zarar Görenin Hakları, Editörler, Yener Ünver, Kerem Öz, 1. Bası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku 23 Prof. Dr. Osman İsfen’e Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 81 vd.

65 Patricia L. **Sattler**, “Suç Mağdurları Hakları Yasası: Laf Kalabalığı Mı, Hakikat Mi”, Çev. Arş. Gör. Jülide Yaşar, Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur ve Suçtan Zarar Görenin Hakları, Editörler, Yener Ünver, Kerem Öz, 1. Bası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku 23 Prof. Dr. Osman İsfen’e Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 486.

66 Bkz. Uğur **Ersoy**, “Ceza Hukukunda Uzlaşma”, Hukuk Gündemi Dergisi, S. 2, 2005, s. 64; Cumhur **Şahin**/Neslihan **Göktürk**, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 12. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 212; **Öztürk ve diğerleri**, s. 46; Tamer **Soysal**, “Türk Ceza Hukukunda Uzlaşma”, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma, Haz. Feridun Yenisey, 1. Bası, Arıkan Basım Yayım, İstanbul 2005, s. 210; Erdener **Yurtcan**, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi (CMK), 9. Bası, Seçkin Yayınevi, 2019, s. 962, 965; Hamide **Zafer**, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Özelleşme Eğilimi: Uzlaşma”, Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, Alkım Yayınevi, İstanbul 2003, s. 727; **Şahin**, s. 223, 227 vd.; Feridun **Yenisey**/Ayşe **Nuhoğlu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 95.

de alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olan uzlaştırma müessesesidir.<sup>67</sup>

Uzlaştırmayı eleştirel bir perspektifte ele alan görüşler ise uzlaştırma kurumunu ceza hukukunun neoliberal politikalar ekseninde yapısal değişiminin bir çıktısı olarak nitelendirmektedir. 1970'lerde yaşanan ekonomik kriz sonrasında refah devleti ve diğer ulusal kalkınmacı devlet politikalarına alternatif olarak liberal politikaların etki alanını genişlettiği, bu politikaların özetle sermaye birikiminin önündeki toplumsal, idari ve hukuki her türlü kısıtlamaların kaldırılmasına ve tasfiye edilmesine hizmet edecek tüm toplumsal ilişki, yapı ve kurumlarda dönüşümü beraberinde getirdiği belirtilmiştir. İlgili politikaların serbest piyasanın mümkün olan tüm toplumsal yaşam alanlarına yayılması gerektiği görüşüne dayandığı, bu nedenle de söz konusu politikalarla devlet-piyasa karşıtlığı üzerinden devletin küçülmesinin, sosyal alanlardan çekilmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir.<sup>68</sup> Söz konusu politikaların ceza hukukunu da dönüştürdüğü, bu dönüşümün uzlaştırma kurumunda görünür olduğu belirtilmiştir.<sup>69</sup>

---

67 Albin **Eser**, “Ceza Muhakemesi Hukuku İlkelerindeki Değişme: Ceza Muhakemesi Tekrar Özelleşiyor mu?”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 10. Yılı Adliye ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu, Çev. Feridun Yenisey, Selami Kuran, Marmara Üniversitesi Teknik Eğitim Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Matbaası, İstanbul 1993, s. 27. Ayrıca şahsi dava kurumunun kaldırılması nedeniyle adliyelerin iş yükünün artması beklentisinin de uzlaştırma kurumunun kabul edilmesinde etkili olduğu ifade edilmektedir. **Ersöy**, s. 64. Nitekim 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 9/4 hükmünde, şahsi davalar hakkında uzlaşmaya ilişkin hükümlerin uygulanacağı hususu ayrıca düzenlenmiştir.

68 Selime **Güzelsarı**, Küresel Kapitalizm ve Devletin Dönüşümü Türkiye’de Mali İdarede Yeniden Yapılanma, Sosyal Araştırmalar Vakfı Yayınları, İstanbul 2008, s. 31 vd.

69 Bu yönde görüşler için bkz. Amy J. **Cohen**, “Moral Restorative Justice: A Political Genealogy of Activism and Neoliberalism in the United States”, *Minnesota Law Review*, S. 7, 2019, s. 930; Chris **Cunneen**, “Restorative Justice, Globalisation and the Logic of Empire”, *Borders and Transnational Crime: Pre-Crime, Mobility and Serious Harm in an Age of Globalisation*, Editörler, J. McCulloch, S. Pickering, Palgrave Macmillan, 2013, s. 100-102; Muammer **Ketizmen**, *Cezalandırıcı Adaletten Onarıcı Adalet: Türk Ceza Hukukunda Uzlaştırma*, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 227-228 (Uzlaştırma); Orhan **Evren**, *Neoliberalizm ve Onarıcı Adaletin Politik Rasyonelitesi*, Yüksek Lisans Tezi, T. C. Selçuk Üniversitesi SBE, 2023, s. 58, 70-71; Uğur **Arslan**, “Ceza Hukukunun Metalaşması Olarak Uzlaştırma Kurumu”, 7. Uluslararası Asos Congress Hukuk Sempozyumu (Türkiye, 27-29 Mayıs, 2021), s. 807 vd.; Arzu **Balan**, “Neoliberalizmin Sonucu Olarak Arabuluculuk ve Uzlaştırma: Benzerlikler ve Farklılıklar”, 7. Uluslararası Asos Congress Hukuk

Kanun koyucu ise kurumun öngörülmesi gerekçesi olarak onarıcı adalet anlayışını ön plana çıkarmış, kurumun usul ekonomisi yönünden faydasına da dikkat çekmiştir.<sup>70</sup> Bu bağlamda uzlaştırma basit suçlarda failin infaz kurumlarının olumsuz etkilerinden uzaklaştırılması,<sup>71</sup> damgalamayı azaltması, muhakemenin erken aşamalarında failin yeniden sosyalleşmesini sağlaması, mahkemelerin iş yükünün hafifletilmesi ve Devlet'in infaz külfetinden kurtarılması amaçlarına hizmet eden bir ceza politikası aracı olarak nitelendirilmiştir.<sup>72</sup>

Uzlaştırma kurumu nereden bakılırsa bakılsın ceza adaleti sisteminde bir değişimi ifade etmektedir. Dayandırıldığı onarıcı adalet anlayışına yönelik farklı görüşlerde sorun vurgusu ortaktır; ancak bu sorunun ne olduğu, uzlaştırma kurumunun neleri değiştirdiği hususları uzlaştırma lehine veya aleyhine tavır alan görüşlerde farklılaşmaktadır. Her koşulda değişimi ifade eden uzlaştırma, yürürlüğe girdiği günden bu yana çeşitli açılardan hem Anayasa'ya hem de ceza muhakemesinin yapısına aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilerin odağında olmuştur. Uzlaştırmanın başta hukuk devleti ilkesi olmak üzere, adil yargılanma hakkı, kamu davasının mecburiliği, kanunilik, hâkimlik teminatı, doğrudan doğruyalık, sözlülük, aleniyet, masumiyet karinesi, kusurla orantılı ceza ilkeleriyle bağdaşmadığı ileri sürülmüş, pek çok açıdan sert eleştiriler ortaya atılmıştır.<sup>73</sup>

---

Sempozyumu (Türkiye, 27-29 Mayıs, 2021), s. 172; Hazal **Sürmeli Kale**, Metalaşma Bağlamında Hukukta Yapısal Dönüşüm ve Uzlaştırma, Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi SBE, 2023, s. 153.

70 Bkz. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu gerekçesi m. 265 (<https://www.lexpera-com-tr> E. T. 18.02.2024).

71 İnfaz kurumlarının olumsuz etkilerinin azaltılması amacının hapis cezalarının infazında da gözetileceği hususunda bkz. CGTİK m. 7/2: “*Hapis cezasının, kendisinde var olan zararlı etki yapıcı niteliğini mümkün olduğu ölçüde azaltacak biçimde düzenlenecek programlar, usüller, araçlar ve zihniyet doğrultusunda yerine getirilmesi esasına uyulur...*”

72 Bkz. 6763 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun genel gerekçesi (<https://www.lexpera-com-tr>, E. T. 18.02.2024).

73 **Eser**, s. 19 vd.; **Ersoy**, s. 64; **Zafer**, s. 727- 750. Bu nedenler dışında ceza uyumsuzluklarının taraflarına verdiği zararlar hususunda eleştiriler için bkz. **Brown**, s. 1249 vd. Uzlaştırma kurumunun Anglo-Amerikan hukuk sistemi etkisiyle kabul edilmeye başlandığı ancak Kıta Avrupası ceza muhakemesi hukukunun temel esasları ve anayasal ilkelerle uzlaşmanın bağdaşmayacağı hususunda toptancı bir yaklaşımın yerinde olmayacağı hakkında bkz. **Şahin**, s. 245.

Ceza muhakemesinde özelleştirme eğilimi olarak ele alınan uzlaştırma<sup>74</sup> yürürlüğe girdiği günden bu yana birçok değişiklik geçirmiş, bu değişiklikler birlikte kurum pek çok kez anayasaya aykırılığı iddialarıyla Anayasa Mahkemesi önüne götürülmüştür. Bu bağlamda aşağıda öncelikle kurumun yürürlüğüne ilişkin değişikliklerden bahsedilmiş, devamında eşitlik ilkesi üzerinden itirazlara yer verilmiştir.

## B. Mevzuatta Uzlaştırma Kurumu

Mevzuatımızda ilk olarak 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren TCK m. 73/8'de uzlaşma kavramıyla düzenlenen kurumun uygulamasına ilişkin hususlara aynı tarihte yürürlüğe giren CMK m. 253-255'de yer verilmiştir. Bunun yanında 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK) m. 24 ile de uzlaştırma kurumu ayrıca düzenlenmiş, uzlaştırmaya tabi suçlar çocuklar bakımından daha geniş tutulmuştur. Bu hâliyle uzlaşma takibi şikayete bağlı suçlara özgü olarak öngörülmüş, uzlaşmanın öncelikle Cumhuriyet savcısının şüpheliyi davetinde şüphelinin suçtan dolayı sorumluluğu kabul etmesiyle başlayacağı, uzlaşma işlemlerini yürütmek üzere avukatların görevlendirileceği, uzlaşma giderlerinin fail tarafından ödeneceği, suçtan doğan maddi ve manevi zararların tümü veya büyük kısmının ödenmesi veya zararın giderilmesi hâlinde uzlaşmanın sağlanacağı hususları düzenleme altına alınmıştır.<sup>75</sup>

Uzlaştırma kurumunun iki kanunda da düzenlenmiş olması öğretilerde kurumun hukuki niteliği konusunda kanun koyucunun tereddüt gösterdiği şeklinde yorumlanmış<sup>76</sup> ve çeşitli açılardan eleştirilmiştir.<sup>77</sup> Ayrıca

74 Bkz. **Eser**, s. 19 vd.; **Zafer**, s. 727 vd.; **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 95.

75 Düzenlemenin uygulamada mağdur veya suçtan zarar görenin yaptığı anlaşmayla şikayetten vazgeçtiği veya şikayeti geri aldığı hâllerin resmi şekilde yürütülmesi olarak nitelendirilebileceği hakkında bkz. **Ketizmen**, Uzlaştırma, s. 103.

76 **Akbulut/Aksan**, s. 22.

77 Doğrudan CMK'da düzenlenmesi gerektiği konusunda bkz. Mehmet Emin **Artuk**/Ali Rıza **Çınar**, "Yeni Bir Türk Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler", Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap, Editör, Teoman Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004, s. 79. Aynı yönde bkz. Bahri **Öztürk**, "Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Kültür Üniversitesi ve İstanbul Barosu Tarafından Düzenlenen TCK Tasarısı Çalışma Grubu Toplantı Notları", Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap, Editör, Teoman Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004, s. 322. TCK'da yer verilen hükmün ne anlama geldiğinin anlaşılmadığı konusunda bkz. Nevzat **Toroslu**/Yüksel **Ersoy**, "Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı", Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap, Editör, Teoman Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004, s. 14.



uygulamada işlerlik kazanmasına yönelik olarak özellikle suçun kabullenilmiş olması koşulunun (muhakeme sürecinde delil olarak kullanılamayacağı hususu açıkça düzenlenmiş olsa da) fail açısından çekinceler yaratması ve zararın tümü ya da büyük bir kısmının giderilmesi şartının katı olması yönünde sorunlardan söz edilmiştir.<sup>78</sup> Yine tek başına mahkûmiyete esas alınmayan ikrar beyanına yargının iş yükünün hafifletilmesi, uyuşmazlıkların hızlıca çözüme kavuşturulması gibi faydalar gözetilerek etki tanınması ve sözleşmesel bir nitelik kazandırılması ceza muhakemesi bakımından sakıncalı bulunmuştur.<sup>79</sup> Anayasa Mahkemesi ise “*Uzlaşmada suçtan doğan sorumluluğun kabul edilmesi, kişinin kendini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanması olarak kabul edilemez... Failin fiilden dolayı hiçbir sorumluluk duymaması halinde, uzlaşmanın toplumsal barışa hizmet eden ve faili uslandırıcı yönü eksik kalmış olacaktır. İtiraz konusu kural uygulanırken uzlaşmada şüpheli veya sanığın suçu kabulü, ikrar olarak değil uzlaşmak için suçtan doğan sorumluluğun kabulü olarak anlaşılmalıdır. Şüpheli ve sanığın beyanı ikrar niteliğinde olsa bile, 'gizlilik ilkesi' gereği yargılamada sanık veya şüpheli aleyhine delil olarak kullanılamaz.*” diyerek suçun kabulünün anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.<sup>80</sup>

Uzlaştırmaya yönelik ilk önemli ve kapsamlı değişiklik 5560 sayılı Kanun ile yapılmış, TCK’da yer alan hüküm yürürlükten kaldırılmış, CMK ve ÇKK’da yer alan uzlaştırmaya ilişkin hükümler değiştirilmiştir.

---

Kanun’un gerekçesindeyse “*Bu maddede yer alan uzlaşma, aslında Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda düzenlenmesi gereken yeni bir kurumdur. Ancak söz konusu kurumun, esas maddî ceza hukukuna ilişkin hükmünün, Türk Ceza Kanunu içinde yer alması zorunludur.*” denilerek kurumun karma niteliğini ortaya koymak açısından ikili bir düzenleme yapıldığı belirtilmiştir. Bkz. 5271 sayılı Kanun m. 265 gerekçesi. Karşılaştırmalı hukukta uzlaştırma kurumunun düzenlenmesi konusunda farklı uygulamalar görülmektedir. Örneğin Almanya’da uzlaştırma kurumunun yasal temelleri Çocuk Adalet Kanunu (*Jugendgerichtsgesetz*), Ceza Kanunu (*Strafgesetzbuch*) ve Ceza Muhakemesi Kanunu’nda (*Strafprozessordnung*) yer almaktadır. İsveç’te ise kurum ayrıca Uzlaştırma Kanunu (*Lag om medling med anledning av brott*) ile düzenlenmiştir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Lottie **Wahlin**, “Victim-Offender Mediation in Sweden”, Victim-Offender Mediation with Youth Offenders in Europe, Editörler, Anna Mestitz/Simona Ghetti, Springer, Hollanda 2005, s. 83; Michael **Kilchling**, “Victim-Offender Mediation with Juvenile Offenders in Germany”, Victim-Offender Mediation with Youth Offenders in Europe, Editörler, Anna Mestitz/Simona Ghetti, Springer, Hollanda 2005, s. 237.

78 **Ketizmen**, Uzlaştırma, s. 103.

79 Mualla Buket **Soygüt Arslan**, “Ceza Muhakemesinde Uzlaşma: Temel Sorunlar ve Öneriler”, Suç ve Ceza Dergisi, S. 3, 2008, s. 83 vd.

80 AYM, E. 2006/106, K. 2009/124, 01.10.2009, (RG., 08.03.2011, S. 27868).

Değişikliklerle birlikte uzlaştırma kapsamındaki suçlar genişletilmiş, çocuklar hakkında öngörülen uzlaştırma kapsamındaki suçlar daraltılarak suça sürüklenen çocuklar hakkında da CMK hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca öğreti ve uygulamadaki itirazlara paralel olarak suçun kabullenilmiş olması şartından vazgeçilmiş, takibi şikayete bağlı olmasına karşılık etkin pişmanlık düzenlemesi yapılan suçlarla cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar uzlaşma kapsamı dışına çıkarılmış, uzlaşma teklifinin Cumhuriyet savcısının talimatıyla adli kolluk görevlileri tarafından yapılabilmesine ve teklif sonrasında uzlaştırma işlemlerinin bizzat Cumhuriyet savcısı tarafından da gerçekleştirilebilmesine imkân verilmiştir. Maddi ve manevi zararın tümünü veya bunun büyük bir kısmını ödeme veya zararları giderme koşulu kaldırılmış, belirlenecek edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, taksidde bağlanması veya süreklilik arz etmesine imkân verilerek bu hâllerde soruşturma evresinde kamu davasının açılmasının ertelenmesi, kovuşturma evresinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları verileceği düzenlenmiştir.<sup>81</sup>

Uzlaştırma kurumuna yönelik bir diğer yasal düzenleme 5918 sayılı Kanun'dur. İlgili kanun ile uzlaştırma usulünün uygulanmasında kapsamı daraltan yeni bir düzenleme yapılmıştır. Bu değişikliklerle uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte işlenmiş olması hâlinde uzlaşma hükümlerinin uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır.

Yapılan düzenlemelere ve değişikliklere rağmen uzlaştırmaya tabi suç sayısının azlığı, uzlaştırmanın yürütülmesine ilişkin kurumsal yapının olmaması ve uzlaştırma uygulayıcılarının yeterli bilgi sahibi olmamaları gibi nedenlerle uzlaştırma kurumunun beklendiği şekilde işlerlik kazanamadığı belirtilmiştir.<sup>82</sup> Kuruma işlerlik kazandırmaya yönelik 6763

---

81 Söz konusu değişikliklerin onarıcı adalet anlayışının gereklerinin yumuşatılarak, daha ziyade mahkemelerin iş yükünün azaltılması amacıyla gerçekleştirildiği konusunda bkz. Muammer **Ketizmen**, "Uzlaşmanın Sirayet Etmezliği İlkesinin Bir Sonucu Olarak Mağdurun Yargılanacak Kişiyi Seçebilme Yetkisi", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, 2012, s. 5.

82 **Değirmenci**, s. 135. Kriminolojik araştırmalar veya pilot uygulamalar yapılmadan uzlaştırma kurumunun yürürlüğe sokulması neticesinde uzlaştırma kurumunun yaygınlaşmadığı hakkında bkz. **Soygüt Arslan**, s. 81. Uzlaşmanın cezalandırma tekeli elinde bulunduran devlet ve sanık arasında gerçekleşmesi gereken bir uygulama olması gerekirken uygulamanın fail ve mağdurun uyuşması üzerine kurulmasının uzlaştırmanın işlememesi nedeni olduğu hakkında bkz. **Yurtcan**, s. 965.

sayılı Kanun ile kapsamlı değişiklikler yapılmıştır.<sup>83</sup> Uzlaştırma kapsamı genel olarak üç yeni suç tipinin eklenmesi ve etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçların dahil edilmesiyle, suça sürüklenen çocuklar özelindeyse üst sınırı üç yılı geçmeyen hapis veya adli para cezasını gerektiren suçların kapsama alınmasıyla genişlemiş;<sup>84</sup> uzlaştırma işlemlerinin yürütülmesinde mahkemeler ve Cumhuriyet savcılıklarının yetkisi kaldırılmış; Adalet Bakanlığı'na bağlı Alternatif Çözümler Dairesi Başkanlığı kurulmuş, uzlaştırma büroları ihdas edilerek sürecin bürolar aracılığıyla ve uzlaştırmacılar tarafından yerine getirilmesi usulü benimsenmiştir.<sup>85</sup> Kanun'un genel gerekçesinde de “...*geleneksel muhakeme usulüne alternatif yöntemlerin iş yükünün azaltılmasında beklenen etkiyi sağlamakta yetersiz kaldığı görülmektedir... İstatistiklerdeki bu düşük seyir, bir taraftan sözü edilen kuramların kapsamı içinde bulunan suç türlerinin sayıca az olmasından, diğer taraftan bu kuramların uygulanmasını kısıtlayan ya da etkinliğini azaltan usul hükümlerinden kaynaklanmaktadır.*” denilerek kuruma işlerlik kazandırma amacıyla düzenleme yapıldığı belirtilmiştir.<sup>86</sup>

Uzlaştırma kapsamındaki suçları genişleten düzenlemelerden biri de 7188 sayılı Kanun ile yapılmış, düzenlemeye göre üç yeni suç tipi

---

Uzlaşmanın mevcut hâliyle yine yargının bir işi olarak düzenlendiği, kurumun yargının dışına taşınmadıkça işlerlik kazanamayacağı hakkında bkz. **Öztürk ve diğerleri**, s. 53.

83 Alternatif Çözümler Dairesi Başkanlığı İstatistikleri'ne göre 2016 yılında 7.817 dosyada uzlaşma sağlanmışken; 2017 yılı ve sonrasında uzlaşma sağlanan dosya sayıları 200.000 üzerinde seyretmiştir. Bu bağlamda 24.11.2016 tarihli 6763 sayılı Kanun'un kuruma işlerlik kazandırmada başarılı olduğu görülmektedir. Bkz. <https://alternatifcozumler.adalet.gov.tr>, E. T. 02.06.2023.

84 İster fail ister mağdur olsun çocuklar söz konusu olduğunda uzlaşmanın yasaklanması gerektiği, devletin çocuklar açısından ödevinin topluma yeniden kazandırmak olduğu hakkında bkz. **Öztürk ve diğerleri**, s. 53.

85 Bu değişikliklerin onarıcı adalet anlayışının resmi usullerden uzaklaşılarak tarafların etkinliğinin artırılması amacına ters düştüğü hakkında bkz. **Ketizmen**, Uzlaştırma, s. 109.

86 Gerekçede ayrıca “...*tarafların uzlaştırılması fırsatlarının, iş yükü baskısı altındaki Cumhuriyet savcılarınca doğal olarak yeterince değerlendirilemediği mevcut uygulama sonuçları dikkate alınmak suretiyle, usulün uygulanacağı dosyaların, savcılıklarda bu işle ilgili olarak kurulacak birimlerce sonuçlandırılması öngörülerek, iş yükü baskısından kaynaklandığı değerlendirilen uygulamadaki isteksizliğin giderilmesi amaçlanmaktadır. Ayrıca, kapsam bakımından, yetişkinlerle çocuklar arasındaki mevcut eşitliğin adil sonuçlar doğurmadığı gözetilerek, Tasarıyla bu eşitlik çocuklar lehine bozulmakta ve uzlaşma kurumunun kapsamı suça sürüklenen çocuklar için genişletilmektedir.*” denilmiştir.

uzlaştırma kapsamına alınmış, uzlaştırma kapsamında kalan suçların kapsam dışındaki suçlarla birlikte işlendiği hâllerde uzlaştırma usulünün uygulanmamasına ilişkin kuralla suçların aynı mağdura karşı işlenmiş olması koşulu getirilmiştir.

7406 sayılı Kanun ile hukuk sistemimize giren ısrarlı takip suçu, aynı Kanun ile uzlaştırma kapsamı dışında tutulmuştur. Uzlaştırma kurumuna dair yakın tarihli önemli bir diğer değişiklik ise Anayasa Mahkemesi'nin 26.07.2023 tarihli 2023/43 Esas ve 2023/141 Karar sayılı iptal kararıyla gerçekleşmiştir. Karar gereğince m. 253/19'da yer alan *“uzlaşmanın sağlanması halinde soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz”* cümlesi Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir.<sup>87</sup>

Görüldüğü üzere uzlaştırma kurumu mevzuatımıza girdiği günden bu yana pek çok değişiklik geçirmiş, genel olarak uzlaştırma kapsamına alınan suçlar genişlerken; süreç resmileşmiş ve uzlaştırma sürecinde uygulanacak kurallar daha ayrıntılı hâle getirilmiştir. Gelecekte de uzlaştırma kapsamının genişletilmesi ve daha yaygın bir usul olarak başvurulması yönünde düzenlemeler yapılması beklenmektedir. Nitekim Adalet Bakanlığı'nın 2019-2023 Stratejik Planı'nda uzlaşmanın kapsamının genişletilmesi politikasına açıkça belirtilmiş,<sup>88</sup> 2024-2028 Stratejik Planı ise henüz yayınlanmamış olmasına karşılık Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tarafından 31.10.2023 tarihinde onaylanan On İkinci Kalkınma Planı'nda (2024-2028) *başta kadın ve çocuklar olmak üzere mağdur odaklı adalet anlayışına uygun uygulamaların güçlendirilmesine* devam edileceği ve *yargının iş yükünün hafifletilmesinde ve uyuşmazlıkların daha kısa sürede çözülmesinde önemli rol oynayan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin geliştirileceği, uzlaştırma konusunda toplumsal farkındalığın artırılacağı* hususlarına yer verilmiştir.<sup>89</sup>

### III. EŞİTLİK İLKESİ İTİRAZLARIYLA UZLAŞTIRMA KURUMU

Eşitlik ilkesi birçok temel hak ve özgürlüğün temeli olduğu gibi ceza muhakemesine hâkim ilkelerle de yakından ilişkilidir. Eşitliğin bir gereği

---

87 Hüküm Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini düzenleyen m. 13 ve hak arama hürriyetini düzenleyen m. 36 hükmüne aykırı bulunarak iptal edilmiştir. AYM, E. 2023/43, K. 2023/141, 26.07.2023, (RG., 18.10.2023, S. 32343). Ayrıntılı açıklamalar için bkz. III. C. 1 numaralı başlık.

88 Bkz. <https://www.adalet.gov.tr/stratejik-plan>, E. T. 21.02.2024.

89 Bkz. RG., 01.10.2023, S. 32356 (Mükerrer).

olarak kanunların genel olması; herkesin aynı hukuki çerçevede bulunmasını, herkesin bağımsız yargı organı tarafından tarafsız olarak uygulanan hukuka ve kanunlara eşit bağlılığını, herkesin mahkemelere ve diğer uyuşmazlık çözücü kurumlara başvurabilme yönünden eşit haklara sahip olduğunu, kanunların uygulanması ve adaletin dağıtılmasında tarafsız işlem görme hakkını ifade eder. Bu bağlamda eşitlik ilkesi en başta hukuk devleti ilkesi, kanunilik ve tarafsızlık ilkeleriyle iç içedir.<sup>90</sup> Ayrıca uzlaştırma kurumuyla çatıştığı belirtilen adil yargılanma hakkı, kamu davasının mecburiliği, doğrudan doğruyalık, sözlülük, aleniyet, masumiyet karinesi, kusurla orantılı ceza ilkeleri de doğası gereği eşitlik ilkesini ihtiva etmekte; çoğu durumda bu ilke veya haklara aykırılık, eşitlik ilkesine de aykırılık anlamına gelmektedir.

Eşitlik ilkesinin korunmasında en etkili mekanizmanın yargısal koruma olduğuna kuşku yoktur. Bu bağlamda eşitlik ilkesine gerçek bir anayasal ilke görünümü kazandıran anayasa yargısı ilkenin okunmasında önemli bir dayanak teşkil etmektedir. Çalışmada bu nedenle uzlaştırma kurumuna yönelik eşitlik itirazlarına daha ziyade Anayasa Mahkemesi önünde yapılan iptal ve itiraz başvuruları üzerinden yer verilmiş, literatürde gündeme gelen konulara ilişkin açıklamalarda bulunulmuştur.

### A. Kovuşturma Mecburiyeti İlkesi ve Eşitlik

Kovuşturma mecburiyeti ilkesi şahsi davalardan edinilen kötü tecrübeler sonucunda kovuşturmaların devlet tarafından yapılması, diğer bir deyişle devletin şiddet tekeli elinde bulundurmasının vatandaşlar nezdinde haklı görülebilmesi için kabul edilmiş olan, özellikle eşitlik ilkesi bahsinde sözü edilen Fransa ve Kuzey Amerika’da meydana gelen sınıf ayrıcalıklarının ortadan kaldırmaya yönelik hareketlerle desteklenen bir ilkedir.<sup>91</sup> İlkenin esası devlete ait olan cezalandırma ve cezanın yerine getirilmesi yetkisinin, herkese kimliğinden bağımsız olarak eşit şekilde davranılması suretiyle kullanılmasıdır. Bu bağlamda kovuşturma mecburiyeti ilkesi, eşitlik ilkesinin bir gereğidir.<sup>92</sup> Söz konusu ilkeyle

90 **Öden**, s. 136 vd.

91 **Eser**, s. 21 vd.

92 Veli Özer **Özbek**/Koray **Doğan**/Pınar **Bacaksız**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 68. Aynı yönde bkz. Hüsamettin **Uğur**, “Ceza Muhakemesinde Kovuşturma Mecburiyeti İlkesinden Maslahata Uygunluk İlkesine”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 73, 2007, s. 264; Murat Volkan **Dülger**/Şaban Cankat **Taşkın**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 134.

toplumda yaşayan herkese eşit davranılması ve ceza adaleti sisteminin keyfilikten uzak olması güvence altına alınmakta, toplum nezdinde adalete olan güven duygusu gerçekleşmektedir.<sup>93</sup>

Belirtelim ki kovuşturma mecburiyeti ilkesi en baştan itibaren istisnasız şekilde kabul edilmemiş, şahsi davalarla kuvvetli bir şekilde sınırlandırılmıştır.<sup>94</sup> Ancak hukuk sistemimizde eşitlik ilkesinin gereği olarak kovuşturma mecburiyeti kural, maslahata uygunluk veya takdirilik ilkesi ise istisna olarak kabul edilmiştir.<sup>95</sup> Mevcut hâliyle uzlaştırma kurumu da kovuşturma mecburiyeti ilkesinin bir istisnasını teşkil etmektedir.

Uzlaştırma hâlinde kovuşturma makamları koşulların sağlanması hâlinde kovuşturma yapmaktan veya mahkûmiyet kararı vermekten vazgeçmektedir. Bu gerekçeyle uzlaştırmayla kamu davasının mecburiliği ilkesinin ihlal edildiği çoğunluk tarafından dile getirilmektedir.<sup>96</sup> Ancak bazı yazarlara göre devletin mutlak şekilde kovuşturma yapmak ve ceza vermek mecburiyeti olduğu fikri eski bir anlayışın ürünü olup çağdaş düşünceye uygun düşmemektedir. Bu durum cezanın ölçü almak yerine amaca uygun şekilde kullanılması fikrinin ağır basmasının bir neticesidir.<sup>97</sup> Diğer yandan eşitliğin mutlak eşitlik olarak anlaşıldığı hâllerde belli bir fiili işleyenlerden bazılarının kovuşturulurken, bazılarının kovuşturulmamasının eşitlik ilkesine aykırı olacağı açıkken, bugün eşitlik ilkesinin mutlak değil nispi eşitlik şeklinde anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir.<sup>98</sup> Bu bağlamda eşit olanların eşitliği perspektifiyle farklı durumda olanlara eşit davranılması anlamına gelen kamu davasının mecburiliği ilkesinden, aynı fiili işlemesine karşılık farklı durumda bulunanlar bakımından dava açmak konusunda da farklı

---

93 **Taşkın**, s. 30; **Uğur**, s. 257; Erdener **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, 4. Bası, Alfa Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 1991, s. 37.

94 **Eser**, s. 21 vd.

95 **Dülger/Taşkın**, s. 124; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 71.

96 Cumhur **Şahin**, “Ceza Muhakemesinde Uzlaşma”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan, C. 6, S. 1-2, 1998, s. 246. Ayrıca bkz. **Eser**, s. 27. “*Mağdurun durumunun kuvvetlendirilmesi, savcının konumunu zayıflatarken, sanığının güçlenmesini zorunlu kılmaktadır. Bunun sonucunda mağdur ve sanık hüküm verme faaliyetine eylemli bir biçimde katılabilirken, Devlet de, sahip bulunduğu ceza verme yetkisinden kısmen vazgeçmek zorunda kalabilecektir. Bu ise kamu davasının mecburiliği ilkesi ile bağdaşmamaktadır.*” **Şahin**, s. 270.

97 **Uğur**, s. 264.

98 Öztekin **Tosun**, “Ceza Davasının Açılmasında Sistemler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 3-4, S. 1-4, 1968, s. 63.

davranılmasını gerektiren maslahata uygunluk ilkesinin eşitlik ilkesine daha uygun olduğu ifade edilmiştir.<sup>99</sup>

Anayasa Mahkemesi ise kamu davasının mecburiliğinin istisnası olarak incelediği “kamu davası açmada takdir yetkisi” başlıklı CMK m. 171 hükmüne dair iptal başvurusuna karşı “*Suç ve suçlulukla mücadele konusundaki yasal düzenlemeler Anayasal ilkelere aykırı olmamak koşuluyla yasakoyucunun takdir yetkisi kapsamındadır. Yasakoyucu, ülkenin koşulları, toplumsal ihtiyaçlar ve uygulamalardaki aksaklıkları dikkate alarak, hangi eylemlerin suç sayılarak cezalandırılacağını, hangi eylemler için ne tür cezalar verileceğini, bu suçlarla ilgili takip yöntemlerinin nasıl olacağını belirleme yetkisine sahiptir. Suç teşkil eden her eylemin mutlaka ceza yaptırımı ile karşılanması, cezanın suçtan zarar görenin tatmin aracı olarak kullanılması eski hukuk anlayışlarında kabul edilmesine karşın, çağdaş gelişim her suçlunun hemen bir ceza yaptırımı ile karşılanması yerine, topluma karşı sorumluluklarını gözden geçirmesine olanak vermek üzere belirli sürelerle gözetim ve denetimini öngören ve mümkün olduğunca suçtan zarar görenin tatminini de içeren uygulamalara yönelmiş bulunmaktadır.*” diyerek kamu davasının mecburiliği ilkesine getirilen istisnayı yasama yetkisi kapsamında değerlendirmiştir. Mahkeme ayrıca kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılık hususunda inceleme yapılmasına gerek görmemiş, uzlaştırma kurumu bakımından ileri sürülen anayasaya aykırılık itirazları açısından da aynı gerekçenin geçerli olduğunu belirtmiştir.<sup>100</sup> Söz konusu hüküm öğretide Anayasa’ya aykırılık değerlendirmelerinin yetersiz ve yüzeyselliği nedeniyle eleştirilmiştir.<sup>101</sup> Karşıoy yazısında da “*Ceza hukuku alanında, suç sayılan eylemlerin belirlenmesi ve korunan hukuki yarar, suçu işleyenler ile suçun nitelikleri gözetilerek bunlara verilecek cezanın türü ve miktarının saptanması yasa koyucunun sahip olduğu takdir yetkisi içinde ise de bu durum, özellikle eşitlik ilkesine aykırılık gibi temel hak ihlâli savları karşısında Anayasal denetim yapılmasına engel oluşturmaz.*” denilerek hükmün açıkça incelenerek takdir yetkisinin eşitlik ilkesi aleyhine kullanılıp kullanılmadığının tespit edilmesi gerekliliği vurgulanmıştır.<sup>102</sup> Gerçekten de eşitlik ilkesi yönündeki itirazlar, Anayasa Mahkemesi nezdinde sıklıkla yasama yetkisi kapsamında görülerek yargı

99 Uğur, s. 265; Aynı yönde Tosun, s. 63.

100 AYM, E. 2007/14, K. 2009/48, 12.03.2009, (RG., 25.06.2009, S. 27269).

101 Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 885.

102 AYM, E. 2007/14, K. 2009/48, 12.03.2009, Ahmet Akyalçın karşıoy yazısı, (RG., 25.06.2009, S. 27269).



denetimi dışında bırakılabilmektedir. Mahkemenin kanun koyucunun takdir yetkisi konusundaki titizliği haklı görülebilirse de aynı titizliğin içerik denetimi yapılırken de gösterilmesi mümkündür.<sup>103</sup> Bu anlamda ayrıntılı bir incelemeye yer vermediği için haklı olarak eleştirilen söz konusu karar, sonrasında yapılan başvurularda Anayasa m. 152/4 hükmü gereğince on yıllık başvuru yasağı kapsamında anayasaya aykırılık itirazlarının esasına girilmesine de engel teşkil etmiştir.<sup>104</sup>

## B. Uzlaştırma Kapsamındaki Suçlar Yönünden Eşitlik

Uzlaştırma kurumuna yönelik eşitlik itirazlarının bir kısmı uzlaştırma kapsamındaki suçlara ilişkindir. Öncelikle genel kabul, her suçun uzlaştırma kapsamında olamayacağı, nitekim her suçun toplumsal düzeni aynı şekilde ihlal etmediği, her suçun mağdura aynı derecede zarar vermediği yönündedir.<sup>105</sup> Ancak öğretide uzlaştırma kapsamındaki suçların sayma yoluyla belirlenmiş olması eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiş, bu yöntem yerine “suçun ağırlığı ve cezanın miktarı” veya “suçla korunan hukuki değer” gibi nispeten objektif bir ölçünün belirlenmesinin eşitlik ilkesine daha uygun düşeceği ileri sürülmüştür.<sup>106</sup>

Uzlaştırma kapsamındaki suçların eşitlik ilkesi çerçevesinde itiraza konu olduğu hükümlerden biri CMK m. 253/3’te düzenlenen, sonradan 6763 sayılı kanun ile yürürlükten kaldırılan, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçları uzlaştırma kapsamı dışında bırakan hükümdür. Söz konusu itiraz, Anayasa m. 152/4 hükmü gereğince on yıllık başvuru yasağı

103 Öden, s. 173-174, 179.

104 Bkz. AYM, E. 2010/60, K. 2010/88, 15.07.2010, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E. T. 03.12.2023); AYM, E. 2008/100, K. 2010/117, 16.12.2010, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E. T. 03.12.2023); AYM, E. 2017/85, K. 2017/64, 12.04.2017, (RG. 24.05.2017, S. 30075); AYM, E. 2018/98, K. 2018/46, 17.05.2018, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E. T. 03.12.2023).

105 Hülya Tan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, 1. Bası, Seçkin Yayınevi, 2020, s. 25.

106 Soygüt Arslan, s. 82 vd. Uzlaştırma kapsamındaki suçlar belirlenirken en çok işlenen suçların gözden geçirilmesi ve bunlardan uygun olanların uzlaştırma kapsamına alınması gerektiği yönünde bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 882. Uzlaştırma kapsamındaki suçların pek çoğunun uzlaştırmaya müsait olmadığı, her suçun toplum düzeni ve toplumsal barışı bozma derecesinin farklı olduğu, düzeni fazla bozan suçlar bakımından mağdurun menfaatlerinin ön planda tutulmaması gerektiği yönünde bkz. Öztürk ve diğerleri, s. 53.



nedeniyle esastan incelenmemiş, yasağa neden olan başvuruda<sup>107</sup> ise konuya ilişkin herhangi bir değerlendirmeye yer verilmemiştir.<sup>108</sup>

Eşitlik ilkesi bakımından itiraz yoluna konu olan hükümlerden bir diğeri 5918 sayılı kanun ile CMK m. 253/3'e eklenen “*Uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte işlenmiş olması hâlinde de uzlaşma hükümleri uygulanmaz.*” hükmüdür. Bu hükümle uzlaştırma kapsamına giren bir suçun girmeyen bir suçla işlenmiş olduğu hâllerin uzlaştırma kapsamı dışında bırakılmasının kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddia edilmiştir. Anayasa Mahkemesi ise bu tercihin anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdirinde olduğunu belirtmiş, “*Uzlaştırma kapsamına giren suçlar, bu kapsama girmeyen suçlara göre daha hafif niteliktedir. Bu nedenle, uzlaştırma kapsamına giren bir suçu işleyen kişi ile uzlaştırma kapsamındaki bir suçu bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte işleyen kişi aynı hukuksal konumda değildir. Bu nedenle, kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında ve farklı hukuksal konumda bulunan kişiler hakkında farklı usulün uygulanmasını öngören itiraz konusu kuralda, hukuk devleti ve eşitlik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.*” diyerek itirazı reddetmiştir.<sup>109</sup> Yine itiraz yolunda uzlaştırma kapsamındaki suçların önödeme kapsamı dışında tutulmasını öngören TCK m. 75/1'de “*uzlaşma kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere*” ibaresinin eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddia edilmiş, Anayasa Mahkemesi tekraren bu tercihin anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdirinde olduğunu belirtmiş, “*ceza hukukunda kanun önünde eşitlik ilkesinin uygulanması da kuşkusuz, aynı suçu işleyen tüm suçluların kimi özelliklerinin göz ardı edilerek her yönden aynı kurallara bağlı tutulmalarını gerektirmemektedir. Buna göre uzlaşma kapsamında bir suç olarak belirlenmiş fiilin faili ile bu kapsamda olmayan bir suçu işleyen fail farklı hukuki konumdadırlar. Bu nedenle farklı hukuksal konumda bulunan kişiler hakkında farklı usulün uygulanmasını öngören itiraz konusu kuralda eşitlik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.*” diyerek itirazı reddetmiştir.<sup>110</sup>

Uzlaştırma kapsamına alınan veya kapsam dışında bırakılan suçlara yönelik eşitlik itirazları maddi hukuki eşitlik temelinde sınıflandırma sorununa ilişkindir. Yukarıda da ifade edildiği üzere aynılık veya farklılık

---

107 Bkz. AYM, E. 2007/14, K. 2009/48, 12.03.2009, (RG., 25.06.2009, S. 27269).

108 AYM, E. 2010/60, K. 2010/88, 15.07.2010, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E. T. 05.01.2024).

109 AYM, E. 2013/20, K. 2013/50, 03.04.2013, (RG., 12.05.2013, S. 28645).

110 AYM, E. 2017/140, K. 2017/177, 28.12.2017, (RG., 31.01.2018, S. 30318).

yönünde bir karar verme ve sınıflandırma yapma en başta kanun koyucunun takdirinde olmakla birlikte bu yetki sınırsız değildir. Keyfiliğin anayasaya uygunluk denetimi kapsamında yargısal denetiminin mümkün olduğu açıktır. Böylesi sınıflandırmaların eşitlik ilkesine uygunluğu araştırılırken kanunun amacı, amacın meşruluğu, amacın kamu yararına yönelik veya anayasada öngörülen özel amaçlardan birine ilişkin olup olmadığı, sınıflandırmanın yasama amacına hizmet edip etmediği ve amaçla araç arasında oran bulunup bulunmadığının belirlenmesinin önem arz ettiği ifade edilmektedir.<sup>111</sup> Buna karşılık Mahkeme uzlaştırma kapsamındaki suçlara ilişkin eşitlik ilkesi itirazları değerlendirmelerinde farklı hukuki durumlar tespitinde bulunmakla yetinerek, sınıflandırmanın haklılığı konusunda ayrıntılı bir inceleme yapmamaktadır. Bilhassa önödeme uzlaştırma kapsamındaki suçların hariç bırakılması hususu bu noktada incelemeye değerdir.

Önödeme; koşulların gerçekleşmesine bağlı olarak kamu davası açılması konusunda yeterli şüphe sebepleri olan şüpheli veya sanığa belirli bir miktar parayı ödemesi karşılığında kamu davasının açılmasına engel olma imkânı veren, hafif suçlar açısından öngörülmüş bir tür alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir.<sup>112</sup> Her iki kurum da ortak olarak yargının iş yükünün hafifletilmesi ve şüpheli/sanık bakımından ceza mahkûmiyetlerinin olumsuz sonuçlarının bertaraf edilmesi amacıyla öngörülmüştür.<sup>113</sup> Ancak önödeme uzlaştırmadan farklı olarak mağdurun iradesine etki tanınmamıştır. Kanun koyucu da mağdurun iradesine başka bir deyişle onarıcı adalet anlayışına öncelik vererek uzlaştırma kapsamındaki suçları önödeme kapsamından çıkarmıştır. Bu önceliklendirmede kanunun amacı meşrudur. Ancak hafif nitelikteki bir suç işlemesine karşılık gerçekleştirdiği haksızlığı gidermeye istekli olan bir fail önödemeden yararlandırılırken; önödeme kapsamında olabilecek nitelikte (*yalnız adli para cezasını gerektiren veya kanun maddesinde öngörülen hapis cezasının yukarı sınırı altı ayı aşmayan suçlar*) ancak uzlaştırma kapsamında olduğu için önödeme usulü uygulanamayan ve yine hafif nitelikte bir suç işleyen diğer bir failin, gerçekleştirdiği haksızlığı gidermeye istekli olmasına rağmen önödemeden yararlandırılmaması eşitlik ilkesini ihlal etmektedir. Zira yargının iş

---

111 **İnceoğlu**, s. 50.

112 Hakan **Karakehya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 355.

113 Selim **Erdin**, Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Önödeme, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 59 vd.

yükünün hafifletilmesi ve şüpheli/sanık bakımından ceza mahkûmiyetlerinin olumsuz sonuçlarının bertaraf edilmesi gibi benzer amaçlara hizmet eden iki kurum kapsamındaki suçların failleri bakımından amaçla orantılı bir farklılaştırmaya gidildiği söylenemez.<sup>114</sup> Onarıcı adalet anlayışında ceza muhakemesinin amaçlarından toplumsal barışın sağlanması ön plana çıkmaktayken, hafif nitelikte suç işleyen iki failin söz konusu kanuni sınıflandırma gereği farklı muameleye tabi tutulmasının, kişilerin adalete olan güven duygusunu ve dolayısıyla toplumsal barışı sarsabilecek niteliği göz ardı edilmemelidir.<sup>115</sup> Öğretide ileri sürülen uzlaştırma kapsamındaki bir suçta önödeme usulü uygulanarak muhakemeden vazgeçilmesinin mağdurun adalete inancını zedeleyeceği yönündeki görüşe bir ölçüde iştirak etmekle birlikte,<sup>116</sup> adalete olan güvenin yalnızca mağdur bakımından temin edilmesinin yeterli olmadığı kanaatindeyiz.

Uzlaştırma kapsamındaki bir suçun bu kapsamda olmayan başka bir suçla birlikte işlenmiş olduğu hâllerin kapsam dışında bırakılması konusunda doğrudan kanun koyucunun amacını ortaya koyan bir hususa kanunun hazırlık çalışmalarındaki rapor ve tutanaklarda yer verilmemiştir; ancak öğretide hükmün, aynı dosya kapsamında uzlaştırmaya tabi suçlar açısından uzlaştırma usulünün uygulanması, kapsamda olmayan suçlar açısından iddianame hazırlanarak kamu davası açılması gerekliliğinin gecikme ve takip sorunları yaratması dolayısıyla uygulamanın ihtiyaçları doğrultusunda öngörüldüğü belirtilmiştir.<sup>117</sup> Bu bağlamda hükmün yargının iş yükünün hafifletilmesi yönünde meşru bir amaca hizmet ettiğine kuşku yoktur. Diğer yandan düzenleme, uzlaştırmanın onarıcı adaletin temin edilmesi yönündeki genel amacıyla da uyumludur. Zira cezai uyumsuzluğun bir kısmının bölünerek uzlaştırma usulünün uygulanması, diğer bir kısmı hakkındaysa yargılamaya devam edilmesinin

---

114 Hükmün kanun koyucunun takdir yetkisinde olduğu ve bu nedenle Anayasa'ya aykırılık teşkil etmediği; ancak mağdur nedeniyle uzlaştırmanın başarısız olduğu hâllerde önödeme imkânı tanınmamasının adil olmadığı yönündeki görüş için bkz. **Erdin**, s. 105.

115 Mevcut düzenlemenin uzlaştırmanın gerçekleştirilemediği hâllerde önödeme usulünün uygulanmasına engel olmadığı şeklinde yorumlanması gerektiği hususunda bkz. **Akbulut/Aksan**, s. 36-37.

116 **Değirmenci**, s. 127.

117 **Değirmenci**, s. 181.

ilişkileri onarıcı bir yönü olmayacağı açıktır.<sup>118</sup> Amaç ve aracın orantılılığı konusundaysa; uzlaştırma kapsamında olan bir suçu işleyen fail ile bu suçla birlikte uzlaştırma kapsamı dışında kalan bir suçu işleyen failin durumunda öngörülen farklılığın suçların ağırlığı dikkate alındığında orantılı olduğu, bu nedenle de hükmün en azından eşitlik ilkesine aykırı olmadığı görüşündeyiz.<sup>119</sup>

### C. Uzlaştırmanın Tarafları Bakımından Eşitlik

#### 1. Mağdur/Suçtan Zarar Gören Bakımından

Mağdur/suçtan zarar gören bakımından eşitliğe aykırılığı ileri sürülen hususlardan ilki, kamu tüzel kişilerinin suçtan zarar gören olduğu suçların uzlaştırma kapsamı dışında bırakılmış olmasıdır. TCK m. 73/8 hükmü 5560 sayılı kanun ile yürürlükten kaldırılmadan önce hükümde yer alan “*suçtan zarar gören gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olup*” ibaresinin eşitlik ilkesine aykırılığı itiraz yolunda ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi öncelikle Anayasa’da belirtilen ilkelere ve ceza hukukunun genel kurallarına aykırı olmadıkça yasa koyucunun hangi suçların uzlaşmaya tâbi olacağını, uzlaşma yöntemini ve şartlarını belirleme konusunda takdir yetkisine sahip olduğunu belirtmiş, “*yasakoyucu devlet ve toplum hayatının sağlıklı, düzenli ve barış içinde sürdürülmesini sağlamak için çeşitli kamu hizmetlerini yerine getirmek üzere kurulan kamu tüzel kişilerinin farklı konumda bulunmaları nedeniyle, gerçek kişilerden ve özel hukuk kişilerinden ceza kanunlarında farklı şekilde korunmalarını ve bunlara karşı işlenen suçlarda uzlaşma yolunun kapalı tutulmasını öngörebilir.*” diyerek eşitlik ilkesine aykırılık olmadığına hükmetmiştir.<sup>120</sup> Öğretideyse kamu gücünü elinde bulunduran kamu tüzel kişileri ile eşit ve özgür iradeye dayalı bir uzlaştırma usulü

---

118 İlişkilerin zedelenmesi açısından bir bütün teşkil edebilen uyumsuzlukların suçlar bakımından ayrıştırılarak bazı suçlarda uzlaştırma usulünün uygulanmış olmasının onarıcı adalet anlayışı kapsamında ilişkilerin onarılıp tarafların barıştırılmasına hizmet edip etmeyeceğinin tartışılması gerektiği konusunda bkz. **Ketizmen**, Uzlaştırma, s. 126.

119 “*Onarıcı adalet ve uzlaştırmaya yüklenen işlev, felsefi temelleri, kurumları doğuran ihtiyaçlar ve sonuçları açısından bakıldığında söz konusu istisnayı haklı görebilmemiz mümkün değildir.*” **Değirmenci**, s. 181. Söz konusu hükmün uzlaştırmanın yaygınlaştırılması amaçlanıyorsa yürürlükten kaldırılması gerektiği yönünde bkz. **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 874.

120 AYM, E. 2006/77, K. 2009/39, 05.03.2009, (RG., 27.03.2010, S. 27534).

uygulanmasının beklenemeyeceği,<sup>121</sup> teklifin yapılacağı makam ya da kişinin belirlenmesinde sorunlar olacağı, uzlaştırmada tarafların menfaatlerinin eşit olması gerektiği ve uzlaştırmanın feragat edilebilir haklara ilişkin olabileceği, kamuya ait haklardan feragat edilmesininse düşünülmemesi<sup>122</sup> bu nedenle tercihin yerinde bir tercih olduğu görüşlerine yer verilmiştir.

Mağdur yönünden eşitlik itirazlarından bir diğeri CMK m. 253/19 hükmünde yer alan “uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz” hükmüdür. Düzenlemenin TCK'nın 73/1-7. hükümleri uyarınca şikayetçi olmayan veya şikayetten vazgeçen mağdur ile uzlaştırma teklifini kabul eden mağdur arasında eşitsiz bir durum yarattığı gerekçesiyle eşitlik ilkesine aykırı olduğu itiraz yolunda ileri sürülmüştür. Başvuruda bu durumda olan mağdurların açıkça şahsi haklarından vazgeçtiğini beyan etmediği hâllerde tazminat davası açma hakkını koruduğu, buna karşılık uzlaştırmayı kabul eden mağdurun zararının giderilip giderilmediği dikkate alınmaksızın kesin bir şekilde tazminat davası açmasının engellendiği, yaratılan bu farklılığın makul düzeyde olmadığı, bu farklılığı haklı gösterir objektif bir dayanağın da bulunmadığı belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi “uzlaşma görüşmeleri esnasında sağlıklı şekilde belirlenmesi güç veya öngörülmesi mümkün olmayan zararlara ilişkin açılacak davalar yönünden herhangi bir ayırım yapılmaksızın uzlaşmanın sağlanması durumunda tazminat davası açılmayacağını düzenleyen kuralla ilgililere katlanamayacakları bir külfet yüklenmiştir. Başka bir deyişle kuralda yargının iş yükünün azaltılması amacıyla mahkemeye erişim hakkına getirilen sınırlama arasında makul bir denge kurulamamıştır.” diyerek Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini düzenleyen m. 13 ve hak arama hürriyetini düzenleyen m. 36 kapsamında değerlendirmeye yetinip hükmü iptal etmiş, bu nedenle ayrıca eşitlik ilkesi yönünden inceleme yapılmasına lüzum görmemiştir.<sup>123</sup>

---

121 Erdal **Yerdelen**, “Uzlaştırmanın Şartları”, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Eğitim Kitabı, Editörler, Mustafa Serdar Özbek, Orhan Cüni, Merve Özcan, 1. Bası, Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı Yayınları, Ankara 2018, s. 56.

122 Mustafa Aydın **Aşık**, 6763 ve 7188 Sayılı Yasa Değişiklikleri ile Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 43.

123 AYM, E. 2023/43, K. 2023/141, 26.07.2023, (RG., 18.10.2023, S. 32343).

## 2. Şüpheli/Sanık Bakımından

Şüpheli/sanık açısından eşitlik ilkesi tartışması en başta maddi edimlerin belirlenmesi konusuna ilişkindir. Uzlaştırma usulünde maddi edim talepleri söz konusu olduğunda, maddi imkânlardan yoksun şüpheli veya sanıklar açısından dezavantajlı bir durum ortaya çıkmakta, aynı suçu işleyen kişilerden ödeme gücü iyi olanlar uzlaştırmayı kabul ederek, ceza yargılamasından kurtulmakta; ödeme gücü olmayan şüpheli veya sanık hakkında ise ceza yargılamasına devam edilmektedir. Öğretide ödeme gücü olanların uzlaştırmayı daha fazla tercih etmesine karşılık failin kendi ekonomik durumuna göre başkaca bir edim belirleyebilmesi dolayısıyla eşitliğe aykırılığın olmadığı ileri sürülmüşse<sup>124</sup> de bu görüşe iştirak etmek mümkün değildir. Nitekim uygulamada mağdurlar tarafından belirlenen edimlerin fail tarafından pazarlık konusu hâline getirilmesi işin doğası gereği pek mümkün olmamaktadır. Mağdurlar uzlaştırmının olumsuz sonuçlanması hâlinde failin cezalandırılması tehdidiyle birlikte müzakerelere katılmaktayken, failer muhakemeye devam edildiği hâllerde daha kötü şeylerle karşılaşabileceği düşüncesiyle maliyeti ne olursa olsun uzlaşmaya çalışmaktadır.<sup>125</sup> Bu gerekçeyle somut gerçeklikte edimin belirlenmesinde eşitlik söylem düzeyinde kalmaktadır. Daha en başta uzlaşmanın sağlanmaması hâlinde ceza alma ihtimali bizatihi bir tehdit olup, uzlaşmanın iradiliğini de tartışmalı hâle getirmektedir.<sup>126</sup> Tarafların özgür iradeleriyle ve rızalarına dayalı olarak bu sürece dahil oldukları ileri sürülmekte ve dahası kanunla düzenlenmekteyse de eşitsizliklerin ve sistemin yapısına özgü çatışmaların göz ardı edilmemesi önem arz etmektedir.<sup>127</sup>

Ceza muhakemesinde eşitlik ilkesinden bahsedildiğinde öncelikle cezai takibata uğrayan kişilerin ait oldukları sosyal tabakadan arı olarak haklarının güvence altına alınması gerektiği, *kişinin cebindeki para miktarının, ceza davasının sonucunu etkileyebilme ihtimalinin olduğu yerde, eşit dağıtılan adaletten söz edilemeyeceği* açıktır.<sup>128</sup> Bu perspektifle uzlaştırmada belirlenen maddi edimlerle ceza adaletinin bir pazarlık meselesi hâline getirilmesi tehlikesi konusunda öğretide çeşitli öneriler

---

124 **Tan**, s. 26.

125 **Brown**, s. 1249 vd.

126 “Kovuşturma makamları ile işbirliği yapan fail, muhakeme hukuku haklarını kullanmakta ısrar edene nazaran daha hafif ceza aldığıında eşitlik ilkesi ihlal edilmektedir.” **Şahin**, s. 254.

127 **Eser**, s. 35.

128 **Taşkın**, s. 30.

ortaya atılmıştır. Öncelikle failin belirleyeceği bir edimin seçilmesi ve daha ziyade mağdur veya toplum için iş görülmesi şeklindeki kamusal edimlere yoğunlaşılması gerektiği, özellikle çocuk failer bakımından parasal durumu iyi olan ile parasal durumu iyi olmayan aileler arasında meydana gelebilecek eşitsizliğin bu şekilde bertaraf edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.<sup>129</sup> Aksi yönde görüş bildirenlere göreyse uzlaştırmanın eşitlik ilkesine göre yürütülmesi önemli olmakla birlikte, bu husus müzakerelerde eşit söz hakkına sahip olmakla ilgilidir. Bu görüşe göre edimin ne şekilde ve hangi yolla ifa edileceğinin belirlenmesinde öncelikle mağdurun söz hakkı bulunmalı, şüpheli veya sanığın mağdurla bu konuda eşit söz hakkına sahip olmaması gerekmektedir.<sup>130</sup>

Öğretide yer verilen önerilerden bir diğeri zararın öncelikle devlet tarafından devreye sokulacak bir fon kanalıyla giderilmesi, sonrasında bunun faile rücu edilerek çalışma suretiyle devlete geri ödemesinin sağlanmasıdır. Böylece ekonomik imkânlardan yoksun olan fail lehine bir imtiyaz tanınacak, zengin ve fakir şüpheli/sanık arasında doğabilecek eşitsizlikler de giderilmiş olacaktır.<sup>131</sup>

Maddi imkânlar üzerinde ortaya çıkabilecek eşitsizlik konusunda bir diğer itiraz uzlaştırmanın, modern teknolojiyi ve iktisadi yapının karmaşıklığını kötüye kullanıp eylemini saklamak konusunda imkânlara sahip suçlular lehine toplumsal sınıf adaleti yaratması endişesidir.<sup>132</sup> Ayrıca beraat etme ihtimali daha düşük olan kişilerin aleyhinde yeterli delil bulunmayan kişilere nazaran uzlaştırma usulünü tercih etme konusunda daha fazla baskı altında hissedeceği ve bu şekilde eşitlik ilkesinin ihlal edileceği ileri sürülmüştür.<sup>133</sup>

Şüpheli/sanık açısından maddi imkânlar dolayısıyla ortaya çıkan eşitsiz durumdan Anayasa Mahkemesi'ne CMK m. 231 hükmünde 5560 sayılı kanun ile getirilen değişikliklerin iptali talebiyle yapılan başvuruda da bahsedilmiş, *“İptali istenen bu düzenleme ile getirilen uzlaşma müessesesinin parası olana suçu satın alma olanağını verdiği de*

---

129 Akbulut/Aksan, s. 237.

130 Dülger/Taşkın, s. 920.

131 Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 882.

132 Eser, s. 42. Bu endişeyi haklı bulmakla birlikte Şahin, böylesi karmaşık suçların ceza muhakemesi yoluyla aydınlatılması ve faillerinin cezalandırılması ihtimalinin düşüklüğü nedeniyle bu suçlarda maddi gerçeğe ulaşmanın yargılamayla da mümkün olmayacağını göz önünde tutulması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Şahin, s. 920.

133 Seydi Kaymaz/Hasan Tahsin Gökcan, Uzlaşma ve Önödeme, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s. 91.

yadsınamaz. Böyle bir durumu hukuk devletinin gerekleriyle bağdaştırma olanağı yoktur. Zengin ve fakir arasında kanunun uygulanmasında farklılık yaratmak, parası olana kimi ceza kanunu maddelerini uygulamamak, toplumsal barışı bozucu nitelikte olduğundan yasaların kamu yararına dayanması ilkesi ile de bağdaşmaz ve dolayısıyla bu nedenle de Anayasanın 2 nci maddesinde ifade edilen hukuk devleti ilkesine ters düşer.” denilmiştir. Anayasa Mahkemesi ise söz konusu itirazları doğrudan değerlendirmemiş, anayasaya aykırılık itirazlarını yasa koyucunun takdir yetkisi kapsamında göreyerek iptal talebini reddetmiştir.<sup>134</sup> Anayasa Mahkemesi benzer itirazlara konu olan<sup>135</sup> teminatla salıverilmeye ilişkin eski tarihli bir kararındaysa “Kanun, kefaletin nevini ve miktarını hâkimin takdirine bırakmıştır. Hâkim takdirini kullanırken tâyin edeceği teminatın sanığın kaçmasını önleyecek miktarda olmasını hesaba katmak zorundadır. Bu bakımdan sanığın malî durumunu gözönünde tutması gerekeceğinden ortada Anayasa'nın 12 nci maddesindeki hukuki eşitlik prensibinin ihlâli ve varlıklı kişilere imtiyaz tanınması gibi bir durum söz konusu olamaz.” diyerek hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığına hükmetmiştir.<sup>136</sup> Görülüyor ki Anayasa Mahkemesi benzer yönde ileri sürülen itirazlar bakımından kimi zaman esasa ilişkin değerlendirmelerde bulunmakta, kimi zaman ise düzenlemenin yasama yetkisi kapsamında olduğu gerekçesiyle özlü değerlendirmeler yapmaktan kaçınmaktadır.

Belirtelim ki bu perspektifle dile getirilen eşitlik itirazları üst başlık olarak hukuk devleti ilkesi özel olarak da sosyal eşitlik bağlamında ele alınabilir. Ekonomik yönden dezavantajlı olan şüpheli/sanıklar hakkında maddi imkânların sağlanması veya başkaca bir çözümün ortaya konulması uzlaştırma kurumunun adil bir ceza muhakemesi kurumu olduğu yönünde inancın sağlanabilmesi bakımından da önem arz etmektedir. Nitekim kurumun bir pazarlık aracı olarak kullanılması, ceza hukuku ve yargılamasının bireyler üzerindeki etkisini azaltacak,<sup>137</sup> toplumsal sınıf

---

134 AYM, E. 2007/14, K. 2009/48, 12.03.2009, (RG., 25.06.2009, S. 27269).

135 “Ceza Muhakemeleri Usulü kanununun kefaletle tahliyeyle ilişkin 117 nci maddesinin 1 inci fıkrası hükmünce; kaçma şüphesini uyandıracak vakıalar bulunması sebebiyle tutuklanan iki maznundan zengin ve varlıklı olanın mahkeme tarafından takdir edilecek kefaleti vermesi şartıyla tutuklanmasından vazgeçilebilecek, diğeri fakir ve varlıksız olduğundan kefalet veremeyeceği için tutuklanmasından vazgeçilmesini isteyemeyecektir. Bu madde ile, Anayasa'nın 12 nci maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı olarak varlıklı kişilere imtiyaz tanınmış olmaktadır.” Bkz. AYM, E. 1963/200, K. 1963/110, 13.05.1963, (RG., 18.09.1963, S. 11508).

136 AYM, E. 1963/200, K. 1963/110, 13.05.1963, (RG., 18.09.1963, S. 11508).

137 Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 867.



adaleti yaratılmasıyla ceza muhakemesinin uzlaştırma kurumu ile ön plana çıkardığı toplumsal barışın sağlanması amacı tehlikeye düşürülecektir. Böylece uzun yargılamalar yerine çabuk ve tarafları daha fazla gözeten uzlaştırma usulüyle ulaşılması hedeflenen toplumsal barış, toplumda bazı sınıflara özgü bir adaleti sağlama kurumu olarak ortaya çıktığında bilakis bozulacaktır.

Soyut olarak ve norm düzeyinde herkesin yararlanmasının mümkün olduğu ileri sürülebilirse de eylemli olarak yalnızca bazı kişilerin, bu örnekte maddi imkânları olan kişilerin, uzlaştırmadan yararlanabilmesi eşitlik ilkesi bakımından problemlidir.<sup>138</sup> Bu hâliyle sorun daha ziyade yasama organıyla çözüme kavuşturulması gereken bir sorun gibi görünmektedir.<sup>139</sup> Nitekim nelerin eşitleneceği hususunda takdir yetkisi yasama organındadır. Yukarıda da ifade edildiği üzere maddi imkânlardan yoksun kişilere, bu imkânı sağlayacak program veya uygulamaların devreye sokulmasına yönelik düzenlemeler yapılması önem arz etmektedir. Öğretide önerildiği gibi maddi edimin öncelikle devlet tarafından yerine getirilmesi, sonrasında bunun faile rücu edilerek çalışma suretiyle devlete geri ödenmesinin sağlanması gibi alternatif bir yöntem öngörülebilir. Bunun yanında özgül bir eşitlik tanımı ortaya koymayan anayasal eşitlik ilkesinin yargısal yorumuyla da söz konusu eşitsizliğin tespitinin mümkün olabileceği kanaatindeyiz. Ne var ki Anayasa Mahkemesi birçok kararında anayasal sınırlar içinde yasama yetkisi kapsamında gördüğü eşitlik itirazlarını doğrudan değerlendirmemekte, eylemli-hukuki eşitlik tercihinde hukuki eşitliğin korunduğu yorumuyla da maddi eşitliğin bir boyutu olan sosyal eşitlik kapsamında herhangi bir değerlendirme yapmamayı tercih etmektedir. Oysa Anayasa'nın sosyal eşitlik bağlamında ele alınabilecek hükümleri bir yana m. 10 hükmü böylesi bir eşitlik yorumunu dışlayıcı niteliği haiz değildir. Esasen bu değerlendirmeyi yapmak için kanun koyucunun takdir yetkisinin sınırlarını belirlemek adına önceden bir formül ortaya koymanın imkânsızlığını kabul etmekle birlikte, daha geniş nitelikte bir eşitlik ilkesi yorumu yapmanın en azından uzlaştırma kapsamında ileri sürülen itirazlar bağlamında ihtiyaç olduğu düşüncesindeyiz. Nitekim eşitliğin, yukarıda ifade edildiği üzere, herhangi bir hakkın ve imkânın maddi sonuçlarında eşitliğin sağlanması için sosyal gerçekliklerin göz önünde tutulması ve

---

138 Eser, s. 36, 42.

139 Ekonomik imkânlardan yoksun sanıkların savunma haklarının anayasal olarak koruma altına alınması gerektiği bahsinde aynı yönde bkz. Taşkın, s. 32.

sosyal açıdan eşitliğin temin edilmesi gerekliliği olarak anlaşılması, sosyal hukuk devletinin de bir gereğidir.

#### **D. Hâkimin Tarafsızlığı ve Eşitlik**

Uzlaştırmada şüpheli/sanık bakımından eşitsizlik itirazlarına neden olan hususlardan biri, uzlaştırma sürecini tüketen failin uzlaştırmanın olumsuz sonuçlandığı ve yargılandığı hâllerde hâkimin önyargısıyla karşılaşabileceği riskidir. Buradaki eşitsizlik uzlaştırma sürecine dahil olup özellikle uzlaştırma teklifini kabul eden ancak müzakere aşamasında bir nedenle uzlaşmayan fail ile uzlaştırma teklifini reddeden failin muhakemesinde görünür olabilecektir. Esasen kanun koyucu bu riski öngörerek CMK m. 253/20 ile “*Uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar, herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamaz.*” hükmüne yer vermiştir. Bu hükme rağmen uzlaştırmaya ilişkin bilgilerin dava dosyasında bulunuyor olması hâkimin tarafsızlığı hususunda endişe yaratmaktadır.<sup>140</sup> Böylesi bir durumda uzlaştırma usulünü tüketen fail ile uzlaştırma yoluna gitmeyen failin yargılanmalarında uzlaştırma usulünü tüketen fail aleyhine eşitsizlik söz konusu olmaktadır. Bu nedenle uzlaştırmaya ilişkin evrakların dava dosyasından çıkarılmasını öngören bir yasal düzenleme yapılması, söz konusu eşitsizliğin ortadan kaldırılmasında ve hâkimin tarafsızlığının sağlanmasında etkili bir çözüm olabilecektir.

#### **SONUÇ**

İnsanlar açısından eşitlik duygusu ve bu yönde talepler, adalet ve özgürlük idealleri yönündeki uğraşlarda her zaman merkezi bir rol oynamış, taleplerin içeriği dönemin siyasi ve sosyal koşullarına göre şekillenmiştir. 18. yüzyıl itibariyle normatif olarak anayasalarda yer almaya başlayan eşitliğin anlaşılma ve uygulanma biçimi de bu koşullara paralel şekilde değişmiştir. İlk olarak yasa önünde eşitlik temelinde gelişen ilke sosyal devlet anlayışının ortaya çıkmasıyla sosyal eşitliği de içeren bir anlama kavuşmuştur. Anayasa mahkemelerinin yaygınlaşması ve ilkeye uluslararası sözleşmelerde yer verilip denetim mekanizmaları öngörülmesiyle güvenceli hâle gelen eşitlik, 20. yüzyıl itibariyle dava edilebilir hukuki bir talep olarak kabul görmeye başlamıştır.

Doğası gereği karmaşık yapıda olan ve anayasalarda güvence altına alınırken özgül bir tanımına yer verilmeyen bu ilkenin ne şekilde

---

140 Soygüt Arslan, s. 82 vd.

korunduğu, farklı anlamlarını ne ölçüde içerdiği hususu yoruma muhtaçtır. Norm denetimi bağlamında bu yorum yargısal düzeyde en başta Anayasa Mahkemesi tarafından ortaya konulmakta, kanun koyucunun takdir yetkisinin sınırı belirlenmektedir.

Uzlaştırma kurumunu düzenleyen hükümler de yürürlüğe girdiği günden beri pek çok kez Anayasa'ya aykırılık iddialarıyla Anayasa Mahkemesi önüne götürülmüş, Mahkeme tarafından eşitlik ilkesi yönünden değerlendirmeler yapılmıştır. Hem genel olarak Anayasa Mahkemesi'nin eşitlik ilkesine yönelik değerlendirmeleri hem de öğretide ileri sürülen eşitlik itirazları ışığında çalışmada aşağıdaki tespit ve önerilere dikkat çekilmiştir:

- Genel bir yorum olarak uzlaştırma kurumunun eşitlik ilkesine aykırılık iddiaları, Mahkeme nezdinde yasama yetkisi kapsamında görülerek yargı denetimi dışında bırakılmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin bu tutumu yasama yetkisine müdahale anlamına gelecek yorumlardan kaçınmak konusunda haklı görülebilirse de yasamanın yetkisini eşitlik ilkesine uygun kullanıp kullanmadığı konusunda ayrıntılı bir inceleme yapılmaması yasama karşısında eşitlik ilkesinin güvencesizliğini sonuçlayabilmesi bakımından yerinde değildir. Ancak böylesi bir inceleme yapılırken de yasama yetkisinin sınırları konusunda hassasiyet gösterilmesi zorunludur. Diğer yandan Mahkeme, genel olarak eşitlik ilkesi yorumlarında ilkenin salt kanun önünde eşitliği ifade eden şekli eşitliği değil, kanun hükümlerinin içerikleri itibarıyla eşit olmalarını gerektiren maddi eşitliği de içeren bir anlama sahip olduğunu kabul etmektedir. Buna karşılık pek çok kararında Anayasa ile korunan eşitliğin hukuki eşitlik olduğunu eylemli eşitlik olmadığını vurgulayan Anayasa Mahkemesi'nin, maddi eşitliği sosyal eşitliği de içeren bir kavram olarak okumadığı görülmektedir. Bu yaklaşım sosyal hukuk devletinde eşitlik ilkesiyle uyumlu değildir.

- Uzlaştırmada eşitlik ilkesine aykırılık iddiaları arasında dikkat çektiğimiz hükümlerden biri, önödemedeki uzlaştırma kapsamındaki suçların hariç tutulmasını öngören TCK m. 75/1 düzenlemesidir. Mahkeme bu hükmün de anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdirinde olduğuna hükmetmiş, farklı hukuki durumlar tespitinde bulunmakla yetinerek, kendi pratiğine uygun olarak sınıflandırmanın haklılığı ve ölçülülüğü konusunda ayrıntılı bir inceleme yapmamıştır. Kanun koyucunun mağdurun iradesine başka bir deyişle onarıcı adalet anlayışına öncelik vererek uzlaştırma kapsamındaki suçları önödeme kapsamından çıkarmasının takdir yetkisi kapsamında olduğuna şüphe

yoktur, bu anlamda sınırlandırma meşru bir amaca hizmet etmektedir. Ancak hafif nitelikteki bir suç işlemesine karşılık gerçekleştirdiği haksızlığı gidermeye istekli olan bir fail önödemediği yararlandırılırken, uzlaştırma kapsamında olan ve yine hafif nitelikte bir suç işleyen diğer bir failin gerçekleştirdiği haksızlığı gidermeye istekli olmasına rağmen önödemediği yararlandırılmamasının, benzer amaçlara hizmet eden iki kurum kapsamındaki suçların failleri bakımından amaçla orantılı bir farklılaştırmaya dayanmadığı, bu nedenle hükmün eşitlik ilkesini ihlal ettiği kanaatindeyiz.

- Uzlaştırmanın eşitlik ilkesine aykırılığı konusunda dikkat çekici hususlardan bir diğeri ve belki de en önemlisi maddi edimlerin belirlendiği hâllerde maddi imkânlardan yoksun olan şüpheli ve sanıkların, ödeme gücüne sahip şüpheli veya sanıklar karşısındaki dezavantajlı durumudur. Kanunda edimin doğrudan mağdur tarafından belirlenmesine ilişkin bir kayıt bulunmamasıyla birlikte, işin doğası gereği edimin fail tarafından belirlenmesi imkânı çoğunlukla mümkün olmamaktadır. Böylece failin kaderi mağdur tarafından belirlenmekte, mağdur tarafından maddi edimlerin talep edildiği hâllerdeyse uzlaştırma maddi olanakları yetersiz faillerin dahil olmadığı bazı sınıflara özgü bir adaleti sağlama usulüne dönüşmektedir. Bu durum ceza muhakemesinde uzlaştırma kurumunun öngörülmesinde ön plana çıkan toplumsal barışın sağlanması amacıyla da bağdaşmamaktadır. Soyut olarak ve norm düzeyinde herkesin yararlanabileceği bu kurumdan eylemli olarak yalnızca maddi olanakları olan kişilerin yararlanması eşitlik ilkesine aykırıdır. Bu bağlamda ekonomik yönden dezavantajlı şüpheli/sanık açısından öğretilde önerildiği gibi maddi edimin öncelikle devlet tarafından yerine getirilmesi, sonrasında bunun faile rücu edilerek çalışma suretiyle devlete geri ödenmesinin sağlanması gibi alternatif bir yöntemin öngörülmesinin sosyal hukuk devletinde eşitlik ilkesinin anlamına uygun bir çözüm olacağı kanaatindeyiz.

**KAYNAKÇA**

- Ağtaş, Özkan**, Ceza ve Adalet, 1. Bası, Metis Yayınevi, İstanbul 2013.
- Ağaoğulları, Mehmet Ali**, “Aydınlanma: Düşünceler Yumağı”. Sokrates’ten Jakobenlere Batı’da Siyasal Düşünceler, Editör, Mehmet Ali Ağaoğulları, 1. Bası, İletişim Yayınları, İstanbul 2011, s. 517-540 (Aydınlanma).
- Ağaoğulları, Mehmet Ali**, “Fransız Devrimi: Halk Sahneye Çıkıyor”, Sokrates’ten Jakobenlere Batı’da Siyasal Düşünceler, Editör, Mehmet Ali Ağaoğulları, 1. Bası, İletişim Yayınları, İstanbul 2011, s. 597-5631 (Fransız).
- Akbulut, Berrin/Aksan, Murat**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019.
- Akın, İlhan F.**, Kamu Hukuku, 6. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 1990.
- Akyılmaz, Gül**, Siyasi Tarih, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Aral, Vecdi**, Beklediğimiz ve Bizden Beklenen Adalet, 1. Bası, İstanbul 2014.
- Aristoteles, Nikomakhos’a Etik Bütün Yapıtları 5**, Çev. Furkan Akderin, 1. Bası, Say Yayınevi, İstanbul 2014.
- Arslan, Uğur**, “Ceza Hukukunun Metalaşması Olarak Uzlaştırma Kurumu”, 7. Uluslararası Asos Congress Hukuk Sempozyumu (Türkiye, 27-29 Mayıs, 2021).
- Artuk, Mehmet Emin/Çınar, Ali Rıza**, “Yeni Bir Türk Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler”, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap, Editör, Teoman Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004, s. 37-85.
- Aşık, Mustafa Aydın**, 6763 ve 7188 Sayılı Yasa Değişiklikleri ile Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, 1. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.
- Balan, Arzu**, “Neoliberalizmin Sonucu Olarak Arabuluculuk ve Uzlaştırma: Benzerlikler ve Farklılıklar”, 7. Uluslararası Asos Congress Hukuk Sempozyumu (Türkiye, 27-29 Mayıs, 2021).
- Baytaç, Abdullah Batuhan**, “Onarıcı Adalete Genel Bir Bakış”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 71, S. 1, 2013, s. 117-130.
- Brown, Jennifer Gerarda**, “The Use of Mediation to Resolve Criminal Cases: A Procedural Critique”, Emory Law Journal, C. 43, S. 4, 1994, s. 1247-1310.
- Cohen, Amy**, “Moral Restorative Justice: A Political Genealogy of Activism and Neoliberalism in the United States”, Minnesota Law Review, C. 7, 2019, s. 889-953.

**Cunneen**, Chris, “Restorative Justice, Globalisation and the Logic of Empire”, *Borders and Transnational Crime: Pre-Crime, Mobility and Serious Harm in an Age of Globalisation*, Editör, J. McCulloch ve S. Pickering, Palgrave Macmillan, 2013, s. 99-113.

**Değirmenci**, Olgun, *Onarıcı Adalet Uygulaması Olarak Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma*, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021.

**Dülger**, Murat Volkan/**Taşkın**, Şaban Cankat, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 1. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023.

**Erdin**, Selim, *Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Önödeme*, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.

**Ersoy**, Uğur, “Ceza Hukukunda Uzlaşma”, *Hukuk Gündemi Dergisi*, S. 2, 2005, s. 64-68.

**Eser**, Albin, “Ceza Muhakemesi Hukuku İlkelerindeki Değişme: Ceza Muhakemesi Tekrar Özelleşiyor mu?”, Çev. Feridun Yenisey, Selami Kuran, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 10. Yılı Adliye ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu*, Marmara Üniversitesi Teknik Eğitim Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Matbaası, İstanbul 1993, s. 19-64.

**Evren**, Orhan, *Neoliberalizm ve Onarıcı Adaletin Politik Rasyonalitesi*, Yüksek Lisans Tezi, T. C. Selçuk Üniversitesi SBE, 2023.

**Gazier**, François/**Gentot**, Michel/**Genevois**, Bruno, “1789 İlke ve Düşüncelerinin, Anayasa Konseyi ve Conseil D’etat Kararlarına Etkisi”, Çev. Celal Erkut, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 10, S. 1-3, 1989, s. 78-123.

**Gökçen**, Ahmet, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 1987.

**Gören**, Zafer, “Genel Eşitlik İlkesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Cevdet Yavuz’a Armağan*, C. 22, S. 3, 2016, s. 3279-3300.

**Güriz**, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, 11. Bası, Siyasal Kitabevi, Ankara 2015.

**Güzelsarı**, Selime, *Küresel Kapitalizm ve Devletin Dönüşümü Türkiye’de Mali İdarede Yeniden Yapılanma*, Sosyal Araştırmalar Vakfı Yayınları, İstanbul 2008.

**Haubrich**, Dirk, “Equality”, *International Encyclopedia of the Social Sciences Volume 2*, 2. Bası, Macmillan Reference, USA 2008, s. 616-619.

**İba**, Şeref, *Anayasa Dersleri Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku*, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2022.

**İnceoğlu**, Sibel, “Mahkeme Kararlarında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, C. 4, S. 11, 2006, s. 45-62.

**Karakehya**, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.

**Kaymaz**, Seydi/**Gökcan**, Hasan Tahsin, Uzlaşma ve Önödeme, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007.

**Ketizmen**, Muammer, “Uzlaşmanın Sirayet Etmezliği İlkesinin Bir Sonucu Olarak Mağdurun Yargılanacak Kişiyi Seçebilme Yetkisi”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, 2012, s. 1-10, (Sirayet).

**Ketizmen**, Muammer, Cezalandırıcı Adaletten Onarıcı Adalete: Türk Ceza Hukukunda Uzlaştırma, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, (Uzlaştırma).

**Kilchling**, Michael, “Victim-Offender Mediation with Juvenile Offenders in Germany”, Victim-Offender Mediation with Youth Offenders in Europe, Editörler, Anna Mestitz/Simona Ghetti, Springer, Hollanda 2005, s. 229-258.

**Kili**, Suna/**Gözübüyük**, A. Şeref, Sened-i İttifak’tan Günümüze Türk Anayasa Metinleri, 3. Bası, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2006.

**Luchaire**, François, “1789 Beyannamesinin Güncelleştirilmiş Anlamı”, Çev. Aydın Gülan, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C. 10, S. 1-3, 1989, s. 126-142.

**O’Regan**, Kate/**Friedman**, Nick. “Equality”, Comparative Constitutional Law, Editörler Tom Ginsburg, Rosalind Dixon, Edward Elgar Publishing, Cheltenham UK 2011.

**Öden**, Merih, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2003.

**Özbek**, Mustafa, “Çağdaş Ceza Adaleti Sistemlerinde Alternatif Çözüm Arayışları ve Arabuluculuk Uygulaması”, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma, Haz. Feridun Yenisey, 1. Bası, Arıkan Basım Yayım, İstanbul 2005, s. 85-158.

**Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.

**Özbudun**, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 21. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2021.

**Özdek**, Yasemin, Şirket Egemenliği Çağı Sosyal Devletten Ceza Devletine, 1. Bası, Notabene Yayınları, Ankara 2011.

**Öztürk**, Bahri, “Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Kültür Üniversitesi ve İstanbul Barosu Tarafından Düzenlenen TCK Tasarısı Çalışma Grubu Toplantı Notları”, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap, Editör, Teoman Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004, s. 319-327.

**Öztürk**, Bahri/**Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sırma Gezer**, Özge/**Saygılar**, Yasemin Filiz/**Alan**, Esra/**Erden Tütüncü**, Efser/**Özaydın**, Özdem/**Tok**, Mehmet Can, Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, Editör, Bahri Öztürk, 10. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023.

**Öztürk**, Namık Kemal, Anayasa Hukuku, 3. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021.

**Sattler**, Patricia L., “Suç Mağdurları Hakları Yasası: Laf Kalabalığı Mı, Hakikat Mi?”, Çev. Jülide Yaşar, Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur ve Suçtan Zarar Görenin Hakları, Editörler, Yener Ünver ve Kerem Öz, 1. Bası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku 23 Prof. Dr. Osman İsfen’e Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 483-503.

**Sokullu-Akıncı**, Füsun/**Dursun**, Selman, Viktimoloji (Mağdurbilim), 3. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2016.

**Soygüt Arslan**, Mualla Buket, “Ceza Muhakemesinde Uzlaşma: Temel Sorunlar ve Öneriler”, Suç ve Ceza Dergisi, S. 3, 2008.

**Soysal**, Tamer, “Türk Ceza Hukukunda Uzlaşma”, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma, Haz. Feridun Yenisey, 1. Bası, Arıkan Basım Yayınevi, İstanbul 2005, s. 203-246.

**Sürmeli Kale**, Hazal, Metalaşma Bağlamında Hukukta Yapısal Dönüşüm ve Uzlaştırma, Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi SBE, 2023.

**Şahin**, Cumhur, “Ceza Muhakemesinde Uzlaşma”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan, C. 6, S. 1-2, 1998, s. 221-297.

**Şahin**, Cumhur/**Göktürk**, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 12. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.

**Tan**, Hülya, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, 1. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.

**Taşkın**, Ozan Ercan, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Eşitlik İlkesi”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 11, S. 122, 2016, s. 24-33.

**Temiz Gül**, Yağmur, “Mağdur Haklarında Yaşanan Güncel Gelişmelerin Türk Ceza Hukukuna Etkileri”, Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur ve Suçtan Zarar Görenin Hakları, Editörler, Yener Ünver, Kerem Öz, 1. Bası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku 23 Prof. Dr. Osman İsfen’e Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 383-410.

**Toroslu**, Nevzat/**Ersoy**, Yüksel, “Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı”, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap, Editör, Teoman Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004, s. 1-21.

**Tosun**, Öztekin, “Ceza Davasının Açılmasında Sistemler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 3-4, S. 1-4, 1968, s. 42-71.



**Uğur**, Hüsamettin, “Ceza Muhakemesinde Kovuşturma Mecburiyeti İlkesinden Maslahata Uygunluk İlkesine”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 73, 2007, s. 256-288.

**Uludağ**, Şener, “Onarıcı ve Cezalandırıcı Adalet: Paradigma Değişikliğini Tetikleyen Şartlar”, Polis Bilimleri Dergisi, C. 13, S. 4, 2011, s. 127-151.

**Wahlin**, Lottie, “Victim-Offender Mediation in Sweden”, Victim-Offender Mediation with Youth Offenders in Europe, Editörler, Anna Mestitz/Simona Ghetti, Springer, Hollanda 2005, s. 77-100

**Wergens**, Anna, “Devletsiz Suçun Mağdurları için İnsan Hakları: Mağdurları Ciddiye Almak? Bölüm 2 Mağdur Hakları”, Çev. Salim Işık, Yavuz Selim Değerli, Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur ve Suçtan Zarar Görenin Hakları, Editörler, Yener Ünver, Kerem Öz, 1. Bası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku 23 Prof. Dr. Osman İsfen’e Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 79-134.

**Yavuz**, Hakan Abdülhamid, “Onarıcı Adalet ve Uzlaştırma Kurumu Bağlamında Ceza Adalet Sisteminde Mağdurun Konumu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 23, 2015, s. 85-115.

**Yenisey**, Feridun/**Nuhoğlu**, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.

**Yerdelen**, Erdal, “Uzlaştırmanın Şartları”, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Eğitim Kitabı, Editörler, Mustafa Serdar Özbek, Orhan Cüni, Merve Özcan, 1. Bası, Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı Yayınları, Ankara 2018, s. 55-68.

**Yurtcan**, Erdener, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi (CMK), 9. Bası, Seçkin Yayınevi, İstanbul 2019.

**Yurtcan**, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 4. Bası, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1991.

**Zafer**, Hamide, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Özelleşme Eğilimi: Uzlaşma”, Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, Alkim Yayınevi, İstanbul 2003, s. 727-752.





# Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 28 Sayı/No: 1 Haziran/June 2024

## Yargıçların Sosyal Rolü ve Yükümlülükleri

### The Social Role and the Obligations of Judges

  Dr. Fatma İrem ÇAĞLAR GÜRGEY\*

 10.60002/ebyuhfd.1460882

#### ÖZET

"Sosyal rol" kavramı, son dönemlerde felsefenin bir dalı olarak "etik" ve özel olarak akademik hukuk disiplininin bir dalı olarak "hukuk etiği" çalışmalarında ele alınan konulardan birisi haline gelmiştir. Bu bağlamda yargıçların sosyal rolleri, bu rolü belirleyen normlar ve bu normlardan kaynaklanan yükümlülükler hukuk felsefesi içindeki çeşitli hukuk kavrayışları bağlamında tartışılmaktadır. Bu çalışmada bir sosyal rol olarak yargıçlık bir kapsayıcı hukuki pozitivist olarak Herbert Lionel Adolphus Hart'ın hukuk teorisi ve bu teoriden etkilenen hukukçuların görüşlerinden yararlanılarak ortaya konulacaktır. Bu bağlamda yargıçların sosyal rolleriyle ilintili hukuka başvurma, hukuku koruma, hukuku düzeltme yükümlülükleri ele alınacaktır. Yargıçların hukuku koruma yükümlülükleri bağlamında bağımsızlık, tarafsızlık ve bütünlük değerleri analiz edilecektir. Ancak söz konusu üç yükümlülük kategorisine geçmeden önce sosyal rol kavramı üzerine yapılmış olan analizler kısaca ortaya konulacaktır.

\* MEF Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

**Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article**

**Geliş/Received: 28.03.2024 | Kabul/Accepted: 01.05.2024.**

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

**Atf/Cite as:** Fatma İrem Çağlar Gürgey, "Yargıçların Sosyal Rolü ve Yükümlülükleri", EBYÜ-HFD, C. 28, S. 1, Haziran 2024, s. (175-205).



Bu makale **Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Sosyal Rol, İçsel Bakış Açısı, Kötü Adam, Yargı Etiği, Bağımsızlık, Tarafsızlık, Bütünlük.

## ABSTRACT

Recent scholarly discussions in ethics -as a branch of philosophy- particularly within legal ethics -a subset of academic law- have focused on the concept of “social role”. This study delves into the social role of judges, scrutinizing the norms that shape this judicial role and the ensuing obligations in legal philosophy. It adopts Herbert Lionel Adolphus Hart’s inclusive legal positivist approach, along with insights from legal theorist influenced by him to present the judge’s social role, core obligations such as law-applying, law- protecting, and law-improving. The study will examine the judicial values of independence, impartiality, and integrity, analysing how these values underpin judges’ law-protecting obligations. Before discussing these three categories of obligations, a concise overview of the existing analyses on the “social role” concept will be provided.

**Keywords:** Social Role, Internal Point of View, Bad Man, Judicial Ethics, Independence, Impartiality, Integrity.

## GİRİŞ

Felsefenin bir dalı olarak etik alanındaki çalışmalara bakıldığında sosyal rol konusuna nadiren yer verildiği görülür. Ancak son zamanlarda hukuk, tıp, askerlik, toplumsal cinsiyet ve aile gibi konular bağlamında sosyal roller ve etik ilişkisine akademik alanda daha fazla ilgi gösterilmektedir. Bu bağlamda hukuk meslekleri ve etik meselesini tartışan çalışmalarda sosyal rol yükümlülükleri ve etik ilişkisine yer verilmektedir. Bir sosyal rol olarak yargıçlık mesleğiyle ilişkili yükümlülüklerinin ne olduğu ve bunların bağlayıcı olup olmadığı soruları söz konusu tartışma konularındandır. Hukuk felsefesinin temel sorunsalı olan hukukun neliğine ilişkin yaklaşımlara paralel olarak yargıçların hukukla kurdukları ilişki farklılaşmaktadır. Bu çalışmada odak olarak hukuki pozitivizm tartışmalarında Hart’ın düşüncelerinden etkilenen hukuk felsefecilerinin görüşlerinden yararlanılarak, yargıçlık rolü ve yükümlülükleri ele alınacaktır. Hukuk felsefesinin başat eserlerinden “The Concept of Law”<sup>1</sup> adlı kitabında Hart, bir hukuk tanımı yapmayı amaçlamadığını açıkça belirtmesine<sup>2</sup> rağmen bir hukuk sistemi tanımı yaptığı görülmektedir.<sup>3</sup> Hart’a göre bir hukuk sisteminin varoluşu iki

---

1 Herbert Lionel Adolphus **Hart**, *The Concept of Law*, 2. Bası, Oxford University Press, Oxford 1994.

2 **Hart**, s. 17.

3 Matthew H. **Kramer**, *H.L.A. Hart*, Polity Press, Cambridge 2018, s. 7.

temel koşula bağlıdır. Bu koşulları sağlamayan sistemler hukuk sistemi olarak kabul edilemeyeceklerdir. Hart'a göre her tanım sınırlandırmayı gerektirir ki kendisi de hukuk sisteminin sınırlarını belirlemiştir. Buna göre bir hukuk sisteminin varoluşu, tanıma normundaki geçerlilik ölçütüne uygun olarak çıkarılmış davranışları düzenleyen birincil kurallara vatandaşların genelinin itaat etmesine ve hukuki geçerlilik ölçütünü barındıran tanıma kuralları, değiştirme kuralları ve muhakeme kurallarının yetkililer tarafından ortak kamusal ölçüt olarak etkin bir şekilde kabul edilmesine bağlıdır.<sup>4</sup> Bir yetkili grubu olarak yargıçların hukuku kabul etmesi hukuk sisteminin var oluş koşulu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu aynı zamanda hukukun sosyal olgu boyutunu da ortaya koymaktadır.<sup>5</sup> Bu bağlamda yargıçların sosyal rolleri, bu rolleri belirleyen normlar ve rollerden kaynaklanan yükümlülükler sisteminin belirleyicileridir. Sınırlı olmamakla birlikte hukuki pozitivizm açısından yargıçların üç temel rol yükümlülükleri bulunmaktadır. Bunlar, hukuka başvurma, hukuku düzeltme ve hukuku koruma yükümlülükleridir.<sup>6</sup> Bu çalışmada söz konusu üç yükümlülük çerçevesinde “yargıçlık sosyal rolü” kavramı ortaya konulacaktır. Ancak öncesinde ilk bölümde sosyal rol kavramı kısaca analiz edilecektir.

## I. “SOSYAL ROL” KAVRAMI

Sosyal rol kavramının<sup>7</sup> ne olduğuna ilişkin farklı kavrayışlar vardır. Bunlardan bir kısmı kavramı biyoloji temelli değil, kurumsal olarak ele

---

4 Hart, s. 216.

5 Gülriz Uygur, “Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 3, 2003, s. 153.

6 Leslie Green, *The Germ of Justice*, Oxford University Press, Oxford 2023, s. 233.

7 1934 yılında G.H. Mead sosyal bilim literatüründe “rol” kavramına ilişkin ilk yaklaşımlardan birisini ortaya koymuştur. (George Herbert Mead, *Zihin, Benlik ve Toplum*, çev: Yeşim Erdem, Heretik Yayınları, Ankara 2019). Benzer dönemde R. Linton rolü statüye bağlayarak alternatif bir yaklaşım sunmuştur. Linton'a göre *rol*, bir statünün dinamik yönünü temsil eder. Birey sosyal olarak bir statüye atanır ve onu diğer statülerle ilişki içinde işgal eder. Statüyü oluşturan hak ve ödevleri yürürlüğe koyduğunda bir rol icra etmektedir. Rol ve statü birbirinden ayrılamaz. Statüsüz roller veya rolsüz statüler yoktur. Tıpkı statü durumunda olduğu gibi, rol terimi çift anlamlı olarak kullanılır. Her bireyin katıldığı çeşitli kalıplardan kaynaklanan bir dizi rolü ve aynı zamanda bu rollerin toplamını temsil eden ve toplumu için ne yaptığını ve ondan ne bekleyebileceğini belirleyen genel bir rolü vardır. (Ralph Linton, *The Study of Man*, Appleton-Century-Crofts, Inc, New York 1936, s. 114). Linton'un rol ve statüyü kavramlarını iç içe ele alış belirsizliklere yol açmıştır. Statünün dinamik yönü olarak rol, bazıları tarafından statü olarak ele alınmış, bazıları tarafından rol ve

alınmaktadır. Söz konusu kurumsal kavrayış çerçevesinde örneğin birinin kız kardeşi olmak biyolojiyle temellendirildiğinde sosyal rol olarak kabul edilmemektedir.<sup>8</sup> Bu çalışmada yargıçlık rolüne odaklanılması sebebiyle kurumsal sosyal rol kavrayışı esas alınacaktır. Kurumsal sosyal rollerin en önemli unsuru sosyal rolden türeyen normların ve yükümlülüklerin sözleşmeye dayalı olmasıdır. Bireyin kendi özgür iradesiyle seçtiği bir sosyal rol ve bu seçiminin koşullarını belirleyen bir sözleşme olması sosyal rolün kurumsal boyutunu ortaya koymaktadır. Bu bağlamda tüm sosyal rollerin üç temel özelliğe sahip olduğu öne sürülmektedir. Hepsi bireyler tarafından işgal edilmektedirler, gerçekleştirilmektedirler ve bir tür sosyal işleve sahiptirler.<sup>9</sup> Bir sosyal rol olarak yargıçlık bu üç özellikten her birine sahip gözükmekle beraber kurumsal boyutuyla rıza unsurunu da taşımaktadır. Özellikle modern hukuk sistemlerinde yargıçlık mesleği yapay zekâ teknolojisiyle (*AI based judging*)<sup>10</sup> değil de, insanlar tarafından icra edildiğinde kimsenin iradesi dışında yargıçlık sosyal rolünü işgal etmesi kural olarak mümkün gözükmemektedir. Yargıçlık dahil tüm kurumsal sosyal rollere bağlı ve onlardan kaynaklanan normlar bulunmaktadır. Rol yükümlülükleri zorlayıcı gücünü ahlaki gerekliliklerden, normlardan almaktadırlar. Ancak kurumsal rollere bağlı norm yükümlerinin ahlaki olduğu kadar hukuki boyutu da bulunabilmektedir. İnsanların biyolojileri ya da sosyal aidiyetleri nedeniyle kendilerini içinde buldukları sosyal rolleri bu tip rol yükümlülükleri yaratmayabilir. Ronald Dworkin'in ortak rol yükümlülüğü olarak tanımladığı kardeşlik, komşuluk, arkadaşlık gibi insanın biyolojisi veya sosyal gruba mensubiyetiyle ortaya çıkan sosyal ilişkilerinden kaynaklanan yükümlülükleri kurumsal rol

---

yükümlülükler olarak yorumlanmıştır. (Ralph H. **Turner**, "Rol ve Statü", Sosyolojik Düşünce Sözlüğü içinde, haz: Massimo Borlandi, Raymond Boudon, Mohamed Cherkaoui, Bernard Valade, çev: Bülent Arıbaş, İletişim Yayınları, İstanbul 2011, s. 619). Bu çalışmada söz konusu ayrımın belirsizliği sebebiyle sadece rol kavramı kullanılacaktır. Ek olarak felsefi yargı etiğine ilişkin literatürde yaygın olarak rol kavramının kullanılması "statü" yerine "rol" kavramının tercih edilmesinin sebepleri arasındadır.

8 Michael O. **Hardimon**, "Role Obligations", The Journal of Philosophy, C. 91, S. 7, 1994, s. 334-335.

9 Alex **Barber**/Sean **Cordell**, "An Overview of Social Roles and Their Ethics", The Ethics of Social Roles, Editörler, Alex Barber/Sean Cordell, Oxford University Press, Oxford 2023, s. 2.

10 Bkz. Richard **Sussking**, Online Courts and the Future of Justice, Oxford University Press, Birleşik Krallık 2019.

yükümlülüklerinden farklı olarak bağlayıcılıkları zayıftır.<sup>11</sup> Yargıçlık modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi biyoloji ya da sosyal bir gruba mensubiyetle belirlenmeyip, kurumsal bir sosyal rol olduğunda, bu sosyal rolü belirleyen normlar ve yükümlülüklerin bağlayıcı olduğu kabul edilmektedir.<sup>12</sup>

## II. YARGIÇLIK ROL YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Yargıçlık sosyal rol yükümlülüklerinin neler olduğuna ve bu yükümlülüklerinin analizine geçmeden önce kimlere yargıç denildiğini kısaca ortaya koymak gerekmektedir. En çok tekrarlanan hukuk maksimlerinden birisi olan “nerede toplum varsa orada hukuk vardır” iddiasına “nerede hukuk varsa orada yargıç vardır” önermesi eklenebilir. Zira hukukun olduğu her toplumda yargıçlık sosyal rolünü işgal eden kişiler vardır. Bu kişilere toplumsal ilişkiler ağı içerisinde yargıç denmeyebilir. Toplumun en yaşlı üyeleri, toplumdaki bilge kişiler, ruhani liderler, siyasi liderler, krallar yargıçlık sosyal rolüne sahip olabilirler. Kimin hangi sıfatla anıldığından bağımsız olarak yargıçlık sosyal rolünü üstlenenler önceden var olan standartları kullanarak uyuşmazlıkları çözmek için karar veren kişilerdir.<sup>13</sup> Bu bağlamda hakemler, arabulucular yargıç değildirler. Ancak kimi düşünürler yargıç kelimesi yerine hakem kelimesini kullanabilmektedirler. Örneğin Thomas Hobbes “Leviathan” adlı eserinde uyuşmazlıkları çözmek için karar vermekle sorumlu taraf için yargıç kelimesinin İngilizce karşılığı olan *judge* kelimesini değil, Latince kökenli İngilizce *arbitrator* kelimesini kullanmıştır. İngilizce *arbitrator* kelimesi hem keyfilik hem hakemlik anlamlarına gelmektedir.<sup>14</sup> Hobbes doğa yasalarını sıralarken, insanların doğaları gereği yasalara uymadıkları durumlarda sorunlar yaşayabileceklerini belirtmektedir. Böyle durumlarda hakeme (*arbitrator*) ihtiyaç duyulur. Hobbes’a göre uyuşmazlığa taraf olan kişilerin karşılıklı olarak, bu uyuşmazlığın çözümüne ilişkin vereceği karara rıza gösterdikleri kişiye hakem

11 Ronald **Dworkin**, Hukukun Hükümranlığı, Çev: Ertuğrul Uzun, Nora Yayınları, İstanbul 2018, s. 247; **Hardimon**, s. 335.

12 Fatma İrem **Çağlar Gürgey**, Hukuk Etiği, Felsefi Hukuk Etiği- Hukuk Meslek Etiğine İlişkin Yazılı Standartlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2024, s. 61-66.

13 **Green**, s. 225.

14 David **Dyzenhaus**, “The Very Idea of a Judge”, University of Toronto Law Journal, C. 60, S. 1, 2010, s. 69.

(*arbitrator*) denir.<sup>15</sup> “Dolayısıyla uyuşmazlık içinde olan kişilerin bir hakemin/yargıcın kararına rıza göstermeleri doğal hukukun gereğidir.”<sup>16</sup>

Yargıçlardan beklenen, davranışlara ölçüt olarak belirlenmiş kuralların bilgisine sahip olmaları ve kararlarını bu kurallara uygun bir şekilde vermeleridir. Özellikle modern öncesi hukuk sistemlerinde yargıçlar eski kural ve geleneklerin bilgi deposu olarak görülmektedir. Hukuki kararlar, yargıçlar tarafından gizemli bir şekilde damıtılır, ancak yeni bir hukuk normu yaratamazlar. Sadece eski bir normun yeni uygulamalarını ilan edebilirler.<sup>17</sup> Yargıçlık rolüne ilişkin ortodoks bakış açısı toplumsal ihtiyaçların karşılanması amacıyla yavaş yavaş değişmiş ve yargıçların rolleri hukukun ne olduğu konusunda daha fazla belirleyici olmuştur. Bu olgusal dönüşüm modern hukuk teorilerini etkilemiş ve modern hukuk teorisyenleri yargı sisteminin iç işleyişini keşfetmeye öncüllere nazaran daha fazla ilgilenmişlerdir. Modern hukuk teorisyenleri, yargıçların sosyal rolleri yoluyla hukukla önemli bir ilişki içinde oldukları konusunda geniş ölçüde hemfikirdirler. Söz konusu ilişkinin ne olduğu tartışmalıdır. Bu bağlamda hukuk teorisyenleri özellikle yargıçların uyuşmazlıkların çözümüne karar verme rol yükümlülüğüyle bağlantılı olarak hukuk kavramını analiz etmişlerdir. Hukuku kurallar bütünü olarak gören hukuk felsefesi yaklaşımları hukuku yargıçların uyuşmazlık çözümüne yönelik kararları için birer ölçüt olarak görmektedirler. Bu bağlamda yargıçların kararlarında hukuka başvurmaları hukuki bir gereklilik olduğu kadar aynı zaman bir sosyal rol yükümlülüğüdür. Bu argümana yönelik en kadim itiraz doğal hukuk teorisinden gelmiştir. Klasik doğal hukuk teorisinin “adil olmayan hukuk, hukuk değildir (*lex iniusta non est lex*)”<sup>18</sup> sloganı referans alındığında yargıçların kararlarını temellendirirken adil olmayan yasaları esas almakla yükümlü olup olmadıkları sorusu ortaya çıkmaktadır. Diğer bir ifadeyle yargıç sosyal rolleri gereği bir ahlaki değer olarak adaleti gerçekleştirilmeyen ya da adalet

15 Thomas **Hobbes**, *Leviathan*, Çev: Semih Lim, YKY, İstanbul 2001, s. 114.

16 **Hobbes**, s. 114; **Çağlar Gürgey**, s. 75-77.

17 M.D.A. **Freeman**, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, Sweet&Maxwell, 9. Bası, Birleşik Krallık 2014, s. 1549. Ancak istisnai olarak yargıçların hukuk yarattıkları görülmektedir. 13. yy. İngiltere'sinde I. Edward döneminde mahkemelerin *common law* üzerindeki etkisine ilişkin olarak bkz. T.F.T. **Plucknett**, *Legislation of Edward I*, Clarendon Press, Oxford 1949.

18 Doğal hukuk teorisinin söz konusu sloganının kime ait olduğu belirsizdir. Kimi zaman St. Augustine, kimi zaman da Thomas Aquinas'a atfen kullanılmaktadır. Bunun için bkz. Mark C. **Murphy**, “Natural Law Theory”, *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Editörler, Martin P. Golding ve William A. Edmundson, Blackwell Publishing, Birleşik Krallık 2005, s. 19.



değerini harcayan bir hukuk normunu ahlaken uygulamakla yükümlü olup olmadığı soruları doğal hukuk teorisyenlerinin çalışmalarının odaklarından. Örneğin 20. yüzyıl seküler doğal hukuk yaklaşımlarından birisi olan Gustav Radbruch'a göre yargıçların tolere edilemeyecek derecede adaletsiz yasaları uygulama yükümlülüğü yoktur.<sup>19</sup> Hart, Radbruch'un görüşlerini eleştirel yaklaşan bir makale yazarak kapsayıcı hukuki pozitivist perspektiften hukuki geçerlilik ve yargıçların hukuka başvurma yükümlülüklerini ortaya koymuştur.<sup>20</sup> Hart'a göre doğal hukukçuların belirttiği gibi hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir ilişki yoktur. Ancak rastlantısal bir ilişki olabilir.<sup>21</sup> Dolayısıyla yargıçların yükümlülükleri söz konusu rastlantısal ilişkiye bağlı olarak belirlenir. Bu bağlamda yargıçları yargılamada ahlaki olarak yükümlü kılan her ne ise hukuk odur. Yargıçlık rolü bizim hukuk olarak kabul ettiğimiz standartlar tarafından sınırlandırılan karar verme süreçleriyle ilişkilidir.<sup>22</sup> Yargıçlık rolünü yapılandıran norm yükümlülüklerinin hepsi hukuki değildir. Hukukun kimi zaman ilişkilendiği ama yargıçlık rolünü belirleyen hukuk dışı olan normların bir kısmı ahlakilik ilkeleridir. Joseph Raz'ın belirttiği gibi ahlakilik tüm insanları bağlar ve yargıçlar da birer insan oldukları için ahlakilik ilkeleriyle bağlıdırlar.<sup>23</sup> Ahlakilik ilkeleri yargıçları veya mahkemeleri kapsamaktadır. Yargıçlık sosyal rolü hem ahlakilik ilkeleri hem hukuk normları gereği hukuka başvurmayı gerektirmektedir.

---

19 Melike Belkıs **Aydın**, "Gustav Radbruch Düşüncesinde Dönemsel Vurgu Değişimi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXIII, S. 2, 2016, s. 26; Sevtap **Metin**/Altan **Heper**, Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü, Tekin Yayınları, İstanbul 2014, s. 50; Gustav **Radbruch**, "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946)", Oxford Journal of Legal Studies, C. 26, S. 1, 2006, s. 1-11.

20 Herbert Lionel Adolphus **Hart**, "Positivism and the Separation of Law and Morals", Harvard Law Review, C. 71, S. 4, 1958, s. 617-618 (Herbert Lionel Adolphus **Hart** "Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması", Çev.: Ertuğrul Uzun, H.L.A Hart ve Hukuk-Ahlâk Ayrımı, Editör Sercan Gürler, Tekin Yayınevi, İstanbul 2015, s. 101-152); Hart'ın söz konusu makalesine yönelik tabii hukuk teorisyenlerinden Lon L. Fuller'in eleştirisi için bkz. Lon L. **Fuller**, "Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart", Harvard Law Review, C. 71, S. 4, 1958, s. 630-672; Lon L. **Fuller**, "Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık-Profesör Hart'a Bir Cevap, Çev: Sevtap Metin, H.L.A Hart ve Hukuk-Ahlâk Ayrımı, Editör Sercan Gürler, Tekin Yayınevi, İstanbul 2015, s. 153-215.

21 **Hart**, s. 268; **Uygur**, s. 153.

22 **Green**, s. 226; Michael S. **Moore**, Educating Oneself in Public: Critical Essays in Jurisprudence, Oxford University Press, Oxford 2000, s. 96.

23 Joseph **Raz**, Between Authority and Interpretation, Oxford University Press, Oxford 2009, s. 183.

Bu bölümde ılımlı/kapsayıcı hukuki pozitivizmin en önemli düşünürü olan Hart'ın görüşleri doğrultusunda yargıçlık rol yükümlülükleri değerlendirilecektir. Hart hukuki formalistler ile kural şüphecilerinin oluşturduğu iki aşırı uç arasında orta ve makul bir yol tercih ederek hukuki pozitivizm içerisinde yargıçlık rol yükümlülüklerinin neler olduğuna ilişkin bir yol haritası sunmaktadır.<sup>24</sup> Yargıçların sosyal rolleri gereği başvurmakla yükümlü oldukları hukuk genellikle mükemmel normatif yapılar değildir. Hukuki yapılar boşluklar, belirsizler, muğlaklıklar, çatışmalar ihtiva eder. Bunun nedeni yargıçların kararlarına temel teşkil eden normları oluşturan iradenin her türlü hukuki sorunu önceden öngörmesinin mümkün olmamasıdır.<sup>25</sup> Yargıçlar önlerine gelen uyuşmazlığı karara bağlarken hukuk boşlukları, çatışmalar ya da dilden kaynaklanan belirsizlerle karşılaştıklarında, davaya bakmaktan kaçınamazlar.<sup>26</sup> Bu durumda aracı bir takım sosyal rol yükümlülükleri ortaya çıkmaktadır. Buna göre yargıçların sosyal rolleri gereği hukuku düzeltmekle ve korumakla yükümlüdürler. Hukuku koruma yükümlülüğü yargı etiğinin en temel ilkelerinden tarafsızlık, bağımsızlık ve bütünlüğün sağlanması gereklilikleriyle ilişkilidir. Yargıçlık rol ve yükümlülükleri elbette bu üç yükümlülük kategorisiyle sınırlı değildir. Ancak söz konusu yükümlülükler yargıçlık sosyal rolünü belirleyen normlarından kaynaklanmaktadır. Bu normlar ve yükümlülükler başka sosyal rollerle de ilişkilendirilebilir. Ancak bunlar kurucu rol ve yükümlülük olmayabilir. Örneğin hukuka uyma yükümlülüğü vatandaşlık rolü olarak kabul edilebilir. Vatandaşlar hukuka uygun davranmamaları, vatandaşlık kimliğini kural olarak etkilemez. Ancak yargıçlar açısından söz konusu

---

24 **Hart**, s. 124-154; Brian **Bix**, "H.L.A. Hart and the "Open Texture" of Language", Law and Philosophy, C. 10, S. 1, 1991, s. 51.

25 Sururi **Aktaş**, "Hukukta Yorum Çabaları", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 3-4, 2011, s. 1, Hukukun boşluksuz, kapalı ve yoruma açık olmayan mükemmel metinler olarak gören aksi yaklaşım örnekleri: 19. yy Fransız Yorumcu Okulu- Ecole de L'Exégèse, Almanya'da «Begriffsjurisprudenz» -Mefhumlar içtihatı-, Anglo - Sakson Hukukunda Analitik Hukuk Felsefesi -Analytical Jurisprudence-bkz. Hamide **Topçuoğlu**, Hukuk Sosyolojisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1969, s. 16-25.

26 Örneğin Türk Medeni Kanununun 1. maddesine hukuk boşluğu olması halinde yargıçların bizzat yasa koyucu gibi davranarak normu yaratması ve uygulaması yükümlülüğüne yer vermektedir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı, E. 2003/21-349, K. 2003/382, T. 04.06.2003.). Batı hukuk tarihinde hukuktaki düsturcu yapıya sosyolojik isyanın Fransa ve Belçika'daki temsilcilerinden "Serbest Bilimsel Araştırmalar Okulu" mensubu François Geny, Türk Medeni Kanunu'nun kaynağı olan İsviçre Medeni Kanunu'ndan övgüyle bahseder. (**Topçuoğlu**, s. 49).

norm ve yükümlülükler yargıçlık kimliğinin ve hukuk sisteminin var oluşunun belirleyici unsurlarıdır.

### A. Hukuka Başvurma Yükümlülüğü

Bir yargıcın yargıç kimliği içerisinde hukuki karar verirken hukuka başvurma yükümlülüğü yargıçlık sosyal rolünü belirlemektedir. Yargıçların hukuka yönelik bakış açıları bu yükümlülüğün kapsamını ortaya koymaktadır. Yargıç var olan hukuk normlarını kendisi ve kararları için birer ölçüt olarak kabul etmiyorsa, hukuka başvurma yükümlülüğünü yerine getirmeyecektir. Bu durumda bir sosyal rol olarak yargıçlık rolünden bahsedilemez. Bu tip yargıçların olduğu bir sistemin, Hartçı pozitivist perspektiften hukuk sistemi olarak kabul edilmesi mümkün gözükmemektedir. Hart'ın söz konusu yaklaşımını açıklamak için öncelikle Hart'ın hukukun nelğine ilişkin bakış açısına kısaca yer vermek gerekmektedir.

Hart'ın hukuki pozitivist bakış açısı hem kendi öncülleri olan İngiliz hukuki pozitivistleri Hobbes, Jeremy Bentham, John Austin gibi buyruk kuramcılarının hem Hans Kelsen'in normativist pozitivist yaklaşımından farklıdır. Bu farklılık büyük oranda Hart'ın “içsel bakış açısı” kavramıyla ilişkilendirilebilir ki bu kavram yargıçların bir sosyal rol olarak yargıçların hukuka başvurma yükümlülüğünü de açıklamaktadır. Buyruk kuramı hukuku yaptırım odaklı olarak tanımlanmaktadır. Söz konusu tanımı benimseyen dışlayıcı hukuk pozitivist kuramcılara göre hukuk özet olarak, egemenin yaptırım destekli buyruklarıdır.<sup>27</sup> Hart “The Concept of Law” adlı kitabında söz konusu yaptırım merkezli hukuk kavrayışının hatalarını ortaya koyarken, içsel bakış açısı kavramından yararlanmışır. İçsel bakış açısından hukuk, mafya örgütlenmelerinin ortaya koyduğu emirlerden farklı olarak yaptırım merkezli değil, yükümlülük yükleyen bir yapıdır. İçsel bakış açısından hukuk zorla yerine getirilen buyruklardan ibaret değildir.<sup>28</sup> Hukuk insanların davranışları için

---

27 John **Austin**, *The Province of Jurisprudence Determined*, Editör, Wilfrid E. Rumble, Cambridge University Press, Cambridge 2001, s. 18-37; **Hobbes**, s. 190; Jeremy **Bentham**, *Of Laws General*, The Athlone Press, Birleşik Krallık University of London, 1970, s. 1.

28 Scott Shapiro, Hart'ın “içsel bakış açısı” kavramının birçok hukuk felsefecisi tarafından hatalı bir şekilde yorumlandığını düşünmektedir. Shapiro; Stephen Perry, Gerald Postema gibi yazarların Hart'ın içsel bakış açısı kavrayışına katılan ya da içeridekinin bakış açısı olarak yorumladıklarını, ancak bu yaklaşımların Hart'ın teorisiyle uyumlu olmadığı belirtmektedir. Shapiro'ya göre içsel bakış açısı içeridekinin değil, içselleştirilmiş bakış açısını açıklamaktadır. Scott J. **Shapiro**,

ölçüt olarak kabul ettiği kurallar bütünüdür. Elbette bir toplumda tüm bireylerin kuralları hem kendi davranışları hem başkalarının davranışları için ölçüt olarak kabul etmesi mümkün değildir. Ancak Hart'a göre bir hukuk sisteminde yetkililerin ve özellikle yargıçların kuralları kabul etmesi bir gereklilik olarak ortaya konulmaktadır.<sup>29</sup> Hart'ın bu yaklaşımını tam olarak anlaşılabilmesi için kurallar konusundaki analizine değinmek gerekir.

Toplumsal kurallar sistemi olarak hukukun diğer toplumsal kurallardan en önemli farklılığı Hart'ın adlandırdığı şekliyle “birincil kurallar” ve “ikincil kurallar” olmak üzere iki tür kural tipinin birbiriyle ilişkisine dayanan sistemik bir niteliğe sahip olmasıdır.<sup>30</sup> Birincil kurallar uyarınca belirli bir toplumda yaşayan insanların isteseler de istemeseler de belirli eylemleri yapmaları ve belirli eylemleri yapmaktan kaçınmaları gerekmektedir. İkincil kurallar ise birincil kurallar olmadan var olamayan, parazit nitelikteki kurallardır. Bu onların önemsiz olduğu anlamına gelmez. İkincil nitelikteki kurallar birincil türden yeni kuralların konulmasını, eski kuralları ortadan kaldırılmasını veya değiştirebilmesini, çeşitli yollarla kuralların etkilerini belirlenebilmesini veya işleyişini kontrol edebilmesini sağlar. Birincil kurallar yükümlülük dayatırlar. İkincil tip kurallar yetki vermektedirler. Birinci türdeki kurallar fiziksel hareket veya değişiklikleri içeren eylemlerle ilgilidir. İkinci tip kurallar yalnızca fiziksel hareket ve değişimle ilgili değildirler. Aynı zamanda görev veya yükümlülüklerin yaratılması veya değiştirilmesini de içermektedirler.<sup>31</sup> Dolayısıyla Hart'ın kuramında üç tip ikincil nitelikte kural bulunmaktadır. Bunlar tanıma kuralları, değiştirme kuralları ve yargılama kurallarıdır. Tanıma kuralı, bir hukuk sisteminde hangi kuralın hukukun parçası olup olmayacağını belirleyen ölçütleri içermektedir. Diğer bir ifadeyle bir kuralın hukuken geçerliliği tanıma kuralında yer alan ölçütlere bağlıdır. Değiştirme kuralları birincil kuralları değiştirmek için tasarlanmış resmi ve düzenli usulleri içerirler. Yargılama kuralları ise yargılama ve icra süreçlerine ilişkin detaylı düzenlemelerin uygulanmasını sağlarlar. Hart bir hukuk sisteminin varoluşu için asgari ölçütleri belirtirken ikincil nitelikte kurallara kabulünün temel önemde olduğunun altını çizmektedir. İkincil kuralların olmadığı toplumlarda

---

“What is the Internal Point of View?”, Fordham Law Review, C. 75, S. 3, 2006, s. 1157-1158.

29 Hart, s. 116.

30 Neil MacCormick, H.L.A. Hart, Stanford University Press, Stanford 2008, s. 32.

31 Hart, s. 81.

neyin hukuk olduğu konusunda bir belirsizlik, toplumsal değişimlere hukukun kapalı olması, kural ihlali halinde hangi kurumlara hangi usulde başvurulacağı ve ne şekilde kararların icra edileceğine dair sorunları vardır ki bu tip toplumları Hart basit/ülkel toplum (*primitive society*) olarak nitelendirmektedir.<sup>32</sup> Bir toplumun basit toplumdaki hukuk toplumuna geçebilmesi için asgari koşullarından birisi tanıma kuralında yer alan geçerlilik testinden geçmiş birincil nitelikteki kurallara genel olarak muhatapları/vatandaşlar tarafından uyulması gerektiğini belirtir. Ancak ikincil nitelikteki kurallar söz konusu olduğunda muhatapları olan yetkililerin söz konusu kuralları etkin bir şekilde kabul etmeleri gerektiğini belirtir. Diğer bir değişle yetkililerin ikincil nitelikteki kurallara içsel bakış açısıyla yaklaşması bir hukuk sisteminin varoluşu için bir zorunluluktur.<sup>33</sup> Bir yetkili grubu olan yargıçlar açısından meseleye bakıldığında yargıçların hukuka içsel bakış açısıyla yaklaşmaları bir hukuk sisteminin varoluşu için ve aynı zamanda ilkel toplumdaki uzaklaşmanın kurucu unsuru olduğu düşünülebilir.<sup>34</sup> Yargıçlar kurallara içsel bakış açısıyla yaklaştıklarında bu kuralları hem kendi davranışları hem başkalarının davranışlarını değerlendirirken ölçüt olarak kullanmaktadırlar.

Hukuk felsefesi literatüründe hukukta içsel bakış açısının karşılığı “kötü adam” bakış açısıdır. Amerikan realist hukuk akımının öncü teorisyenlerinden ve aynı zamanda yargıç olan Oliver Wendell Holmes’a (1841–1935) göre “eğer hukuku, sadece hukuku bilmek istiyorsanız, hukuka kötü adam gibi bakmalısınız. Kötü adam sadece maddi sonuçlarla ilgilendirilir. Bu sonuca ilişkin bilgi onun vicdani kanaatle belirlenecek yaptırımları tahmin etmesini sağlar. İyi olan eylemine bir gerekçe olarak hukuku bilmek ister.”<sup>35</sup> “Kötü adam” tahmin edildiği gibi hukuku sürekli ihlal eden, suç işleyen kişi değil, hukuka aykırı davranışlardan dışını sıkarak, yaptırım tehdidi nedeniyle sakınan kişidir. Ancak dışarıdan bakıldığında kötü adam hukuka uygun davranmaktadır. Kötü adamın içsel bakış açısına sahip kişiden farkı nedir? Kurallara yönelik içsel bakış açısına sahip kişinin kötü adamdan en önemli farkı, kötü adamın başkalarının davranışlarını değerlendirirken kuralları esas almamasıdır.

---

32 **Hart**, s. 91-99.

33 **Hart**, s. 116; Brian **Bix**, *A Dictionary of Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford 2009, s. 190-191.

34 **MacCormick**, s. 33.

35 Oliver Wendell **Holmes**, “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, C. 10, S. 8, 1897, s. 459; Ertuğrul **Uzun**, *Hukuk Metodolojisinin Sorunları*, Nora Kitap, İstanbul 2016, s. 78.

Holmes'un kötü adam yaklaşımı "olan"a mı ilişkindir yoksa "olması gereken"e mi belirsizdir.<sup>36</sup> Holmes kimi zaman hukuku ve hukukçuyu tasvir eder şekilde kötü adam metaforunu kullanırken kimi zaman da olması gereken hukuktan bahsediyor gibi gözükmektedir. Ronald Dworkin'in aktarımına göre *Holmes, Yüksek Mahkeme'de yardımcı yargıçken, mahkemeye doğru giderken genç Learned Hand'i<sup>37</sup> aracılığıyla istediği yere bırakır. Hand araçtan indikten sonra yola devam eden Holmes'a el salladı ve neşeyle bağırdı: "Yargıç adil ol!" Holmes aracı durdurdu, sürücünün geri dönmesini sağladı ve Hand'e doğru sürdü. Pencereden dışarı doğru eğilerek "Bu benim işim değil!" dedi. Daha sonra sürücüsüne dönüp hareket etmesini istedi ve iddiaya göre araç adaleti yerine getirmediği işine Holmes'u geri götürdü.*<sup>38</sup> Yargıcın adaleti gerçekleştirme rolü üzerine Holmes'un görüşleri kötü adam yaklaşımıyla paralel gözükmektedir. Holmes'un kötü adamının hukuka uyma yükümlülüğü ahlaki ve etik ilkelere dayalı değildir. Özellikle hukuk etiği teorisyenleri kötü adamı kişisel çıkarları doğrultusundaki amaçları için hukuk sistemini istismar eden olarak tasvir etmektedirler. Kötü adam hukukçu olduğunda ya da hukukçu kötü adam gibi davrandığında sonuçları ne olur sorusunun cevabı bu noktadan sonra verilebilir. Özellikle konu başlığı olan devletin bir yetkili grubu olarak yargıçlar kötü adam olduğunda nasıl karar verdiklerini tartışmak yargıçlık rol ve yükümlülükleri açısından önem taşımaktadır. Kötü adam tipindeki yargıç kendi çıkarlarını öncel kılan, bu amaçla hukukun sınırlarını zorlayan ve uygulamakla yükümlü olduğu hukukun özünü hiçe sayabilecek içerikte kararlar verebilecektir. Ancak içsel bakış açısıyla kuralları kabul eden yargıç, alışkanlıktan farklı olarak başkalarının davranışlarına yönelik eleştirilerini hukuk kurallarına dayandırır ve bu tip eleştirilerinin meşru olduğunu kabul ederler.<sup>39</sup> Kurala yönelik içsel bakış açısına sahip olan yargıçlar normatif bir dil kullanırlar. Alışkanlık gereği, zorlamayla, yaptırım tehdidiyle hukuka uygun davranan kötü adamdan farklı olarak, içsel bakış açısına sahip birey/yargıç "doğru", "haklı", "yapılmalı" ya da yapılmamalı gibi kelimeler kullanarak normatif bir terminoloji

36 Suri **Ratnapala**, *Jurisprudence*, Cambridge University Press, New York 2013, s. 286.

37 Amerika Birleşik Devletleri Temyiz Mahkemesi İkinci Dairesi Eski Yargıcı (Britannica Encyclopaedia Editörleri, "Learned Hand", *Encyclopedia Britannica*, 11 Mart 2024, <https://www.britannica.com/biography/Learned-Hand>).

38 Ronald **Dworkin**, *Justice in Robes*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England 2006, s. 1.

39 **Hart**, s. 55-56; **Shapiro**, s. 1162.

kullanmaktadır.<sup>40</sup> Dolayısıyla bir hukuk sisteminin varlığının gereği olarak Hart'ın kuramına göre yargıçlar ikincil nitelikteki kurallara içsel bakış açısıyla yaklaşmaları gerekmektedir. Bu gereklilik dillerine yansımali ve davranışları değerlendirirken kabul ettikleri kurallardan oluşan hukuka başvurmaları hukuk sisteminin varoluşu açısından zorunluluktur.<sup>41</sup>

## B. Hukuku Düzeltme Yükümlülüğü

Bir sosyal rol olarak yargıçlığı belirleyen yükümlülüklerden hukuka başvurma yükümlülüğünün gerçekleşmesi bazı durumlarda başka yükümlülüklerin devreye girmesini gerektirebilmektedir. Hukuku düzeltme yükümlülüğü söz konusu aracı yükümlülüklerden birisidir. Bu yükümlülüklerin devreye girmesinin nedeni hukuki formalistlerin iddia ettiği gibi hukukun her zaman mantıksal olarak düzenli ve belirli olmamasıdır. Formalist perspektiften yargıçların tek yükümlülüğü başvurdukları hukuktan tümdengelsel akıl yürütmeye tek bir doğru cevabı bulmaktır. Bu bağlamda yargıçlardan adeta birer makine gibi mekanik akıl yürütmelerle meşgul olmaları beklenmektedir ve böylece hukukta bir kesinlik sağlanabilecektir.<sup>42</sup> Ancak hukuki formalistlere karşı olarak hukuki realistlerinin bir kısmı olan kural şüpheçileri hukuk kurallarının hukuki sonucu belirlemediğini, hukuki sonucu etkileyen çok sayıda hukuk dışı faktör olduğunu belirtmektedirler.<sup>43</sup> Ancak hukuki formalistler politika, ahlak gibi hukuk dışı ölçütlerin hukukun oluşturulmasında etkin olduğunu, hukukun uygulanmasında ise rolleri olmadığını iddia etmektedirler.<sup>44</sup> Hukuki formalistlerin iddia ettiği hukuk herhangi bir ahlaki unsur dikkate alınmadan tümdengelim metoduyla doğrudan olaya uygulanabilen kapalı, boşluksuz, çatışmasız bir kurallar sistemi değildir.<sup>45</sup> Hart formalistler ile kural şüpheçilerinin arasındadır. Hart bu konumunu şu şekilde ifade etmektedir: *Formalizm ve kural şüpheçiliği hukuki yargılama teorisinin Scylla ve Charybdis'idir. Büyük*

40 Hart, s. 55-57; Shapiro, s. 1163.

41 Çağlar Gürgey, s. 97-100.

42 Hart, s. 204-205; Julia J.A. Shaw, Jurisprudence, Pearson, Birleşik Krallık 2019, s. 86; Gülriz Özkök, "Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 51, S. 2, 2002, s. 3; Thomas Morawetz, An Introduction-The Philosophy of Law, Macmillan Publishing Co., Inc. New York 1980, s. 53.

43 Bix, A Dictionary of Legal Theory, s. 69; Ülker Gürkan, Hukuki Realizm Akımı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 1967, s. 50.

44 Ratnapala, s. 105.

45 Ratnapala, s. 104.



*abartılardır, birbirlerini düzelttikleri yerde faydalıdırlar ve hakikat aralarındadır.*<sup>46</sup> Hukuk formalistlerin iddia ettiği gibi hukuk kapalı, her türlü soruna cevap verebilen bir yapı değildir. Hukukun içinde yasa koyucunun öngöremediği durumlara ilişkin boşluklar olabilir.<sup>47</sup> Hart bu durumu “açık dokulu” (*open texture*) kavramıyla açıklar.<sup>48</sup>

Hart’a göre hukuki uyumsuzlukta ölçüt alınacak önceden belirlenmiş hukuk kuralı ister belirli bir yasama organı tarafından ortaya konulmuş olsun isterse belirli bir yargı kararından kaynaklansın hem çekirdek (*core*) hem gölgeli (*prenumbra*) kalmış bir alana sahiptir. Bu bir tutarsızlık ya da çelişki değildir. Hukuk kurallarının dilsel yapısı nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Uyuşmazlık hukuk kuralının çekirdek alanıyla ilişkiliyse kurallar mekanik bir şekilde uygulamacıyı sonuca götürür. Hart bu tür uyuşmazlıklarla ilişkili davalara kolay davalar (*plain cases*) demektedir. Ancak bazı durumlarda uyuşmazlık hukuk kuralın açık dokulu yapısı sebebiyle çekirdek alanının etrafında gölgede kalmış alanla ilişkili olabilir. Hart’a göre bu gibi durumlarda yargıcın “takdir erki” (*discretion*) vardır.<sup>49</sup> Bentham’ın hukuk boşlukları olması halinde yargıçların yasama organına başvurmaları gerektiğini belirtmesi dışında hukuk boşluklarını doldurma ve belirsizlikleri giderme konusunda yükümlülüğün yargıçlara ait olduğu konusunda modern hukuk teorisinde bir fikir vardır.<sup>50</sup> Ancak bu yükümlülüğün yerine getirilme metodu konusunda farklılıklar ortaya çıkmaktadır ki bu aynı zaman hukuk felsefesi içerisinde farklı hukuk yaklaşımlarından kaynaklanmaktadır. Örneğin tabii hukuk teorisyenleri yargıçların uygulamakla yükümlü oldukları kuralların yetersiz, eksik ya da belirsiz olduğu durumlarda kuralların yanı sıra ahlaki ilkelere de

46 Hart, s. 147.

47 Hart, s. 124, 272-273; Sururi Aktaş, “Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 1-2, 2010, s. 3; Brian Bix, Jurisprudence: Theory and Context, 7. Bası, Sweet&Maxwell, Birleşik Krallık 2015, s. 45-46.

48 Hart “açık dokulu” (*open texture*) kavramını Friedrich Waismann’dan almıştır. Waismann ise bu kavramı Ludwig Wittgenstein’in fikirlerini geliştirirken kullanmıştır. (Bix, A Dictionary of Legal Theory, s. 225; Brian Bix, Law, Language, and Legal Determinacy, Oxford University Press, Oxford 1993, s. 7-25; Hart, s. 128).

49 Türkçe hukuk felsefesi literatüründe Hart’ın “discretion” kavrayışı “takdir yetkisi” ya da “takdir hakkı” olarak çevrilebilmektedir. Ancak Türk hukuk sisteminde “takdir yetkisi” ile Hart’ın takdir kavrayışı arasında farklılıklar vardır. Bu nedenle bu çalışmada söz konusu farklılığı gözeten Zeynep İspir’in “takdir erki” çevirisi ve yorumu tercih edilmiştir. Ayrıntılı açıklama için bkz. Zeynep İspir, “H.L.A. Hart’ın “Takdir” Metni Üzerine Bir İnceleme”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1, 2020, s. 229.

50 Hart, s. 272; Green, s. 242.



başvurulması gerekliliğini vurgularken, katı/dışlayıcı hukuki pozitivistler kuralların dışına çıkılmaması gerektiğini belirtirler. Hukuki realistler ise hukuku yargıçların yarattığına vurgu yaparlar. Tüm bu farklılıklar içerisinde Hart'a göre iki aşırı uç yaklaşım vardır. Bunlardan birisi formalistler, diğeri ise kural şüpheçileridir. Formalistler hukuku, hukuk kuralların çekirdek alanıyla sınırlı kılarken, kural şüpheçileri gölgede kalmış alanla ilgilenmektedirler. Hart her iki yaklaşıma mesafeli olmuş ve orta bir yol belirlemiştir. Hart söz konusu orta yolunu “parka taşıt giremez” kuralının uygulanması örneğiyle açıklamaktadır. “Parka taşıt giremez” kuralının kabul edildiği bir parka motorlu bir taşıt girmesi durumunda, parka motorlu taşıtın girmesinin söz konusu kuralın ihlali olup olmayacağını değerlendirecek olan yetkili, norm önermesindeki “taşıt” kelimesini yorumlamakla yükümlüdür. Gündelik dil kullanımında “motorlu araçların” taşıt olduğu konusunda bir açıklık vardır. Parka girmek isteyen kişi motorlu bir taşıt kullanıyorsa, parka girmesi engellenecektir. Bu durumda kuralın çekirdek alanıyla ilişkili kolay bir mesele olduğu kabul edilebilir. Zira gündelik dil çekirdek anlamın belirlenmesinde ölçüttür.<sup>51</sup> Motorlu taşıtın girmesi durumunda hukuki sonuç kurala bakılarak önceden kestirebilir. Diğeri bir ifadeyle bir kesinlik olduğu kabul edilerek motorlu bir taşıtın parka girmesine yetkililerin onay vermeyeceği önceden belirtilebilir. Ancak bebek arabalı, kaykaylı, patenli kişilerin parka girmesine onay verilip verilmeyeceği önceden kestirilemeyebilir. Bu konuda bir uyuşmazlık olduğunda ve mesele yetkilinin önüne geldiğinde, “araç” kelimesini nasıl yorumlayacağı önceden belirlenemez.<sup>52</sup> Kuralın açık dokulu olması yargıcın takdir erkini kullanmasını gerekli kılmaktadır.<sup>53</sup> Hart bu gibi kuralın gölgede kalmış alanıyla ilişkili zor davalarda yargıcın takdir erkini kullanabileceğini belirtmektedir. Bu durumda yargıçlar hukuk normunun dilinden kaynaklanan muğlaklığın (*vagueness*) oluşturduğu belirsizliği gidermelidirler.<sup>54</sup> Böylece yargıçlar sosyal rollerinden kaynaklı hukuku

---

51 **İspir**, s. 231.

52 **Hart**, s. 127-128; George **Fletcher**, *Basic Concepts of Legal Thought*, Oxford University Press, New York 1996, s. 48-49; **Özkök**, s. 2-3.

53 **Bix**, *Jurisprudence: Theory and Context*, s. 41.

54 Hukuki belirsizlik probleminin nedenlerinden birisi muğlaklıktır (*vagueness*). Hukuk metinlerinde yer alan bir kelime belirli sınırlar içerisindeyse, kelimeyle ilişkilendirilen hukuki olayın bu sınırlar içerisinde olup olmadığı net olarak belirleyemiyorsanız, kelimenin muğlaklığından bahsedilebilir. Örneğin uzun boyluların işe girebileceğini ifade eden bir normda “uzun” sıfatı muğlaktır. 1.80 metrenin altındakiler uzun değil midir? Ya da 1.50cm kısa mıdır? Hukuki belirsizliğin diğeri bir nedeni çok

düzeltilme yükümlülüklerinin bir kısmını yerine getirmiş olurlar.<sup>55</sup>

Hart'ın bu yaklaşımı bağlamında, zor davalarda hukuki sonucun kurala bağlı olarak önceden kestirilmesinin mümkün olmadığı ve hukukta her zamanda bir kesinliğin olmadığı belirtilebilir.<sup>56</sup> Hukuk kurallarındaki belirsizlikler, hukuk boşlukları, kural çatışmaları gibi problemlerli durumlarda yargıçların hukuku düzeltme ve geliştirme rol yükümlülüklerinin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Hart'ın yargıcın takdir erki kavramı söz konusu yükümlülükleri ortaya koymak açısından önemlidir. Hart'a göre bu gibi hukuki belirsizlik, boşluk durumlarında yargıçlar takdir erklerini kullanabileceklerdir. Ancak takdir erkini kullanmak ne mekanik bir karar verme süreci ne keyfiliktir. Hukukta yargıçların belirsizliği giderme yükümlülüğünün sınırları konusunda Hart'ın yargıçlık erdemleri kavrayışından yola çıkılabilir. Bu erdemler tarafsızlık ve nötrlük; uyuşmazlıktan etkilenen herkesin çıkarlarının dikkate alınması ve karar için gerekçeli bir temel olarak bazı kabul edilebilir genel ilkelerin uygulanmasıdır. Hart'a göre birden fazla ilke olması durumunda tarafsız bir gerekçelendirmeyle çatışan çıkarlar gözetilerek ilkelerin değerlendirilmesi ve dengelenmesiyle ancak adalet sağlanabilir.<sup>57</sup> Neil MacCormick ilkesel sınırlandırmayı müzik performansıyla analogi kurarak açıklamaktadır. Müzikte icracı herhangi bir müzik parçasında doğaçlama yaparken, notalardan ve parçanın ruhundan ayrılmadan ortaya bir melodi çıkarmaktadır. Başka bir icracı aynı parçanın ruhundan ve notalarından ayrılmadan kendi duygularını katarak farklı bir melodi ortaya koyabilir. Hart'a göre yargıçlar yorum yaparlarken ya da takdir erki kullanılırken politika, ahlak gibi faktörlerin devreye girmesi olasıdır.<sup>58</sup> Yargıç bu tip durumlarda kuralın özünden sapmadan, müzikteki icracı gibi yargısal yaratıcılığını kullanmalı

---

anlamlılıktır (*ambiguity*). (MacCormick, s. 157; Kramer, s. 138.) Örneğin hukuk normu içerisindeki "ahlak" kelimesi "genel ahlak", "ahlakilik" ya da "etik" anlamlarına gelebilir. (İoanna Kuçuradi, "Ahlak ve Kavramları", Uludağ Konuşmaları- Özgürlük, Ahlak, Kültür Kavramları, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 1988, s. 20-36).

55 Çağlar Gürgey, s. 104-108.

56 Hart, s. 139.

57 Hart, s. 204.

58 MacCormick, s. 38-39; Hart'ın yargıcın takdir erkine ilişkin yaklaşımına yönelik Ronald Dworkin'in eleştirileri için bkz. Ronald Dworkin, Hakları Ciddiye Almak, Çev: Ahmet Ulvi Türkbağ, Dost Kitapevi Yayınları, Ankara 2007, s. 56-66; Dworkin, Hukukun Hükümranlığı, s. 62-69. Bu eleştirilere cevap olarak Hart'ın görüşleri için bkz. Hart, s. 272-276.

ve hukuku geliştirme yükümlülüğü yerine getirmelidir.<sup>59</sup> Parka elektrikli kaykayla girmekte ısrar eden ile park yetkilisi arasındaki uyuşmazlık hakkında karar vermekle yetkili olan bir yargıç “parka taşıt giremez” normatif önermesindeki taşıt kelimesini anlamlandırırken kuralın amacına (*telos*) bakmalıdır. Hart aynı zamanda yargıcın çatışan tüm menfaatlerin de dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir.<sup>60</sup> toplumsal menfaatleri de dikkate alarak tıpkı doğaçlama müzik yapan bir icracı gibi yargısal yaratıcılık ortaya koymaktadır.

Yargıçların söz konusu sınırlar dahilinde hukuku düzeltme ve geliştirme yükümlülükleri yargısal yaratıcılık olgusunu ortaya koymaktadır. Hukuka başvurma, hukuku düzeltme ve geliştirme yükümlülükleri belirli bir yaratıcılığı gerektirmektedir. Yargısal yaratıcılığın hukuken engellendiği sistemlerde hukuk normları ne kadar mükemmel olursa olsun, hukuk boşluklarının çıkması kaçınılmazdır. Bu bağlamda yargısal yaratıcılığın desteklenmesi, hukuk sitemlerinin ayakta kalması için zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Toplumlar dinamiktir ve bununla bağlantılı olarak hukuk sistemleri de dinamiktir. Bu dinamizmin zorunlu bir unsuru olarak yargıçların yaratıcılıklarını ortaya koymaları bir gerekliliktir.<sup>61</sup> Yargıçlar, Montesquieu’nun belirttiği gibi artık kanunun sözlerini telaffuz eden birer ağız değillerdir.<sup>62</sup> Her türlü yaratıcılık faaliyetinde olduğu gibi yargısal yaratıcılık ancak ifade özgürlüğünün sınırlanmadığı hukuk sistemlerinde kendini gösterebilir. Yargıçların yaratıcılığını sağlayan düşünce ve ifade özgürlüğünün sınırlarını Hart’ın belirttiği yargısal erdemler çizmektedir. Bu sınırların dışına çıkmak keyfiliktir. Yargıçlar her zaman kararlarını haklı çıkaracak sebeplere sahip olmalıdır. Değerlere göre karar vererek vicdanlı bir yasa koyucu gibi hareket etmelidir.<sup>63</sup> Söz konusu yargısal erdemlerin gerçekleştirilmesi hukukun korunması yükümlülüğüyle de bağlantılıdır. Sonuç olarak yargıçlar sosyal rolleri gereği hukuku düzeltme ve geliştirme

59 Hart’ın hukukun açık dokulu yapısı ve yargısal takdir erki yaklaşımına yönelik Lon Fuller’in eleştirisine göre kuralın çekirdek anlamı, kuralın amacı bilinmeden ortaya konulamayacağı yönündedir bkz. **Fuller**, s. 630-672. Brian **Bix**, Hart’ın Fuller’in bu eleştirisine bir itirazı olmayacağını ileri sürmektedir (**Bix**, Law, Language, and Legal Determinacy, s. 29-30).

60 Şule **Şahin Ceylan**, H.L.A. Hart’ın Hukuk Kuramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 154; **İspir**, s. 233.

61 **Green**, s. 242; **Çağlar Gürgey**, s. 104.

62 “*la bouche qui prononce les paroles de la loi*”, “*Mouth that speaks the letter of the law*” bkz. **Montesquieu**, Kanunların Ruhü Üzerine, Çev: Fehmi Baldaş, Seç Yayın Dağıtım, Ankara 2004, 11. Kitap, 6. Konu, s. 162.

63 **Hart**, s. 273.

yükümlülükleriyle hukuku hukuken doğru düzgün bir hale getirirler.<sup>64</sup> Bu yükümlülüğün hepsi yargıçlara ait değildir. Hukuk devleti ilkesi gereği devletin tüm organlarının bu yükümlülükten paylarını almaktadırlar. Ancak hukuk sisteminin ayakta kalabilmesi için yargıçların bu yükümlülüğün gerçekleştirilmesinde payı büyüktür ve yargıçlarca gerçekleştirilmesi bir zorunluluktur.

### C. Hukuku Koruma Yükümlülüğü

Hukukun en temel fonksiyonlarından birisi toplumsal düzenin sağlanmasıdır. Toplumsal düzenle doğrudan ilişki diğer bir unsur güvenliğin gerçekleşmesidir. Güvenlik asayişle bağlantılı olduğu kadar hukukun güvence altına alınması ve korunmasıyla da ilişkidir. Dolayısıyla hukukun temel fonksiyonlarından birisi öncelikle hukukun kendisini güvence altına almasıdır.<sup>65</sup> Bu konuda yargıçlar hukuken yükümlülük sahibidirler. Yargıçların sosyal rol yükümlülüklerinin bir kısmı hukuku korumakla ve güvence altına almakla bağlantılıdır. Yargıçların hukuku koruma yükümlülükleri yargıçların yargılama usulüne ilişkin kuralların ortaya konulması, yargıçların mahkemelerdeki davranış kurallarının belirlenmesi, hukuk devleti ilkesinin korunması ve bu bağlamda yargı bağımsızlığının, tarafsızlığının ve bütünlüğünün sağlanmasıyla ilişkidir.<sup>66</sup> Söz konusu yükümlülüklerin yargı etiğine ilişkin yazılı etik standartlar içerisinde yer aldığı görülmektedir. Bu yazılı standartlar yargıçlar için hukuken bağlayıcıdır. Ancak söz konusu yazılı standartların olmadığı hukuk sistemlerinde yargıçların keyfi bir şekilde hareket edebileceklerini düşünmek doğru olmayacaktır. Yargıçlık sosyal rolü söz konusu norm ve yükümlülükleri içermektedir.<sup>67</sup> Dolayısıyla aşağıda yer alan yargı etiğine ilişkin değer ve etik ilkeler sadece yazılı yargı etiği standartları haline geldikleri için değil, yargıçların sosyal rolüne bağlı gereklilikleri ifade ettikleri için de ele alınmışlardır.

#### 1. Tarafsızlık, Nötrlük

Hukuk devleti ilkesinin en önemli unsurlarından birisi olan yargıçların tarafsız olmalarının gerekliliği aynı zamanda yargıçlarının hukuk koruma yükümlülüklerinin de bir parçasıdır. Yargıçlar tarafsızlıklarını

64 Hukuku düzgün tutma tabiri John Finnis'e aittir. John **Finnis**, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford 1980, s. 270; Akt. **Green**, s. 240.

65 Vecdi **Aral**, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, Filiz Kitapevi, İstanbul 1991, s. 23-25.

66 **Green**, s. 240.

67 E. Philip **Soper**, "Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute", *Michigan Law Review*, C. 75, S. 3, 1977, s. 477; Akt. **Green**, s. 241.

kaybettiklerinde hukukun dışına çıkarak kendi kişisel önyargılarının ve değer yargılarının kararlarına etki etmesine yol açmaktadırlar. Hukuk, ancak hukukun içinde kalarak korunabilir. Hukuku korumakla yükümlü olan yargıçlar hukuki tarafsızlıklarını gerçekleştirirken hukuki ilişkide muhatap oldukları bireylere eşit ve adil yaklaşımları gerekmektedir. Dolayısıyla tarafsızlık adalet ve eşitlik değerlerinin gerçekleştirilmesiyle doğrudan ilintilidir. Tarafsızlık ilişkisi en az üç tarafı gerektirmektedir. Tarafsız olması beklenen taraf, tarafsızlık eylemine muhatap olan en az iki tarafa eşit şekilde yardım etmeli ya da engel olmalıdır.<sup>68</sup>

Yargıçların tarafsız ve eşit davranma yükümlülüğü, yargıcın her durumda gözlerinin bandajlı olduğu aritmetik eşitliğin sağlanması anlamına gelmemelidir. Tarafsızlık kimi durumlarda farklı davranmayı da gerekli kılmaktadır. Birleşmiş Milletler Bangalore Yargı Etiği İlkeleri 5. maddesinde belirtildiği gibi yargıç toplumdaki çeşitliliğin ve sınırlı sayıda olmamakla birlikte ırk, renk, cinsiyet, din, tabiiyet, sosyal sınıf, sakatlık, yaş, evlilik durumu, cinsel yönelim, sosyal ve ekonomik durum ve benzeri diğer sebeplerden neşet eden farklılıkların (davaya mesnet olmayan sebepler) şuurunda olmak ve bunları anlamak zorundadır. Hâkim, yargıçlık görevini yerine getirirken, davaya mesnet olmayan sebeplere dayanarak herhangi bir kişi ya da gruba karşı sözle ve davranışlarıyla meyil ya da önyargılı olarak hareket edemez”.<sup>69</sup> Bu bağlamda yargıçlar tarafsızlık değerini gerçekleştirmek için mesleki faaliyetlerinde toplum içindeki farklılıkların farkında olması ve bu farklılıkların farklılıkları nedeniyle ayrımcılığa maruz kalma ihtimallerini gözetmesi gerekmektedir.<sup>70</sup> İhtimam hukuk etiğinin temsilcilerinden Robin West’in belirttiği gibi kimi durumlarda yargıçların adaleti ve tarafsızlığı sağlamak adına gözlerindeki bandajı aralamaları gerekmektedir. İhtimamli olmak adına hukuki adaleti ve tarafsızlığı bir tarafa bırakmamaları gerekmektedir. Adalet değerini gerçekleştirmek tarafsızlıkla ihtimam

---

68 Alan **Montefiore**, *Neutrality and Impartiality*, Cambridge University Press, Cambridge 1975, s. 5; Robert E. **Goodin**/Andrew **Reeve**, “Liberalism and Neutrality”, *Liberal Neutrality*, Editörler Robert E. Goodin, Andrew Reeve, Routledge, New York, London 1989, s. 14.

69 Birleşmiş Milletler Bangalore Yargı Etiği, <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/4a92e0cc-e94b-4912-aaf9-5dfc5b885e98.pdf>, E.T. 5.5.2023.

70 Fatma İrem **Çağlar Gürgey**, “Ev-İçi Şiddet Davalarında Yargıcın Tarafsızlığı”, *Ankara Barosu Dergisi*, C. 73, S. 4, 2015, s. 59-60.

arasındaki dengeyi kurmakla mümkün olacaktır.<sup>71</sup> Bu dengeyi kurmak hukuku koruma yükümlülüğü kapsamında yargıçlık rolünün bir parçasıdır.

Yargıçların tarafsızlığıyla ilişkili diğer bir kavram nötrlüktür. Yargıcın tarafsızlığı ve yargıcın nötrlüğü kavramları birbirlerinin yerine geçer şekilde kullanılabilirdiği gibi farklı anlamlarda da kullanılmaktadır. Hart yargısal erdemleri ortaya koyarken tarafsızlık ve nötrlük erdemlerini farklı anlamlarda kullanmaktadır. Yargıcın nötrlüğü, yargıcın hukuki kararını temellendirirken kendi dünya görüşüne yer vermemesidir. Yargıcın nötr olma yükümlülüğü, kendi dünya görüşünü hukuki kararlarına yansıtması yükümlülüğüdür.<sup>72</sup> Yargıçların belirli bir dünya görüşünün olması doğaldır. Ancak bunu yargısal görevleri sırasında verdikleri kararlardan somutlaştırmamaları gerekir.

Bu yükümlülükler ek olarak “Birleşmiş Milletler Bangalore Yargısal Davranış İlkeleri”nde yargıçların tarafsız bir izlenim yaratmaktan kaçınmalarının da altı çizilmektedir. Tam tersine bu yükümlülükleri içsel bakış açısıyla kabul ettiğine ilişkin bir intiba vermelidir.<sup>73</sup> Bu

---

71 Robin West, *Caring for Justice*, New York University Press, New York, London 1997, s. 5.

72 Montefiore, s. 5; Joseph Raz, “Liberalism, Autonomy, and the Politics of Neutral Concern”, *Midwest Studies in Philosophy*, C. 7, S. 1, 1982, s. 91.

73 2.2 Hâkim, mahkeme içerisinde ve dışında, halkın, hukukçuların ve dava taraflarının yargı ve hâkim tarafsızlığına duyduğu güveni koruyacak ve artıracak davranışlar içerisinde olmalıdır.

2.3 Hâkim, makul olduğu ölçüde, duruşma ve karar aşamalarında davadan reddini gerektirecek durumları en aza indirecek şekilde hareket etmelidir.

2.4 Hâkim, önündeki veya önüne gelme ihtimali olan bir dava hakkında, bilerek ve isteyerek, davanın sonucunu etkilemesi veya sürecin aşikâr adillik vasfını zayıflatması beklenebilecek hiçbir yorumda bulunmamalıdır. Ayrıca hâkim, kamuya açık olsun veya olmasın, herhangi bir şahıs ya da mesele konusunda adil yargılamayı etkileyebilecek herhangi bir yorum da yapmamalıdır.

2.5 Hâkim, tarafsız olarak karar veremeyeceği veya makul bir gözlemciye tarafsız olarak karar veremeyeceği izlenimi doğurabileceği durumlarda yargılamanın herhangi bir aşamasına katılmaktan kaçınmalıdır. Bu tür davalar aşağıdaki durumlarda söz konusu olup, bu üç bentle sınırlı değildir:

2.5.1 Hâkimin, davanın taraflarından biriyle ilgili gerçek bir önyargı veya tarafsızlık içerisinde olması veya davaya ilişkin delil kabilinden tartışılan olaylarla ilgili kişisel bir bilgiye sahip olması;

2.5.2 Hâkimin ihtilaflı konuda daha önceden avukatlık yapmış olması veya esas tanıklardan biri olarak yer almış olması (Birleşmiş Milletler, Bangalore Yargısal Davranış İlkeleri,

<https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/4a92e0cc-e94b-4912-aaf9-5dfc5b885e98.pdf>, E.T. 3.4.2022)

düzenlemeler ortaya koymaktadır ki, tarafsızlık bir yargısal etik yükümlülüğüdür. Yargıçların sosyal rol yükümlülüğünün etik boyutu yazılı bir standart haline gelmiştir. Bu standartlar iç hukuk düzenlemelerinde de kendilerini göstermektedir.<sup>74</sup>

## 2. Bağımsızlık

Yargıçların hukuku koruma yükümlülükleriyle ilişkili en temel ilkelerden birisi yargıçların bağımsız olmaları gerekliliğidir. Bağımsız olma yükümlülüğü diğer yükümlülüklerden farklı olarak kurumsal kazanımlarla sıkı bir ilişki içerisindedir.<sup>75</sup> Özellikle yürütme erkinin pozitif yükümlülüklerinin bir parçası olarak yargı bağımsızlığı kurumsal olarak sağlanmadığı sürece yargı etiğine ilişkin diğer değerlerinin gerçekleşmesi son derece güçtür. Kurumsal kazanımların korunması aynı zamanda hukukun korunması ve güvencesi olması nedeniyle yargıçların rolleri ve bunlarla ilişkili norm yükümlülüklerinin önemli bir parçasıdır. Yargıçlar hukuku baskıyla bozan, kendilerinin hukuk kurallarına

74 Örneğin Türk hukuk sisteminde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 34-45 maddeleri arasında yargıçların davaya bakmaktan yasaklılık ve reddi halleri ve usulü düzenlenmektedir.

### *Yasaklılık sebepleri*

**MADDE 34-** (1) *Hâkim, aşağıdaki hâllerde davaya bakamaz; talep olmasa bile çekilmek zorundadır:*

- Kendisine ait olan veya doğrudan doğruya ya da dolayısıyla ilgili olduğu davada.*
- Aralarında evlilik bağı kalksa bile eşinin davasında.*
- Kendisi veya eşinin altsoy veya üstsoyunun davasında.*
- Kendisi ile arasında evlatlık bağı bulunanın davasında.*
- Üçüncü derece de dâhil olmak üzere kan veya kendisini oluşturan evlilik bağı kalksa dahi kayın hısımlığı bulunanların davasında.*
- Nişanlısının davasında.*
- İki taraftan birinin vekili, vasisi, kayyımı veya yasal danışmanı sıfatıyla hareket ettiği davada.*

### *Ret sebepleri*

**MADDE 36-** (1) *Hâkimin tarafsızlığından şüpheyi gerektiren önemli bir sebebin bulunması hâlinde, taraflardan biri hâkimi reddedebileceği gibi hâkim de bizzat çekilebilir. Özellikle aşağıdaki hâllerde, hâkimin reddi sebebinin varlığı kabul edilir:*

*ç) Davanın, dördüncü derece de dâhil yansoy hısımlarına ait olması. (Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Mevzuat Bilgi Sistemi,*

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6100&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5, E.T. 14.02.2023.>

75 Ergun **Özbudun**, “Yargının Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı”, Zaman, 26.7.2007; Çağlar Gürgey, Hukuk Etiği, s. 234-237; **Canadian Judicial Council**, Ethical Principles for Judges, [https://cjc-ccm.ca/cmslib/general/news\\_pub\\_judicialconduct\\_Principles\\_en.pdf](https://cjc-ccm.ca/cmslib/general/news_pub_judicialconduct_Principles_en.pdf), E.T. 8.11.2021, s. 8.

uymalarını engelleyen her türlü saldırıya karşı hukukun bütünlüğünü korumakla yükümlüdürler.<sup>76</sup> Bu bağlamda yargı bağımsızlığı yargıçlar için hem hak hem ödevdir. Yargıçlar yargı bağımsızlığı sağlayacak her türlü kurumsal olanakların sağlanmasını talep etme hakkına sahiptirler. Aksi takdirde bağımsızlık ödev ve yükümlülüklerini gerçekleştirmeleri neredeyse imkânsız hale gelebilir. Bangalore Yargısal Davranış İlkeleri'ne göre yargıçlar, *yargı bağımsızlığı, hukukun üstünlüğünün ön koşulu ve adil yargılanmanın temel garantisidir. Bu nedenle yargıç hem bireysel hem de kurumsal yönleriyle yargı bağımsızlığını korumalı ve bu konuda örnek teşkil etmelidir.*<sup>77</sup> Bu norma göre yargıçlar hukuku korumanın bir ön koşulu olan yargı bağımsızlığın korunması konusunda etik yükümlülüğe sahiptirler.

Yargıçların yargı bağımsızlığı altında yargısal eylemlerini gerçekleştirmeleri aynı zamanda bir insan hakkıdır.<sup>78</sup> Hukuk toplumu içinde yaşayan bireyler yaşadıkları hukuki uyumsuzlukların bağımsız yargıçlar tarafından karara bağlanmasını isteme hakları vardır. Dolayısıyla yargıçlar, yargıçlık kimliği dışında insan olarak yargı bağımsızlığını talep etme hakkına sahiptirler. Aynı zamanda yargıçlık sosyal rolleri gereği insanların hukuk toplumunda yargıya güvenmelerini sağlayacak yargı bağımsızlığı ilkesini yerine getirmekle yükümlüdürler. Yargıçların bağımsız olmaları insanların adalet sistemine yönelik güvenini artırır ki bu bir hukuk sistemi için hayati öneme sahiptir. Bu nedenle yargıçların bağımsızlığının korunması hukuk sisteminin korunmasıdır.<sup>79</sup>

### 3. Bütünlük

Yargıçların sosyal rollerini belirleyen norm yükümlülüklerinden bir diğeri bütünlük değeriyle ilişkilidir. Hukuku ve dolaylı olarak yargıçlık

---

<sup>76</sup> Green, s. 240.

<sup>77</sup> UNODC, The Bangalore Principles of Judicial Conduct, <https://www.unodc.org/documents/ji/training/bangaloreprinciples.pdf>, E.T. 20.03.2023.

<sup>78</sup> Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi'nin 10. maddesine göre: *Herkes, haklarının, vecibelerinin veya kendisine karşı cezai mahiyette herhangi bir isnadın tespitinde, tam bir eşitlikle, davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından adil bir şekilde ve açık olarak görülmesi hakkına sahiptir.* (Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, [https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/trk.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/trk.pdf), E.T. 12.10.2023).

<sup>79</sup> Jeffrey M. Sharman, "Judicial Ethics", Georgetown Journal of Legal Ethics, C. 2, S. 1, 1988, s. 11.



işini koruma yükümlülüğü yargıçların bütünlüklü olmalarını gerektirmektedir. Bütünlük kavramının anlamı konusunda belirsizlik vardır.<sup>80</sup> Bütünlük kelimesi genellikle dürüstlük kelimesiyle eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Ancak bütünlük dürüstlükten çok daha fazlasını ifade etmektedir. Aslında bütünlük kelimesinin dürüstlikle eş anlamlı kullanılması kelimenin anlamını sınırlandırmaktadır.<sup>81</sup> Kelimenin İngilizce karşılığı olan “integrity” kelimesi Latince *integritas* kelimesinden gelmektedir. Latince *integritas* bütünlük, tamlık, kusursuzluk, dürüstlük, ahlaklı, iffetli anlamlarına gelmektedir.<sup>82</sup> İngilizce *integrity* kelimesi bütün, tam, dürüst olma hallerini ifade etmektedir. Latineden gelen diğer anlamlar İngilizcede anlamlarını yitirmiştir. Bu özelliklere sahip kişi bütünlük sahibidir. Aksi söz konusu ise değildir.<sup>83</sup> Bireyin nasıl biri olduğu ya da nasıl olması gerektiğine ilişkin bir standart sunmaktadır. Bireyin bütünlüklü olması sözleri ve eylemleri arasındaki içsel ilişkiyi ifade eder. Bütünlük bu bağlamda üç unsuru barındırmaktadır. Bunlar, bireyin sözüyle eylemleri arasındaki (i) farklı zamanlardaki insicamı; (ii) farklı roller veya bağlamdaki tutarlılığı; (iii) gözlemlenebilir sözleri ve eylemleri ile içsel görüşleri ve duyguları arasındaki uyumdur.<sup>84</sup>

Yargıçların bütünlüklü olması farklı zamanlarda farklı davranmamalarına ve sözleri ile eylemleri arasında süreç içinde bir insicam olmasıyla ilişkilidir. Birey olarak yargıcın sosyal hayatı çeşitli kompartımanlara ayrılmıştır. Bunların her birinde farklı bir kimliği ve bu

---

80 Hukuk felsefesi literatüründe “bütünlük” kavramı çoğunlukla Ronald Dworkin’in hukuk teorisindeki “bütünlük olarak hukuk” (*law as integrity*) yaklaşımını çağırılmaktadır. Dworkin “Hukukun Hükümdarlığı” başlıklı kitabında söz konusu yaklaşımını net bir şekilde ortaya koymaktadır. Buna göre yargıçların her durumda geçmişte verilen mahkeme kararları ve diğer hukuki düzenlemeleri dikkate alma yükümlülüğünün olduğu belirtilmektedir. Böylece geçmiş ile güncel kararlar arasında uyum sağlanarak hukukta bütünlük sağlanacaktır. Dworkin bütünlük kavramının yargıcının erdemi olarak değil, hukukun olması gereken bir özelliği olarak ele almaktadır. (Dworkin, s. 224-345; Bix, A Dictionary of Legal Theory, s. 99-100; J. E. Penner/E. Melissaris, McCoubrey&White’s Textbook on Jurisprudence, Oxford University Press, Oxford 2012, s. 94).

81 David Luban, *Legal Ethics and Human Dignity*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, s. 267.

82 Etimoloji Sözlüğü, <https://www.etimolojiturkce.com/kategori/Klasik-Latine/29>, E.T. 2.2.2019.

83 Albert W. Musschenga, “Integrity-Personal, Moral and Professional”, *Personal and Moral Identity*, Editörler, Albert W. Musschenga/Wouter van Haften/Ben Spiecker/Marc Slors, Kluwer, Netherlands 2002, s. 169.

84 Musschenga, s. 174; Çağlar Gürgey, s. 238-244.

kimlikle ilişkili farklı sosyal rol ve yükümlülükleri olabilir.<sup>85</sup> Ancak bunların her birinde ortaya koymuş olduğu eylemlerinin aynı olması değil, eylemleri belirleyen kararların temellendirmelerinin tutarlı olması bütünlüğünü sağlayacaktır. Örneğin bir yargıç yargılama faaliyetlerinde eşitlik ilkesini değerlendirmelerinde ölçüt alırken, ebeveyn kimliğinde çocuklarına yönelik eylemlerinde ayrımcılık içeren davranışlarda bulunuyorsa bütünlükten bahsetmek güçleşebilir.<sup>86</sup> Bütünlüğün ilk iki unsuru bütünlük ilkesinin yargı etiğinin diğer ilkeleriyle sıkı bağlantısını ortaya koymaktadır. Yargıç yargıçlık mesleği ya da işiyle ve yargıçlık kimliği dışındaki sosyal rolleriyle bağlantılı kararlarını temellendirirken tarafsızlık, bağımsızlık, eşitlik ve özen gibi değerleri somutlaştıran ilkesel normlara başvurması yargıcın bütünlüklü olmasını sağlamaktadır.

Bütünlük değerine ilişkin ilkenin ilk iki unsuru bireyin kamusal ve sosyal hayatıyla ilişkilidir. Ancak üçüncü unsur bireyin kişisel ahlaki kararlarıyla ilişkilidir. Örneğin birey dini inancı nedeniyle alkollü içki içilmesini yanlış olduğunu düşünüyor ama bunu ifade etmiyorsa, ama siyasi kimliğiyle alkollü içki içenlerden oy alabilmek için içki içmenin yanlış olmadığını ifade ediyorsa, üçüncü kişilerin bu bireyi bütünlük değeri bağlamında değerlendirirken, sözüyle eylemleri arasında uyum olduğunu düşünebilir. Zira gerçeklikte gözlenemeyen bir uyumsuzluk vardır. Bu uyumsuzluk bütünlük ilkesinin ihlali olarak kabul edilebilir. Söz konusu unsur bütünlük değeriyle bağlantılı sosyal normun dürüstlük değeriyle ilişkisini de ortaya koymaktadır. BM “Bangalore Yargısal Davranış İlkeleri”nde doğruluk değerine ilişkin ilkede doğruluk yargı görevinin düzgün bir şekilde yerine getirilmesinde esas bir unsur olduğu düzenlemiştir.<sup>87</sup> Bu ilkeden yola çıkılarak ortaya konulan kurallara bakıldığında yargıçların bütünlüğü korumakla yükümlü olmalarının yanı sıra adaletin sağlandığına dair görüntünün de korunmasının gerekli olduğu düzenlenmiştir. Benzer bir yaklaşım BM “Bangalore Yargısal Davranış İlkeleri”nde 4.3. maddesinde yer almaktadır. Buna göre *yargıç, kendi mahkemesinde hukuk mesleğini icra eden kişilerle olan kişisel ilişkilerinde, makul şekilde değerlendirildiğinde taraflılık veya iltimas görüntüsü veya şüphesi doğurması muhtemel olan durumlardan*

---

85 Luke **Brunning**, “Virtuous Chaleans-Social Roles, Integrity, and the Value of Compartmentalization”, *The Ethics of Social Roles*, Editörler: Alex Barber, Sean Cordell, Oxford University Press, Oxford 2023, s. 298.

86 **Musschenga**, s. 172.

87 **UNODC**, *The Bangalore Principles of Judicial Conduct*, <https://www.unodc.org/documents/ji/training/bangaloreprinciples.pdf>, E.T. 20.03.2023, s. 11.

*kaçınılmalıdır.*<sup>88</sup> Bu bağlamda bütünlük tarafsızlık ilkesiyle birlikte ele alınmaktadır. Belçika’da pedofil olduğu iddia edilen bir kişi tarafından kaçırılan iki kız çocuğu kurtarılmış ve mesele yargıya intikal etmiştir. İlgili davanın yargıcı, kız çocuklarının ebeveynleri tarafından düzenlenen ve kâr amacı gütmeyen bir derneğin toplantısına katılmış ve orada kendisine kalem ve çiçek hediyeleri verilmiştir. Bu hediyelerin kabul edilmesi, Belçika Temyiz Mahkemesi tarafından bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda şüphe uyandırdığı değerlendirilmiş ve bütünlüğün ihlali gerekçesiyle davadan uzaklaştırılmıştır.<sup>89</sup> ABD’nin Teksas Eyaletinde, bir yüksek mahkeme yargıcının kendi haberi olmamasına rağmen, mahkemesindeki yetkililerin bir hukuk firmasının daveti üzerine Las Vegas’ta haftasonu tatiline gitmeleri yargısal bütünlüğün ihlali olarak kabul edilmiştir.<sup>90</sup> Brezilya’da bir yargıç 63 akrabasını yetkili olduğu mahkemede istihdam etmesi, Belçika’da bir yargıcın sado-mazoşist kulüplere gitmesi yargısal bütünlüğün ihlali olup olmadığı tartışılmıştır.<sup>91</sup> Rüşvet almak, yalan söylemek, kendi çıkarlarını sağlamak için yargıçlık rolünün prestijinden yararlanmak ya da bu rolü araçsallaştırmak gibi yargısal etik standartları ihlal eden eylemler, bütünlüğün ihlali olarak kabul edilmektedir. Söz konusu ihlallere ilişkin eylemler yargıçlarda tarafgirlik görüntüsü ve şüphesi doğurmaktadır ki bu bir sosyal rol olarak yargıçların hukuku koruma yükümlülüğünün yerine getirilmemesine neden olmaktadır.

## SONUÇ

Yargıçların sosyal rolünü belirleyen normlar ve bu normlardan kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesi hukuk toplumu olmanın “olmazsa olmaz” koşulu olarak karşımıza çıkmaktadır. Yargıçların söz konusu rollerin dışına çıkmalarını haklı gösterecek herhangi bir sebep yoktur. Dolayısıyla söz konusu rollerin dışına çıkan yargıç kimliğine sahip kişiler, pozitif hukuk sisteminin adalet değeriyle ilişkisi bağlamında yargıç olarak kabul edilebilme ihtimali vardır. Ancak fiili anlamda yaptıkları iş yargıçlık rolüyle ilişkili kabul edilemez. Bu bağlamda

---

88 UNODC, The Bangalore Principles of Judicial Conduct, s. 12.

89 Jonathan Soeharno, The Integrity of the Judge- A Philosophical Inquiry, Ashgate, Birleşik Krallık 2009, s. 90-91.

90 Jeffrey M. Sharman, Judicial Ethics: Independence, Impartiality, and Integrity. Inter-American Development Bank, Sustainable Development Department State, Governance and Civil Society Division Judicial Reform Roundtable II, Washington D.C. 1996, s. 18.

91 Daha fazla örnek için bkz. Soeharno, 1. Bölüm; Çağlar Gürgey, s. 238-253.

yargıçların her şeyden önce hukuka içsel bakış açısıyla yaklaşmaları gerekmektedir. Aksi halde hukuk toplumu içerisinde yaşamak mümkün olmayacaktır. Hart'a göre hukuk toplumu olmamak ilkel toplum olmak demektir. İlkellik çeşitli disiplinlerde, günlük dilde, argoda farklı anlamlara gelebilir. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi Hart'ın ele aldığı anlamda ilkellik ikincil kuralların olmadığı ve dolayısıyla yargıçların ikincil kurallara yönelik içsel bakış açısının olmadığı bir toplumla ilişkilidir. Hukuk toplumunda yargıçların kararlarını hukukla temellendirmeleri gerekir. Yargıçlık diğer işlerden farklı olarak rol farklılaşmasının güçlü olduğu bir alandır. Sıradan insanların her bir uyuşmazlıkta hukuka uygun karar vermeleri ahlaki bir yükümlülük değildir. Ancak yargıçlar rol ahlakı gereği hem özel hem iş hayatlarında her durumda hukuka uygun karar vermeleri gerekmektedir.<sup>92</sup>

Hukuki belirsizliği gidermekle yükümlü olan yargıçların hukuku sadece hukuku uygulamak, düzeltmek ve korumakla ilişkili yükümlülüklerini yerine getirdikleri ölçüde hukuk toplumunda barış içerisinde yaşamak mümkün olabilir. Sonuç olarak hukuk toplumunda adalet değerinin gerçekleşmesi sadece kuralların varlığıyla ilişkili değildir. Bu kuralların uygulanmasını sağlama ödevine sahip yargıçların nasıl kişiler oldukları ve bu bağlamda kurullarla kurdukları ilişki adil bir toplumsal hayat açısından belirleyicidir. Kurumsal hukuki düzenlemelerin olmadığı toplumlarda dahi, yargıçlar toplumla yaptıkları zımni sözleşmeye bağlı olarak erdemli olmak ve sosyal rol yükümlülüklerini yerine getirmek zorundadırlar. Benzer zorunluluk kurumsal düzenlemelerin adil olmadığı toplumlar için de geçerlidir. Söz konusu yükümlülüklerin gerçekleştirilmesi yargıçlara önemli bir özgürlük alanı verdiği açıktır.<sup>93</sup> Yargısal erdemler sınırında yer alan bu özgürlük alanında hareket eden yargıçların olduğu toplumlarda adalet değerinin gerçekleşme imkânı daha olasıdır. Özellikle demokratik hukuk toplumlarında üst düzey yargıçların söz konusu özgürlük alanının daha geniş olduğu ve bu bağlamda da yükümlülüklerinin bu çalışmada ortaya konulanlardan daha geniş olduğu söylenebilir. Ancak asgari düzeyde her toplum için yargıçlarının hukuku uygulama, düzeltme ve koruma yükümlülükleri gerçekleştirmeleri hukuk toplumu için bir gerekliliktir.

---

92 Alan H. **Goldman**, "The Moral Foundations of Professional Ethics", Rowman and Littlefield, Totowa, New Jersey 1980, s. 137.

93 Brian **Leiter**, "The Roles of Judges in Democracies: A Realistic View", Journal of Institutional Studies, C. 6, S. 2, 2020, s. 368.

**KAYNAKÇA**

**Aktaş**, Sururi, “Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 1-2, 2010, s. 1-28.

**Aktaş**, Sururi, “Hukukta Yorum Çabaları”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 3-4, 2011, s. 1-33.

**Aral**, Vecdi, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, Filiz Kitapevi, İstanbul 1991.

**Austin**, John, The Province of Jurisprudence Determined, Editör, Wilfrid E. Rumble, Cambridge University Press, Cambridge 2001.

**Aydın**, Melike Belkıs, “Gustav Radbruch Düşüncesinde Dönemsel Vurgu Değişimi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXIII, S. 2, 2016, s. 7-28.

**Barber**, Alex/**Cordell**, Sean, “An Overview of Social Roles and Their Ethics”, The Ethics of Social Roles, Editörler, Alex Barber/Sean Cordell, Oxford University Press, Oxford 2023, s. 1-22.

**Bentham**, Jeremy, Of Laws General, The Athlone Press, Birleşik Krallık University of London, 1970.

**Birleşmiş Milletler**, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, [https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/trk.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/trk.pdf), E.T. 12.10.2023.

**Birleşmiş Milletler**, Bangalore Yargı Etiği, <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/4a92e0cc-e94b-4912-aaf9-5dfc5b885e98.pdf>, E.T. 5.5.2023.

**Bix**, Brian, “H.L.A. Hart and the “Open Texture” of Language”, Law and Philosophy, C. 10, S. 1, 1991, s. 51-72.

**Bix**, Brian, Law, Language, and Legal Determinacy, Oxford University Press, Oxford 1993.

**Bix**, Brian, A Dictionary of Legal Theory, Oxford University Press, Oxford 2009.

**Bix**, Brian, Jurisprudence: Theory and Context, 7. Bası, Sweet&Maxwell, Birleşik Krallık 2015.

**Britannica Encyclopaedia** Editörleri, “Learned Hand”, Encyclopedia Britannica, <https://www.britannica.com/biography/Learned-Hand>, E.T. 11.03. 2024

**Brunning**, Luke, “Virtuous Chaleleans-Social Roles, Integrity, and the Value of Compartmentalization”, The Ethics of Social Roles, Editörler, Alex Barber/Sean Cordell, Oxford University Press, Oxford 2023, s. 298-319.

**Canadian Judicial Council**, Ethical Principles for Judges, [https://cjc-ccm.ca/cmslib/general/news\\_pub\\_judicialconduct\\_Principles\\_en.pdf](https://cjc-ccm.ca/cmslib/general/news_pub_judicialconduct_Principles_en.pdf), E.T. 8.11.2021.

**Çağlar Gürgey**, Fatma İrem, “Ev-içi Şiddet Davalarında Yargıcın Tarafsızlığı”, Ankara Barosu Dergisi, C. 73, S. 4, 2015, s. 55-75.

**Çağlar Gürgey**, Fatma İrem, Hukuk Etiği-Felsefi Hukuk Etiği-Hukuk Meslek Etiğine İlişkin Yazılı Standartlar, On İki Levha, İstanbul 2024.

**Dworkin**, Ronald, Justice in Robes, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England 2006.

**Dworkin**, Ronald, Hakları Ciddiye Almak, Çev: Ahmet Ulvi Türkbağ, Dost Kitapevi Yayınları, Ankara 2007.

**Dworkin**, Ronald, Hukukun Hükümranlığı, Çev: Ertuğrul Uzun, Nora Yayınları, İstanbul 2018.

**Dyzenhaus**, David, “The Very Idea of a Judge”, University of Toronto Law Journal, C. 60, S. 1, 2010, s. 61-80.

**Etimoloji Sözlüğü**, <https://www.etimolojiturkce.com/kategori/Klasik-Latince/29>, E.T. 02.02.2019.

**Finnis**, John, Natural Law and Natural Rights, Oxford University Press, Oxford 1980.

**Freeman**, M.D.A., Lloyd’s Introduction to Jurisprudence, Sweet&Maxwell, 9. Bası, Birleşik Krallık 2014.

**Fuller**, Lon. L., “Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart”, Harvard Law Review, C. 71, S. 4, 1958, s. 630-672.

**Fuller**, Lon. L., “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık-Profesör Hart’a Bir Cevap, Çev: Sevtap Metin, H.L.A Hart ve Hukuk-Ahlâk Ayrımı, Editör: Sercan Gürler, Tekin Yayınevi, İstanbul 2015, s. 153-215.

**Goldman**, Alan H., “The Moral Foundations of Professional Ethics”, Rowman and Littlefield, Totowa, New Jersey 1980.

**Goodin**, Robert E./**Reeve**, Andrew, “Liberalism and Neutrality”, Liberal Neutrality, Editörler: Robert E. Goodin/Andrew Reeve, Routledge, New York, London 1989, s. 1-8.

**Green**, Leslie, The Germ of Justice, Oxford University Press, Oxford 2023.

**Gürkan**, Ülker, Hukuki Realizm Akımı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 1967.

**Hardimon**, Michael, “Role Obligations”, The Journal of Philosophy, C. 91, S. 7, 1994, s. 333-363.

**Hart**, Herbert Lionel Adolphus, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, Harvard Law Review, C. 71, S. 4, 1958, s. 593- 629 (**Hart**, Herbert Lionel Adolphus, “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması”,

Çev.: Ertuğrul Uzun, H.L.A Hart ve Hukuk-Ahlâk Ayrımı, Editör Sercan Gürler, Tekin Yayınevi, İstanbul 2015, s. 101-152)

**Hart**, Herbert Lionel Adolphus, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford 1983.

**Hart**, Herbert Lionel Adolphus, *The Concept of Law*, 2. Bası, Oxford University Press, Oxford 1994.

**Hobbes**, Thomas, *Leviathan*, Çev: Semih Lim, YKY, İstanbul 2001.

**Holmes**, Oliver Wendell, “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, C. 10, S. 8, 1897, s. 457-478.

**İspir**, Zeynep, “H.L.A. Hart’ın “Takdir” Metni Üzerine Bir İnceleme”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 1, 2020, s. 228-241.

**Kramer**, Matthew H., *H.L.A. Hart*, Polity Press, Cambridge 2018.

**Kuçuradi**, İoanna, “Ahlak ve Kavramları”, *Uludağ Konuşmaları-Özgürlük, Ahlak, Kültür Kavramları*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 1988, s. 20-36.

**Leiter**, Brian, “The Roles of Judges in Democracies: A Realistic View”, *Journal of Institutional Studies*, C. 6, S. 2, 2020, s. 346- 375.

**Linton**, Ralph, *The Study of Man*, Appleton-Century-Crofts, Inc, New York 1936.

**Luban**, David, *Legal Ethics and Human Dignity*, Cambridge University Press, Cambridge 2009.

**MacCormick**, Neil, *H.L.A. Hart*, Stanford University Press, Stanford 2008.

**Mead**, George Herbert, *Zihin, Benlik ve Toplum*, çev: Yeşim Erdem, Heretik Yayınları, Ankara 2019.

**Metin**, Sevtap/**Hepner**, Altan, *Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü*, Tekin Yayınları, İstanbul 2014.

**Montefiore**, Alan, *Neutrality and Impartiality*, Cambridge University Press, Cambridge 1975.

**Montesquieu**, *Kanunların Ruhu Üzerine*, Çev: Fehmi Baldaş, Seç Yayın Dağıtım, Ankara 2004.

**Moore**, Michael S., *Educating Oneself in Public: Critical Essays in Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford 2000.

**Morawetz**, Thomas, *An Introduction-The Philosophy of Law*, Macmillan Publishing Co., Inc. New York 1980.

**Murphy**, Mark C., “Natural Law Theory”, *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Editörler, Martin P. Golding, William A. Edmundson, Blackwell Publishing, Birleşik Krallık 2005, s. 15-28.

**Musschenga**, Albert W., “Integrity-Personal, Moral and Professional”, *Personal and Moral Identity*, Editörler, Albert W. Musschenga/Wouter



van Haafden/Ben Spiecker/Marc Slors, Kluwer, Netherlands 2002, s. 169-201.

**Özbudun**, Ergun, “Yargının Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı”, Zaman, 26.7.2007.

**Özkök**, Gülriz, “Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 51, S 2, 2002, s. 1-18.

**Penner**, J.E./**Melissaris**, E., McCoubrey&White’s Textbook on Jurisprudence, Oxford University Press, Oxford 2012.

**Plucknett**, T.F.T., Legislation of Edward I, Clarendon Press, Oxford 1949.

**Radbruch**, Gustav, “Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946)”, Oxford Journal of Legal Studies, C. 26, S. 1, 2006, s. 1-11.

**Raz**, Joseph, “Liberalism, Autonomy, and the Politics of Neutral Concern”, Midwest Studies in Philosophy, C. 7, S. 1, 1982, s. 89-120.

**Raz**, Joseph, Between Authority and Interpretation, Oxford University Press, Oxford 2009.

**Shapiro**, Scott J., “What is the Internal Point of View?”, Fordham Law Review, C. 75, S. 3, 2006, s. 1157-1170.

**Sharman**, Jeffrey M., “Judicial Ethics”, Georgetown Journal of Legal Ethics, C. 2, S. 1, 1988, s. 1-20.

**Sharman**, Jeffrey M., Judicial Ethics: Independence, Impartiality, and Integrity, Inter-American Development Bank, Sustainable Development Department State, Governance and Civil Society Division Judicial Reform Roundtable II, Washington D.C. 1996.

**Shaw**, Julia J. A., Jurisprudence, Pearson, Birleşik Krallık 2019.

**Soeharno**, Sonathan, The Integrity of the Judge-A Philosophical Inquiry, Ashgate, Birleşik Krallık 2009.

**Soper**, Philip, “Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute”, Michigan Law Review, C. 75, S. 3, 1977, s. 473-519.

**Sussking**, Richard, Online Courts and the Future of Justice, Oxford University Press, Birleşik Krallık 2019.

**Şahin Ceylan**, Şule, H.L.A. Hart’ın Hukuk Kuramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.

**Topçuoğlu**, Hamide, Hukuk Sosyolojisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1969.

**Turner**, Ralph H., “Rol ve Statü”, Sosyolojik Düşünce Sözlüğü, Editörler, Massimo Borlandi, Raymond Boudon, Mohamed Cherkaoui, Bernard Valade, Çev: Bülent Arıbaş, İletişim Yayınları, İstanbul 2011.

**Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Mevzuat Bilgi Sistemi**,



<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6100&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>, E.T. 14.02.2023.

**UNODC**, The Bangalore Principles of Judicial Conduct, <https://www.unodc.org/documents/ji/training/bangaloreprinciples.pdf>, E.T. 20.03. 2023.

**Uygur**, Gülriz, “Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 3, 2003, s. 145-176.

**Uzun**, Ertuğrul, Hukuk Metodolojisinin Sorunları, Nora Kitap, İstanbul 2016.

**West**, Robin, Caring for Justice, New York University Press, New York-London 1997.

**Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı**, E. 2003/21-349, K. 2003/382, T. 04.06.2003,





# Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 28 Sayı/No: 1 Haziran/June 2024

## The Act Singularity in the Scope of Conceptual Aggregation in Turkish Criminal Law

Türk Ceza Hukukunda Fikri İçtima Bağlamında Fiil Tekliği

  Arş. Gör. Burak TAŞ\*

 10.60002/ebyuhfd.1410454

### ABSTRACT

The scope of the concept of act in criminal law is highly controversial. This discussion proceeds on two grounds. Although it is generally accepted that the concept of act expresses the conduct in Turkish doctrine and the Turkish Penal Code No. 5237, the other view argues that the concept of act expresses the conduct, result and causal relation. These differences of view create a problem in explaining the concept of singularity of act in conceptual aggregation. In the study, the concept of singularity of act has been tried to be explained on the basis of conduct and opinions on singularity of act are given. In this context, as a

\* Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

**Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article**

**Geliş/Received:** 26.12.2023 | **Kabul/Accepted:** 01.05.2024.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (köt) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

**Atıf/Cite as:** Burak Taş, “The Act Singularity in the Scope of Conceptual Aggregation in Turkish Criminal Law”, EBYÜ-HFD, C. 28, S. 1, Haziran 2024, s. (207-228).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

requirement of the criminal justice that the TPC aims to establish, it has been concluded from these opinions that singularity of conduct in the legal sense should be applied. It is very important to ensure unity in practice on this issue related to personal liberty. The authority to ensure this unity rests with the Court of Cassation through unification of case law. It has been concluded that the Court of Cassation should make a choice about what should be understood by the concept of act and ensure unity in the implementation of singularity of act.

**Keywords:** Act, Conduct, Result, Singularity of Act, Conceptual Aggregation.

### ÖZET

Ceza hukukunda fiil kavramının kapsamı oldukça tartışmalıdır. Bu tartışma iki temelde ilerlemektedir. Türk doktrininde ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda genel olarak fiil kavramının hareketi ifade ettiği kabul edilmekle birlikte diğer görüş fiil kavramının hareket, netice ve nedensellik bağını ifade ettiğini savunmaktadır. Bu görüş farklılıkları ise fikri içtimada fiil tekliği kavramını açıklamada problem oluşturmaktadır. Çalışmada fiil tekliği kavramı hareket temeli üzerinden açıklanmaya çalışılmış ve fiil tekliği üzerine görüşlere yer verilmiştir. Bu kapsamda TCK'nın tesis etmeyi amaçladığı ceza adaletinin gereği olarak bu görüşlerden hukuki anlamda hareket tekliğinin uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Kişi özgürlüğüne ilişkin bu konuda uygulamada birliğin sağlanması oldukça önem arz etmektedir. Bu birliği sağlama yetkisi ise içtihatları birleştirme yoluyla Yargıtay'a aittir. Yargıtay'ın fiilden anlaşılması gereken hakkında bir tercih yapıp fiil tekliği uygulamasında birlik sağlanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Fiil, Hareket, Netice, Fiil Tekliği, Fikri İçtima

### INTRODUCTION

The general theory of crime considers crime as a legal institution.<sup>1</sup> The main subject of the general theory of crime is the criminal act.<sup>2</sup> What should be understood from the concept of act is one of the most controversial issues in criminal law.

---

1 Nurullah **Kunter**, Suçun Kanuni Unsurları, 2<sup>th</sup> Press, Der Publishing, İstanbul 2022, p. 1.

2 **Kunter**, Suçun Kanuni Unsurları, p. 1.

In criminal law, the more acts there are, the more crimes; and the more crimes, the more punishments.<sup>3</sup> This principle states that “*in criminal law, determining crimes and penalties separately is the rule, and combining crimes is the exception*”.<sup>4</sup> According to this principle, each act<sup>5</sup> constitutes a separate crime and penalty for each crime. The point that constitutes the exception is the cases where a separate responsibility is not foreseen for each crime related to more than one crime committed by the perpetrator and it is necessary to punish only one of these conducts. These situations, on the other hand, show themselves as a combination of crimes in criminal law.<sup>6</sup> In TPC No. 5237, the determination of the number of crimes committed is not based on the result but on the act.<sup>7</sup> It will be necessary to determine the number of acts in the context of determining the number of crimes committed in the consolidation of penalties. This reveals the importance of the concept of act. In the preparation of the Turkish Penal Code No. 5237, the rule of actual aggregation<sup>8</sup> was adopted.<sup>9</sup> There are some exceptions to the rule of actual aggregation and these exceptions are regulated under the section of “joinder of crimes” in TPC, including

- 
- 3 Neslihan **Göktürk**, “Türk Hukuku’nda Suçların İçtimar”, Journal of Criminal Law Criminology, V. 2, I. 1-2, 2014, p. 31.
  - 4 Çetin **Akkaya**, “Suçların İçtimar Bağlamında Fiil Tekliği”, Journal of Court of Jurisdictional Disputes, V. 7, I. 13, 2019, p. 2.
  - 5 In this study concept of “act” used as “*fiil*” in Turkish. Also concept of “conduct” used as “*hareket*” in Turkish.
  - 6 **Göktürk**, “Türk Hukuku’nda Suçların İçtimar”, p. 31-32.
  - 7 İzzet **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16<sup>th</sup> Press, Seçkin Publishing, Ankara 2020, p. 642.
  - 8 The aggregation, which is also called as union, fusion or gathering, is divided into two as the aggregation of crimes and punishments. The combination of crimes leads to the non-implementation of the punishment of some of the crimes that are associated with the perpetrator. The aggregation of punishments, on the other hand, makes it possible to combine more than one sentence given in one or different trials against the same perpetrator. Mustafa **Avcı**, “İslam ve Osmanlı Ceza Hukukunda İçtima”, Kırıkkale Law Journal, V. 1, I. 1, 2021, p. 3.
  - 9 In Philippines, conceptual aggregation is considered in the same way with Turkey. In Philippines Penal Code it is called “Penalty for Complex Crimes”. This provision says that: “*When a single act constitutes two or more crimes, or when an offense is a necessary means for committing the other, the penalty for the most serious crime shall be imposed, the same to be applied in its maximum period.*” <https://amslaw.ph/philippine-laws/criminal-law/reviced-penal-code-of-the-philippines> Access Date: 5.3.2022.

successive crime, conceptual aggregation and compound crime.<sup>10</sup> The concept of act and the singularity or plurality of the act are important within the scope of conceptual aggregation. More than one crime may be caused by a single act, or the same crime may be committed more than once with a single act.

In the TPC numbered 5237, in terms of deviation from the target, no regulation was made contrary to Art. 52 of the TPC numbered 765.<sup>11</sup> In the case of deviation from the target, the provisions of the disparate (*farklı nev'iden*) or congenerous (*aynı nev'iden*) conceptual aggregation will be applied according to the conditions of the fact.<sup>12</sup> Considering the justification of Art. 44 of the TPC, it is foreseen that in the case of deviation from the target, the provisions regarding the conceptual aggregation will be applied.<sup>13</sup>

Art. 43/2<sup>14</sup> of the TPC regulates that if the same crime is committed with a single act against more than one, a penalty will be imposed. In Art. 44<sup>15</sup> of the TPC, it is regulated that a person who causes more than one different crime to occur with an act committed will be punished for the crime that requires the heaviest punishment. In congenerous conceptual

---

10 Ö. Ceren **Yavuz**, *Hedefte Sapma ve Ceza Sorumluluğu*, Seçkin Publishing, Ankara 2020, p. 95.

11 **Özgenç**, p. 654.

12 **Özgenç**, p. 654; **Yavuz**, p. 95.

13 “Both in doctrine and in practice, the opinion that the rule of conceptual aggregation should be applied in the case of deviation from the target is dominant. For this reason, it has been abandoned in the legal regulation to evaluate the deviation in the target together with the mistake in the individual. For instance, a stick thrown to injure a person may break the glass of the shop window after injuring the victim or without hitting the victim. In this case, with the act of throwing a stick, both the crime of injury, which has been completed or at the stage of attempt, and the crime of damaging someone else's property are committed. In the same way, a bullet fired from a gun to kill a person may cause the death or injury of another person, due to hitting the wall without hitting the victim by bouncing. In this case, the crime of willful killing for the targeted person remained at the stage of attempt; However, in terms of the person whose death or injury is caused as a result of bouncing, the crime of killing by negligence or injuring by negligence is committed. In such cases, the person causes the formation of more than one different crime with an act, and it should be contented with the punishment of the heaviest punishment among these crimes.” The Justification of TPC Art. 44, <https://ceza-bb.adalet.gov.tr/> Access Date: 9.5.2021

14 “The provisions of the paragraph one shall apply where a crime is committed against more than one person with a single act.”

15 “A person who commits more than one crime with a single act shall only be sentenced for the crime that requires the heaviest penalty.”

aggregation, the perpetrator commits the same crime against more than one person with a single act, whereas in disparate conceptual aggregation, the perpetrator causes the formation of more than one crime with a single act. In this context, in terms of both institutions, the “*singularity of the act*” committed by the perpetrator emerges as a common condition.<sup>16</sup> From this point of view, the concept of act is important in terms of determining criminal responsibility. Accordingly, criteria based on the singularity or plurality of the act emerges from the meaning of the act.

The provision on conceptual aggregation is mainly regulated in general part of the TPC. However, spesific provisions about this topic are also included in special part of the TPC. Since the study focuses on the singularity of act in the application of conceptual aggregation in general, spesific aggregation issues will not be mentioned.

## I. THE CONCEPT OF ACT

There are two basic views in the doctrine about what should be understood from the act in the context of the joinder of crimes. One of them is that the “*conduct*” should be understood from the act, while the other is that the “*conduct, result and causal relation*” should be understood. the basis of this difference of opinion is based on whether the act element includes the result or whether the result should be evaluated as a separate material element.

In the natural (*causal*) conduct theory adopted by the classical crime theory, it is argued that the act element contains conduct, result and causal relation.<sup>17</sup> However, in practice the act means result for this theory. Based on the fact that every crime has a result, it is argued that one act does not constitute one conduct. According to *Kunter*<sup>18</sup>, who is the first defender of this view in Turkish doctrine, the concept that violates various rules and should be evaluated as a single act is not a conduct, but an act that contains the result. Conduct, according to the author, is the way the perpetrator

---

16 **Yavuz**, p. 96.

17 See. Nevzat **Toroslu**/Haluk **Toroslu**, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Publishing, Ankara 2019, p. 369; Sulhi **Dönmezer**/Sahir **Erman**, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II*, Der Publishing, İstanbul 2019, p. 683; On causal conduct theory, see. Selçuk, **Sami**, *Suç Genel Kuramı*, Seçkin Publishing, Ankara 2021, 68 ff.

18 Mehmet Emin **Artuk**/Ahmet **Gökçen**/Mehmet Emin **Alşahin**/Kerim **Çakır**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Publishing, 14<sup>th</sup> Press, Ankara 2020, p. 804.

realizes her/his behavior.<sup>19</sup> Conduct is the nexus and means between subjective and objective elements of the crime. The act is the result, which is the proximate goal achieved by the use of energy. According to those who support this view, in the case of damage to property with a single conduct such as shooting, conceptual aggregation will not be on the agenda; as a matter of fact, the act evaluated as the result is not singular.<sup>20</sup>

*Final (finalist)* crime theory, on the other hand, accepts conduct, result and causality as independent material elements of typicality.<sup>21</sup> In this theory, the result is not a sub-element of the act. In this context, while the classical theory evaluates the concept of act as the result, the view that separates the conduct and the result from each other evaluates the concept of act as the conduct.<sup>22</sup>

Within the scope of preparatory works of the Italian Penal Code, which is the source of the Turkish Penal Code No. 765, it was first argued that the act should be one in the context of conceptual aggregation, but later on, this view has changed. Subsequently, it was argued that this thought was not appropriate, and that if the result was singular, disparate conceptual aggregation might come to the fore, and the concept of act indicating the result was consciously preferred instead of the conduct.<sup>23</sup>

In the classical understanding, which argues that the concept of act is determined according to the result, the singularity and plurality of the act are determined according to the result.<sup>24</sup> In the context of disparate conceptual aggregation, in this understanding, despite the plurality of conducts such as stealing flour sacks one by one, shooting against the

---

19 Nurullah **Kunter**, “Fikri İctima Sebebi ile Suçların Birleşmesi”, *Istanbul Law Review*, V. XIV, I. 1-2, 1948, 365 ff (Quoted by **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, p. 804 (n. 511)).

20 Hamide **Zafer**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75)*, 7<sup>th</sup> Press, Beta Publishing, İstanbul 2019, p. 593.

21 Hakan **Karakehya**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Publishing, Ankara 2022, p. 51.

22 **Yavuz**, p. 97; Demirbaş also argues that the concept of act expresses the conduct, the results and the causal relation (p. 233), but he also argued that the concept of act singularity in the context of conceptual aggregation is conduct since he accepts that the opinion that gives superiority to the conduct in terms of the time the crime was committed. See. Timur **Demirbaş**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16<sup>th</sup> Press, Seçkin Publishing, Ankara 2021, p. 583.

23 **Dönmezer/Erman**, p. 683.

24 See. Faruk **Erem**, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt I*, Sevinç Publishing, 11<sup>th</sup> Press, Ankara 1976, p. 355.



same victim more than once, and torturing family members, the act is singular because the result is singular.<sup>25</sup>

According to the view that conduct should be understood from the concept of act, the number of conducts performed by the perpetrator expresses the number of acts. Considering that there is not necessarily a result in every crime and that most of the crimes are purely conduct crimes, it cannot be concluded that the result is singular from the singularity of the act in terms of disparate conceptual aggregation. When it is concluded that the conduct should be understood from the concept of act, the application of the provisions of the conceptual aggregation requires that the perpetrator's conduct be singular.<sup>26</sup>

In the German Penal Code, there is no terminology association between the conceptual aggregation and the act with the TPC. German Penal Code Art. 52 regulates conceptual aggregation as “*if the same conduct violates more than one criminal statute or the same criminal statute more than once, only one penalty is imposed*”. In this sense, the concept of act is excluded from German Penal Code, but a conduct-based approach is.<sup>27</sup> According to an opinion in the doctrine, due to this concept difference and the lack of term unity, the German Criminal Code cannot be taken as a basis in the interpretation of the institution of conceptual aggregation in terms of Turkish Law.<sup>28</sup> As a matter of fact, in this context, the principles used in the German doctrine to determine whether the act is singular or not will not be valid in Turkish Law.<sup>29</sup> In German law, the result is evaluated within the legal type, the objective element is considered to consist only of the concept of act, and the term act is used in exchange for the term crime.<sup>30</sup> For these reasons, the conduct is taken as the basis for determining whether the act is singular or not. According to this view, it

---

25 **Erem**, p. 355.

26 **Yavuz**, p. 98.

27 İlhan **Üzülmez**/Mahmut **Koca**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Publishing, 14<sup>th</sup> Press, Ankara 2021, p. 509-510; **Dönmezer/Erman**, p. 683; On the issue that a single conduct is sought in conceptual aggregation, see. Bernd **Heinrich**, Ceza Hukuku Genel Kısım-Cezalandırılabilirliğin Temel Esasları Tamamlanmış ve Teşebbüs Edilen Suçlarda Suçun Yapısı, transl. Hakan Hakeri/Yener Ünver/Veli Özer Özbek/Özlem Çakmut Yenerer/Barış Erman/Koray Doğan/Ramazan Barış Atladı/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Adalet Publishing, Ankara 2014, p. 400-402.

28 **Dönmezer/Erman**, p. 683.

29 **Dönmezer/Erman**, p. 683.

30 **Dönmezer/Erman**, p. 683.

does not seem possible to make direct inferences about Turkish Law in accordance with the acceptances listed in German law.<sup>31</sup>

In American law, there is no general acceptance about act singularity and conceptual aggregation. Generally, there is a distinction between conduct crime and result crime.<sup>32</sup> Therefore, it is observed that the concept of act in American law does not include conduct and result together. Within the scope of actus reus, which is the element of the crime, the act must cause a result prohibited by the legal order. The actus reus, not the act, requires the existence of the result if the crime is a result crime. Nevertheless, there are opinions that argue all types of acts include the result.<sup>33</sup> The general opinion is that separating the result from the act as an element will lead to more accurate results.<sup>34</sup> In terms of conceptual aggregation, there is an application within the scope of the merger doctrine.<sup>35</sup> According to the merger doctrine “*in criminal law, if a defendant commits a single act that simultaneously fulfills the definition of two separate offenses, merger will occur. This means that the lesser of the two offenses will drop out, and the defendant will only be charged with the greater offense. This prevents double jeopardy problems from arising.*”<sup>36</sup> The doctrine of merger refers to the creation of a situation in favor of the perpetrator by prescribing a single criminal conviction instead of conviction for more than one crime. A conviction for the most serious crime creates an advantageous situation for the perpetrator, because the less important crime is not taken as a basis and will not be recorded in the judicial record. This requires that the crimes were not committed at different times and that different crimes were committed. However, it

---

31 Fulya **Eroğlu**, “Sapma Kavramı ve Türk Ceza Hukukunda Sapma Halinde Uygulanacak Hükümler”, The Journal of Yeditepe University Faculty of Law, V. 9, I. 2, 2012, p. 650.

32 See. William **Wilson**, Criminal Law Doctrine and Theory, Pearson, England 2011, p. 152.

33 Michael **Moore**, Act and Crime-The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law, Oxford University Press, United States 2010, p. 387.

34 See for detailed information Selman **Dursun**, Disiplinlerarası Yaklaşımla Ceza Hukukunda Hareket Kavram ve Terimi, Seçkin Publishing, Ankara 2021, p. 225ff.

35 For detailed info, see. *People v. Burton* California Supreme Court, No: 15823, 28.12.1971. Paul H. **Robinson**, The Structure and Limits of Criminal Law, Routledge, New York 2016, p. 71.

36 Cornell Law School, [https://www.law.cornell.edu/wex/merger\\_doctrine](https://www.law.cornell.edu/wex/merger_doctrine) Access Date: 5.3.2022.

should be noted that this practice is not the same for each federation and federal state.<sup>37</sup>

The Turkish Penal Code No. 5237 continued to use the concept of act as it was used in the Law No. 765 in the provision on conceptual aggregation. However, in the justification of the Law, although the justification is excluded from the article, the concept of act is used in the sense of conduct. According to one of the views defending the classical understanding, since the justifications of the article are excluded from the text of the article and can only be used as a means of interpretation, it will not be possible to interpret the words used in the law, and in this context, it will not be possible to reach the conclusion that the term “act” can be accepted in the sense of conduct in conceptual aggregation.<sup>38</sup> However, the TPC Art. 8, clearly states that the act excludes the result.<sup>39</sup> In our opinion, the ratio legis of Art. 8 is intended to extend the state’s territorial jurisdiction in the exercise of criminal jurisdiction. Therefore, it is not possible for this article, which is not directly related to the theory of crime and which is related to the determination of criminal jurisdiction in terms of location, to constitute a basis for the view that the act should be understood as the conduct.

---

37 LegalMatch, “Doctrine of Merger in Criminal Sentencing”, <https://www.legalmatch.com/law-library/article/doctrine-of-merger-in-criminal-sentencing.html>, Access Date: 14.12.2022.

In *People v. Ireland* (70 Cal.2d 522, 539 (1969)), it had been concluded that, based on merger doctrine, in the cases where the felonious assault and the homicide were committed against the same victim; defendant could not be convicted of felony murder for killing his wife by assaulting her with a deadly weapon. The merger doctrine is needed to prevent every felonious attack that results in the death of a person from escalating to the level of first-degree murder. If the accused deliberately attacks another person with a deadly weapon and the victim dies, punishing the defendant for first degree murder regardless of whether the accused had intended to kill the victim would not be fair (see *State v. Jones*, 353 N.C. 159, 170 n.3 (2000)). Shea Denning, “Merger and Felony Murder: A 2017 Update”, North Carolina Criminal LawA UNC School of Government Blog, May 3 2017, <https://nccriminallaw.sog.unc.edu/merger-felony-murder-2017-update/> Access Date: 08.31.2022). Since armed robbery is sufficiently distinct from the homicide, felony murder could be considered separately in the court. Claire **Finkelstein**, “Merger and Felony Murder”, *Defining Crimes: Essays on The Special Part of the Criminal Law* ed. R.A. Duff-Stuart Green, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 219.

38 **Dönmezer/Erman**, p. 684; **Eroğlu**, p. 650.

39 **Koca/Üzülmez**, p. 510; Ahmet **Kılıç**, *Suçların İçtimai Bağlamında Fiil Tekliği*, Doctoral Thesis, Yıldırım Beyazıt University, 2023, p. 62-63.

In our opinion, there are provisions in the TPC that require the understanding of the conduct of the act. According to Art. 23 of the TPC, the statement “*if an act causes a graver or different result than intended...*” is an important argument in this discussion. According to the wording of this article, it is not logically possible for a result to cause a graver or different result than the one intended. When an act is understood as a conduct, it is grammatically possible that a graver or other result than the one intended by a conduct committed may be realized. It is possible to reach the same conclusion for the concept of “*an act committed intentionally and unlawfully for accomplicity*” expressed in Art. 40/1 of the TPC regulating the rule of dependency. Here, what is meant by the commission of the act should be considered as the commission of the conduct. Art. 44 of the TPC refers to the commission of the act. The commission of the result is not possible grammatically. The conduct is committed and the result is realised. Even in Art. 22/6 of the TPC, the concept of act is excluded in the expression “*the result caused as a result of reckless conduct.*” In fact, the result caused by the negligent act cannot be committed. Based on the concept of committing the act, it can be concluded that the act should be understood as conduct in the context of Art. 44 of the TPC.

In our opinion, arguing that the act is the result will reduce the number of examples that can be given through conceptual aggregation and limit its application.<sup>40</sup> The most classic example given in the opinion that accepts that the result should be understood from the act is the case of the father having sexual intercourse openly and forcibly with his own daughter and sexual abuse in public openly (TPC no. 765 Art. 419, 440).<sup>41</sup> Thus, with a single act (*when it is accepted a the result*), both TPC Art. 102 and TPC rt. 225 are violated.<sup>42</sup> However, if the most common example is the result of two deaths with a single bullet, the provisions of conceptual aggregation will not be applicable.<sup>43</sup> According to the contrary view, since the intellectual aggregation is an exception to the general rule and the exception rules should be interpreted narrowly, there is no basis for the argument that understanding the result from the act will narrow the

---

40 See. **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, p. 804; Ayhan **Önder**, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Publishing, İstanbul 1992, p. 458.

41 **Önder**, p. 458; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, p. 804.

42 Veli Özer **Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12<sup>th</sup> Press, Seçkin Publishing, Ankara 2021, p. 558.

43 On example, see. **Özbek/Doğan/Bacaksız**, p. 572.

application area of the conceptual aggregation.<sup>44</sup> In our opinion, narrowing the application of conceptual aggregation, which is an important tool in ensuring criminal justice, will not serve the balance that the TPC is trying to establish.

## II. THE ACT SINGULARITY IN THE CONCEPTUAL AGGREGATION

The concepts of act singularity and plurality and crime singularity and plurality are different.<sup>45</sup> However, the singularity and plurality of acts constitute the condition and connection point of the singularity and plurality of crimes.<sup>46</sup> In the distinction between crime singularity and plurality, the number of the conducts or the results is not taken as a basis, but the number of violated norms.<sup>47</sup> Since more than one crime is sought to be committed with a single act in TPC Art. 44, the number of the acts cannot be determined by the number of crimes.<sup>48</sup> The criterion of violation of norms, which constitute the mandatory and prohibitive elements of the provisions of the law, should be used in the distinction between the singularity and plurality of crimes. In other words, the violation of the legal provision in which tort (*unrecht*) is typically regulated should be based on the unity-multiplicity of crime. The basic idea of the necessity of determining the number of crimes based on the number of crime types violated is that it is possible to violate the same type of crime more than once with a single conduct and to violate different types of crimes with a

---

44 Hakan **Hakeri**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 26<sup>th</sup> Press, Adalet Publishing, Ankara 2022, p. 611.

45 **Akkaya**, p. 4.

46 **Akkaya**, p. 4.

47 **Akkaya**, p. 4; “*The act singularity or plurality and crime singularity or plurality do not mean the same. Despite the fact that the act is singular in the conceptual aggregation, it is seen that the plurality of acts is a prerequisite in the successive crime where the number of crimes is plural. In practice and doctrine, according to the concept of violated norm, as a rule, there is as many crime as the number of acts, in other words, it means seeking the realization of a crime with all its elements based on the criterion of the violation of the norm in determining the number of crimes, but this is not always the case, as a single act or conduct may constitute more than one crime. It is seen that the act or conduct can result in a single crime.*” Ct. of Cass. (the Court of Cassation), 7<sup>th</sup> CD. (Criminal Department), of the, F. (File no) 2010/7068, D. (Desicion no) 2010/1574, 01.03.2017 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>)

48 See the same direction **Akkaya**, p. 4.

single conduct.<sup>49</sup> However, according to an opinion in the doctrine, the singularity of the act stems from the fact that the decision to commit a crime is singular.<sup>50</sup> If there is a decision to commit a crime, even if the conduct is singular, there may be more than one crime even if the act is singular.<sup>51</sup> In American law, some writers support this view.<sup>52</sup> Even if there is more than one result in the incident, if there is only one intent (*decision-intention to commit a crime*), there will be a single crime.<sup>53</sup> According to this view, if the perpetrator's intention is in question in terms of the second result, actual aggregation will be applied, not conceptual aggregation.<sup>54</sup> According to another view in the doctrine,<sup>55</sup> if the subject of the crime is the same, it is mentioned that the crime is singular. If the subjects of the crime are different, there will be more than one crime. If a crime has been committed with a single act, but there is only one subject, TPC Art. 43/2 can be applied since the crime will also be singular. In the case of theft crime, when shoes belonging to more than one person are stolen from the mosque, there will be only one act, based on the legal point of view of singularity of conduct. According to this view, even if the shoes belong to different people and different people are victimized, there will be a crime of theft committed against more than one person with a single act.<sup>56</sup>

In the German doctrine, singularity of conduct is evaluated in three ways. The first of these, the singularity of natural conduct, is based on the principle that each bodily behavior performed by the human body is independent conduct. Typical singularity of conduct is based on the principle that more than one natural conduct is combined by the legal type

---

49 Neslihan **Göktürk**, *Fikri İçtima (Suçların İçtimalı)*, Adalet Publishing, Ankara 2013, p. 58.

50 **Zafer**, p. 593.

51 T. Tufan **Yüce**, *Ceza Hukuku Dersleri Cilt:1*, Şafak Publishing, Manisa 1982, p. 378; Fulya **Korkmaz**, "Hırsızlık Suçunda Fiilin Tekliğinin Belirlenmesi Sorunu", *Journal of Turkey Bar Association*, I. 151, 2020, p. 98-99; Berthold **Haustein**, "Alman Ceza Hukukunda İçtimalın Esasları", transl. M. Nihat Kanbur, *Journal of Criminal Law*, V. 9, I. 26, 2014, p. 223; In the opposite direction, see. **Koca/Üzülmez**, p. 536.

52 See. Frank Edward Jr. **Horack**, "The Multiple Results of a Single Criminal Act", *Articles by Maurer Faculty*, I. 1202, 1937, p. 806.

53 For critique of this opinion which is about single intent, see. Kayıhan **İçel**, "Fikri İçtima Üzerine Bir İnceleme", *Istanbul Law Review*, V. 30, I. 1-2, 1964, p. 174.

54 **Özbek/Doğan/Bacaksız**, p. 571.

55 **Özgenç**, p. 643.

56 **Özgenç**, p. 644.

and is subject to a common evaluation, and is a single conduct. Ultimately, the singularity of legal conduct is based on the principle of evaluating natural conducts as one for legal reasons.<sup>57</sup>

According to the approach adopted by the TPC, which considers the act as conduct, it is possible to apply the provisions of the conceptual aggregation even if the results of a single conduct are more than one. For instance, there are two results in the case of both the victim's death and the victim's jacket being damaged as a result of the perpetrator's shooting. Thus, TPC Art. 44 will be applicable.<sup>58</sup>

If the perpetrator commits another crime to commit a crime, a single act cannot be mentioned. For example, if the postman opens the envelope with the belief that there may be money in the letter to be distributed and takes the money inside (TPC Art. 132 and 141), there will be more than one conduct.<sup>59</sup>

Although the concept of singularity and plurality of the act is generally expressed in this way, it is necessary to take advantage of the views of singularity of conduct in the natural sense and singularity of conduct in the legal sense to determine this concept from a technical point of view.

### **A. SINGULARITY OF CONDUCT IN THE NATURAL SENSE (Handlung im natürlichen sinne<sup>60</sup>)**

According to the view of the singularity of conduct in the natural sense, conduct is an expression of personality that is considered important by criminal law.<sup>61</sup> According to this view, the number of body conducts that occur as a result of a voluntary decision made in the singularity of the act should be taken as a basis. There are as many crimes as the number of voluntary acts. The singularity of the conducts, on the other hand, is not related to the number of results realized.<sup>62</sup> In the fact that the perpetrator slaps the victim more than once with the intention of injuring, or kicks one or more times with more than one slap, each slap or kick based on a

---

57 For detailed info see. **Heinrich**, p. 407-415.

58 Ct. of Cass., 9th CD., F. 2010/690, D. 2010/3988, 07/04/2010 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>)

59 **Artuk/Gökçen/Alşahin**, p. 805.

60 Fatih Selami **Mahmutoğlu/Serra Karadeniz**, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, 2<sup>th</sup> Press, Beta Publishing, Istanbul 2021, p. 1077.

61 **Akkaya**, p. 10.

62 **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, p. 805.

voluntary decision will constitute a separate act.<sup>63</sup> The realization of more than one result based on a single conduct will not affect the singularity of the act. In the case of more than one shooting at different persons, it will be accepted that there is more than one conduct in the natural sense, since there is more than one voluntary conduct.<sup>64</sup> It does not matter if the legal values violated by the conduct are different.<sup>65</sup> In addition, it is not important that multiple conducts be performed simultaneously. For example, if a person shoots at the same person or different persons at the same time with his right and left hand, or picks up (*theft*) different items, there are two conducts in the natural sense.<sup>66</sup>

### **B. Singularity of Conduct in the Legal Sense (*Handlung im juristischen Sinn*)<sup>67</sup>**

In the legal sense of singularity of conduct, the act is evaluated from a legal point of view. When more than one act in the natural sense is considered legal, if it creates a whole meaning, there is only one single act.<sup>68</sup> In the natural sense, injuring a person with more than one knife blow at non-significant intervals is considered as a single act in the legal sense. Other results violated by the perpetrator's act towards a target are considered within the scope of conceptual aggregation.<sup>69</sup> According to this view, even if there is more than one act in the natural sense in two cases, there is only one act in the legal sense: Natural act singularity and typical act singularity (*normative singularity*)<sup>70</sup>.<sup>71</sup>

---

63 Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, p. 806.

64 Akkaya, p. 10.

65 Akkaya, p. 10.

66 Koca/Üzülmez, p. 511.

67 Mahmutoğlu/Karadeniz, p. 1078.

68 Koca/Üzülmez, p. 511; "By not attending the hearings, dated 25/09/2007 and 07/09/2009, of the title cancellation and registration lawsuit, filed by the lawyer registered with the ... Bar Association, without any excuse, causing the file to be removed from the process and accepting filed case as non filed by not requesting a renewal, regardless of the fact that he caused the victimization of the participant and although there is more than one conduct naturally in the act in the legal sense it committed with a single act ... the determination of an excess penalty by applying Article 43 of the TPC necessitated annulment." Ct. of Cass., 9th CD., F. 2010/15840, D. 2010/935, 26/01/2016 (Akkaya, p. 4-5).

69 Özbek/Doğan/Bacaksız, p. 570.

70 Akkaya, p. 12.

71 Koca/Üzülmez, p. 511; Özbek/Doğan/Bacaksız, p. 571; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, p. 807.



### 1. Natural Act Singularity (*natürliche Handlungseinheit*<sup>72</sup>)

In natural act singularity (*natural unity of conducts*<sup>73</sup>); although there is more than one act in the natural sense, if these conducts are based on a single will and in the view of an objective and impartial observer (*reflected unity - the general integrity of the act*) and are closely related to each other in such a way that they can be evaluated as a single act in terms of place and time and there is a narrow connection between them, these conducts are considered as a single act.<sup>74</sup> According to an opinion in the doctrine, natural act singularity causes inconvenience in evaluating the acts committed with eventual intent within the scope of conceptual aggregation.<sup>75</sup> In the example of the perpetrator throwing a bomb into a crowded place with a single conduct, it is argued that in the case of death or injury results, it would not be fair to hold the perpetrator responsible only for the heaviest punishment within the scope of conceptual aggregation rule, and this acceptance would not be compatible with the eventual intent rules.<sup>76</sup> In this case, it is argued that there are as many crimes as the results and the perpetrator should be punished on the basis of the actual aggregation rule. According to this view, by connecting the singularity of the conduct to the singularity of the decision, if a single conduct is the result of a single decision, it follows that other consequences will be ignored. To prevent this, the result must be taken as basis for conceptual aggregation. In this way, the application area of the rule of conceptual aggregation will be narrowed and unfair results can be prevented, and this institution will not be a reward for the perpetrator. The basis of this view is the acceptance that the result should be understood from the act, at the point of accepting more than one act with eventual intent as a single act in order to prevent an unfair result.

---

72 **Mahmutoglu/Karadeniz**, p. 1080.

73 **Özbek/Doğan/Bacaksız**, p. 573.

74 **Mahmutoglu/Karadeniz**, p. 1080-1081; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, p. 574; **Soner Demirtaş**, “Doğal Hareket Tekliği”, *Justice Academy of Turkey Review*, V. 7, I. 28, 2016, 130 ff.; **Göktürk**, p. 104; In successive crime, there are naturally multiple crimes; however, conducts which are evaluated in legal unity, violate the same law provision and therefore it is concluded that there is only single crime. **Özbek/Doğan/Bacaksız**, p. 571; On the German Federal Supreme Court’s definition in the same direction see. **Koca/Üzülmez**, p. 515.

75 **Özbek/Doğan/Bacaksız**, p. 574.

76 See. **Özbek/Doğan/Bacaksız**, p. 574.

In practice, it is debatable whether there should be four elements in the natural act singularity in a concrete case, and this issue leads to the conclusion that the singularity of the natural act singularity has two different forms of appearance: “*Realization of the type of crime with repetitive conducts*” and “*realization of the type of crime in succession (with successive acts)*”.<sup>77</sup>

The realization of a type of crime with repetitive conducts is the realization of a crime with similar and repetitive conducts. In the crime of plundering, taking the phone first and then taking the money can be given as an example.<sup>78</sup> In the realization of a crime type with successive conducts, the perpetrator must go through different stages in terms of result.<sup>79</sup> Going through injuring which results in the crime of manslaughter can be an example for this.

According to the acceptance of the German doctrine, the successive crime is a special appearance form of the singularity of conduct in the legal sense. According to this understanding, more than one act in the natural sense in a successive crime should be considered as a single act in the legal sense, and since these acts that are legally united violate the same provision of law, a single crime should be mentioned. However, in Turkish law, since the same crime is committed more than once and there is more than one act in a successive crime, it will not be possible to mention a successive conduct.<sup>80</sup>

---

77 **Koca/Üzülmez**, p. 515.

78 “*The will of the defendants was determined from the very beginning to take a certain amount of money from the victim, and since it is understood that the conducts they carried out after the first conduct were aimed at taking from the victim 500 Liras that they initially aimed to take along with the other items they took, it should be accepted that the conducts of the defendants constitute the only crime of plunder. For this reason, the decision of the domestic court to punish the defendants on two separate charges of looting is not correct..*” Ct. of Cass. CACC. (General Assembly of Criminal Chambers of Court of Cassation, F. 2014/617 D. 2014/271, 20.05.2014 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>))

79 **Koca/Üzülmez**, p. 515.

80 See. **Koca/Üzülmez**, p. 517.

## 2. Typical Singularity of Conduct (tatbestandliche Handlungseinheit<sup>81</sup>)

Typical singularity of conduct means that more than one conduct in the natural sense is subjected to a common legal evaluation in the legal definition of crime and linked together as a single conduct.<sup>82</sup> The typical singularity of conduct manifests itself concretely in active crime, compound crime, alternative crime and continuous crime.<sup>83</sup> For instance, completing the crime of forgery, which is an active crime, in a private document depends on the preparation of the private document as fake and the use of the fake private document. Even if there is more than one conduct here, it will be necessary to defend that a single act in the light of typical singularity of conduct. Naturally, various conducts are combined by law in continuous crimes. The multiplicity of conduct in continuous crimes is necessary for the emergence and continuation of illegality. These conducts are also considered singular.<sup>84</sup>

In some cases, behaviors in which the effect of illegality is not completed by being committed, but continues for a certain period of time, are also considered as a single act in normative terms.<sup>85</sup> For example, in the crime of torture (TPC Art. 95), typical conducts that are incompatible with human dignity and cause physical or mental suffering, affect perception or willpower, and humiliation should be committed systematically.<sup>86</sup> More than one systematic conduct that forms a whole will be considered as a single act.

Typical singularity of conduct is also in question when the types of crimes that are sufficient to be committed with a single conduct are committed with more than one repetitive conduct. For example, if the thief carries the items from the house to her/his vehicle one by one, and the conducts are repeated, the conduct will be considered as singular.<sup>87</sup> In the text of the law, more than one conduct may be expressed in the commission of some crimes. For example, in the crime of sexual assault, all sexual behaviors that show temporal and spatial coexistence with

---

81 **Mahmutoğlu/Karadeniz**, p. 1078.

82 **Göktürk**, p. 130; Eric **Hilgendorf**/Brian **Valerius**, *Alman Ceza Hukuku Genel Kısım*, transl. Salih Oktar, Yetkin Publishing, Ankara 2021, p. 347.

83 **Koca/Üzülmez**, p. 511.

84 **Koca/Üzülmez**, p. 512.

85 **Hilgendorf/Valerius**, p. 347.

86 **Koca/Üzülmez**, p. 513.

87 **Koca/Üzülmez**, p. 513.

expression of “with sexual behavior” will typically be considered as a single act.<sup>88</sup>

### ASSESSMENT CONCLUSION

On the basis of the classical theory, conduct refers to human behavior, while the concept of act covers conduct, result and the causal relation between them. In this understanding, the concept of act is broader than conduct.<sup>89</sup>

The majority opinion we agree with in the doctrine is that the concept of act should be understood as conduct. In our opinion, it should be concluded from the provisions of Art. 22/6, 23, 40/1, 43/2, 44 of the TPC that the expression “act” should be understood as “conduct”. Grammatically, when these articles are interpreted, it is not possible to commit the result. However, the conduct can be committed and the result is realized. At this point, the singularity of conduct should be understood from the concept of act singularity at the point of conceptual aggregation. Reaching a decision by making a separate evaluation in each concrete case will constitute a more effective solution in ensuring substantial justice.

It is important to adopt an understanding of the unity of acts. In which cases will more than one act be considered as a single act? At this point, there are two main views in the doctrine: singularity of act in the natural sense and singularity of act in the legal sense. The singularity of conduct in the legal sense offers the most logical solution in terms of the applicability of conceptual aggregation. The fact that the act is singular in the conceptual aggregation does not imply the singularity of the voluntary conduct. Although there is more than one natural body conducts, the conduct that serves to violate the crime type is still evaluated within the concept of a single conduct.<sup>90</sup> If conducts are based on a single will and in the view of an objective and impartial observer (*reflected unity - the general integrity of the act*) and are closely related to each other in such a way that they can be evaluated as a single act in terms of place and time and there is a narrow connection between them, these conducts are considered as a single act.

---

88 Koca/Üzülmez, p. 513.

89 Karakehya, p. 54.

90 Zafer, p. 594; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, p. 809-810.

It is not important to make a decision to commit the same or different crime in conceptual aggregation.<sup>91</sup> Although singularity is not important in terms of the will to commit a crime, if more than one crime is caused by a single act, the foreseeing of other results besides the actual desired result will not affect the singularity of the conduct unless this result is taken into account.<sup>92</sup> Since the act is singular, the perpetrator will be evaluated as if a single crime has been committed and will be punished for the crime for the heaviest punishment. An evaluation has been made on the example of the singularity of conduct in the doctrine.<sup>93</sup> In other words, in the case that the perpetrator fires repeatedly with the intention of killing A, and in the case A is killed by one of the bullets, B is injured and property is damaged by a bullet, in the determination of a single act, the decision to commit a crime is based on the opinion that there is only one act in question. According to the view based on the number of acts in the legal sense, there will be single act; however, according to the view based on the result and the legal value protected by crime, there should be three acts. This shows how important it is to reveal the singularity of the act. To accept the approach adopted by the TPC No. 5237 on an issue that has fundamental results in the field of the punishability of individuals and to understand the conduct from the concept of act. In our opinion, if there is a single conduct, it would be appropriate to accept the singularity of conduct in the legal sense.

It is also not fair that there are differences of jurisprudence on such an important issue related to personal liberty. In Turkish law, the task of ensuring unity in the interpretation of the law in the judicial jurisdiction belongs to the Court of Cassation. It is important for the establishment of the principle of legal certainty that the Court of Cassation clarifies what should be understood by act and the singularity of act. In order to ensure unity in practice, the Court of Cassation should clarify this issue with a decision on the unification of conflicting judgments on an important issue regarding personal liberty.

---

91 **Özbek/Doğan/Bacaksız**, p. 572.

92 **Özbek/Doğan/Bacaksız**, p. 572.

93 **Zafer**, p. 593.

**REFERENCES**

- Akkaya**, Çetin, “Suçların İctimai Bağlamında Fiil Tekliği”, *Journal of Court of Jurisdictional Disputes*, V. 7, I. 13, 2019, pp. 1-38.
- Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Alşahin**, Mehmet Emin/**Çakır**, Kerim, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Publishing, 14<sup>th</sup> Press, Ankara 2020.
- Avcı**, Mustafa, “İslam ve Osmanlı Ceza Hukukunda İctima”, *Kırıkkale Law Journal*, V. 1, I. 1, 2021, pp. 1-30.
- Demirbaş**, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16<sup>th</sup> Press, Seçkin Publishing, Ankara 2021.
- Demirtaş**, Soner, “Doğal Hareket Tekliği”, *Justice Academy of Turkey Review*, V. 7, I. 28, 2016, pp. 129-144.
- Denning**, Shea, “Merger and Felony Murder: A 2017 Update”, *North Carolina Criminal Law UNC School of Government Blog*, (May 3 2017) <https://nccriminallaw.sog.unc.edu/merger-felony-murder-2017-update/> Access Date: 08.31.2022.
- Dönmezer**, Sulhi/**Erman**, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II*, Der Publishing, İstanbul 2019.
- Dursun**, Selman, *Disiplinlerarası Yaklaşımla Ceza Hukukunda Hareket Kavram ve Terimi*, Seçkin Publishing, Ankara 2021.
- Erem**, Faruk, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt I*, Sevinç Publishing, 11<sup>th</sup> Press, Ankara 1976.
- Eroğlu**, Fulya, “Sapma Kavramı ve Türk Ceza Hukukunda Sapma Halinde Uygulanacak Hükümler”, *The Journal of Yeditepe University Faculty of Law*, V. 9, I. 2, 2012, pp. 633-657.
- Finkelstein**, Claire, “Merger and Felony Murder”, *Defining Crimes: Essays on The Special Part of the Criminal Law*, ed. R.A. Duff-Stuart Green. Oxford University Press, Oxford 2005.
- Göktürk**, Neslihan, “Türk Hukuku’nda Suçların İctimai”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, V. 2, I. 1-2, 2014, pp. 31-59.
- Göktürk**, Neslihan, *Fikri İctima (Suçların İctimai)*, Adalet Publishing, Ankara 2013.
- Hakeri**, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 26<sup>th</sup> Press, Adalet Publishing, Ankara 2022.
- Haustein**, Berthold, “Alman Ceza Hukukunda İctimanın Esasları”, transl. M. Nihat Kanbur, *Journal of Criminal Law*, V:9, I:26, 2014, pp. 223-224.
- Heinrich**, Bernd, *Ceza Hukuku Genel Kısım-Cezalandırılabilirliğin Temel Esasları Tamamlanmış ve Teşebbüs Edilen Suçlarda Suçun Yapısı*, transl. Hakeri, Hakan/Ünver, Yener/Özbek Veli Özer/Yenerer, Çakmut

Özlem/Erman, Barış/Doğan, Koray/Atladı, Ramazan Barış/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Adalet Publishing, Ankara 2014.

**Hilgendorf, Eric/Valerius, Brian**, Alman Ceza Hukuku Genel Kısım, transl. Salih Oktar, Yetkin Publishing, Ankara 2021.

**Horack, Frank Edward Jr.**, “The Multiple Results of a Single Criminal Act”, Articles by Maurer Faculty, I. 1202, 1937, pp. 805-822.

**İçel, Kayıhan**, “Fikri İçtima Üzerine Bir İnceleme”, Istanbul Law Review, V. 30, I. 1-2, 1964, pp. 115-200.

**Karakehya, Hakan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Publishing, Ankara 2022.

**Kılıç, Ahmet**, Suçların İçtimaı Bağlamında Fiil Tekliği, Doctoral Thesis, Yıldırım Beyazıt University, 2023.

**Korkmaz, Fulya**, “Hırsızlık Suçunda Fiilin Tekliğinin Belirlenmesi Sorunu”, Journal of Turkey Bar Association, V. 33, I. 151, 2020, pp. 85-102.

**Kunter, Nurullah**, “Fikri İçtima Sebebi ile Suçların Birleşmesi”, Istanbul Law Review, V. XIV, I. 1-2, 1948.

**Kunter, Nurullah**, Suçun Kanuni Unsurları, 2<sup>th</sup> Press, Der Publishing, İstanbul, 2022.

**Mahmutoğlu, Fatih Selami/Karadeniz, Serra**, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, 2<sup>th</sup> Press, Beta Publishing, İstanbul 2021.

**Moore, Michael**, Act and Crime-The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law, Oxford University Press, United States 2010.

**Önder, Ayhan**, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Publishing, İstanbul 1992.

**Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12<sup>th</sup> Press, Seçkin Publishing, Ankara 2021.

**Özgenç, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16<sup>th</sup> Press, Seçkin Publishing, Ankara 2020.

**Robinson, Paul H.**, The Structure and Limits of Criminal Law, Routledge, New York 2016.

**Selçuk, Sami**, Suç Genel Kuramı, Seçkin Publishing, Ankara 2021.

**Toroslu, Nevzat/Toroslu, Haluk**, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Publishing, Ankara 2019.

**Üzülmez, İlhan/Koca, Mahmut**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Publishing, 14<sup>th</sup> Press, Ankara 2021.

**Wilson, William**, Criminal Law Doctrine and Theory, Pearson, England 2011.

**Yavuz, Ö. Ceren**, Hedefte Sapma ve Ceza Sorumluluğu, Seçkin Publishing, Ankara 2020.

**Yüce**, T. Tufan, Ceza Hukuku Dersleri Cilt:1, Şafak Publishing, Manisa 1982.

**Zafer**, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75), 7<sup>th</sup> Press, Beta Publishing, İstanbul 2019.

<https://amslaw.ph/philippine-laws/criminal-law/revised-penal-code-of-the-philippines>.

<https://ceza-bb.adalet.gov.tr/>.

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>.





# **Özel Hukuk / Private Law**

---



# Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 28 Sayı/No: 1 Haziran/June 2024

## Sigortacının Gemi İpoteği Alacaklısına Karşı Bildirim Yükümlülüğü

### Notification Obligation of the Insurer Toward the Ship Mortgagee

  Dr. Öğr. Üyesi Zeynep ARSLAN\*

 10.60002/ebyuhfd.1471680

#### ÖZET

Sigorta tazminatı, gemi ipoteği kapsamında olan en önemli değerlerden birisidir. Bu nedenle TTK'da sigorta tazminatı ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve sigortacıya sözleşmenin tarafı olmayan ipotekli alacaklı lehine bazı yükümlülükler öngörülmüştür. Örneğin, riziko gerçekleştikten sonra ipotekli alacaklının onayı olmadan sigorta tazminatının gemi malikine ödenmesi söz konusu değildir; aksi takdirde sigortacının ipotekli alacaklıya karşı sorumluluğu devam eder. Kanun koyucu rizikonun gerçekleşmesinden önce de sigortacıya bazı yükümlülükler getirmiştir. TTK m. 1024'te ayrıntılı yer alan bu düzenlemeye göre sigortacı sözleşmenin sona ermesine ya da teminatın kapsamının daraltılmasına ilişkin bazı durumları ipotekli alacaklıya bildirilmekle yükümlü

\* Yalova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Deniz Hukuku Anabilim Dalı.

**Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article**

**Geliş/Received: 21.04.2024 | Kabul/Accepted: 24.06.2024.**

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

**Atıf/Cite as:** Zeynep Arslan, "Sigortacının Gemi İpoteği Alacaklısına Karşı Bildirim Yükümlülüğü", EBYÜ-HFD, C. 28, S. 1, Haziran 2024, s. (231-267).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

kılınmıştır. Bu çalışmayla rizikonun gerçekleşmesinden önce sigortacının ipotek alacaklısına karşı olan bildirim yükümlülüğünün incelenmesi amaçlanmıştır.

Çalışmada öncelikle gemi ipoteği, ipoteğin tesisi ve sigorta tazminatının gemi ipoteği kapsamında yer almasının şartları kısaca açıklanmış; çalışmamızın esas konusunu oluşturan ipotekten haberdar edilmiş sigortacının ipotekli alacaklıya karşı rizikonun gerçekleşmesinden önceki yükümlülükleri ayrıntılı incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Gemi İpoteği, Sigorta Tazminatı, İpotekli Alacaklı, Türk Ticaret Kanunu, Bildirim Yükümlülüğü.

## ABSTRACT

Insurance compensation is one of the most important values covered by ship mortgage. Therefore, insurance compensation is regulated in detail in the Turkish Commercial Code (TCC), and certain obligations are envisaged for the insurer in favor of the mortgagee who is not a party to the contract. For example, it is not possible for insurance compensation to be paid to the shipowner without the approval of the mortgagee after the risk has occurred; otherwise, the insurer's liability towards the mortgagee continues. The legislator has also imposed some obligations on the insurer before the occurrence of the risk. According to this regulation, detailed in TCC Art. 1024, the insurer is obliged to notify the mortgagee of certain situations regarding the termination of the contract or the narrowing of the scope of the guarantee. This study aims to examine the insurer's notification obligation to the mortgage creditor before the risk occurs.

In this study, firstly, ship mortgages, the conditions for the establishment of a mortgage, and the inclusion of insurance compensation within the scope of ship mortgage were briefly explained; the obligations of the insurer, who is informed about the mortgage and constitutes the main subject of our study, were examined in detail before the occurrence of the risk.

**Keywords:** Ship Mortgage, Insurance Compensation, Mortgagee, Turkish Commercial Code, Obligation of Notification.

## GİRİŞ

Gemi ipoteğinin kapsamı TTK m. 1020'de düzenlenmiştir. Buna göre gemi, gemi payı, eklenti, bütünleyici parça, gemi yerine geçen satış ya da kamulaştırma bedeli, kira bedeli, tazminat istemleri ipoteğin kapsamına giren değerlerdir. TTK m. 1022'de bu değerlere ek olarak malik menfaatinin sigorta ettirilmiş olması durumunda sigorta tazminatının gemi ipoteği kapsamında olduğu belirtilmiştir. Çalışmamızın konusu da ipoteğin kapsamına giren sigorta tazminatının sigortacı ile ipotekli alacaklı arasındaki ilişkiyi nasıl şekillendirdiğidir. Dolayısıyla, sigorta tazminatı dışındaki ipotek kapsamına giren değerler çalışmanın içeriğine dahil değildir.

Sigorta tazminatı, gemi ipoteğinin kapsamında yer alan en önemli unsurlardan biridir. Zira geminin hasara uğraması durumunda, ipotekli alacaklı alacağına ancak sigorta tazminatı ile kavuşur<sup>1</sup>. Bununla birlikte malik menfaatinin sigorta sözleşmesi ile teminat altına alınması yasal düzenlemelerde zorunlu kılınmış değildir. Buna rağmen sigorta sözleşmesinin yapılması durumunda, sözleşmenin devamında ipotekli alacaklının menfaati vardır. Bu nedenle kanun koyucu, ipotekli alacaklıyı koruyan hükümler sevk etmiştir. TTK m. 1024'te ayrıntılı şekilde kaleme alınan bu hükümler, ipotekli alacaklıya sözleşmeyi ayakta tutma imkânı bahşetmektedir. Mezkûr hükümde sözleşmeyi sona erdiren ya da sigortacının sorumlu olduğu tehlikenin kapsamını daraltan ya da sigorta bedelini azaltan değişiklikleri sigortacının ipotekli alacaklıya bildirmekle yükümü olduğu düzenlenmiştir. Örneğin prim ödeme borcuna aykırılık sigortacıya duruma göre sözleşmeden cayma ya da sözleşmeyi feshetme imkânı vermektedir. Bu durumdan haberdar olan ipotekli alacaklının prim borcunu ödeyerek sözleşmenin devamını sağlaması mümkündür. Aynı şekilde teminatın kapsamının daraltıldığını öğrenen ipotekli alacaklı yeni bir sigorta sözleşmesi akdetmek suretiyle alacağını güvence altına alabilir. Sigortacının TTK m. 1024'te düzenlenen yükümlülüğü ipoteğin kendisine bildirilmesi halinde doğmaktadır. Dolayısıyla rizikonun gerçekleşmesinden önce sigortacı ile ipotekli alacaklı arasında bir ilişkiden bahsedebilmek için ipoteğin sigortacıya bildirilmesi gerekmektedir.

Çalışma rizikonun gerçekleşmesinden önce sigortacının yükümlülükleri ile sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla sigorta tazminatının ödenmesi konumuzun dışındadır.

## I. GEMİ İPOTEĞİ

### A. Genel Olarak

TTK m. 1014'te bir alacağın teminat altına alınması için gemi ipoteği kurulabileceği belirtilmiştir. Gemi ipoteğinin geminin tamamı ya da paylı mülkiyet söz konusu ise belirli bir payı üzerinde kurulması mümkündür<sup>2</sup>.

---

1 Fevzi **Topsoy**, “Sigorta Primlerinin Zamanında Ödenmemesi ve Bu Nedenle Sigortacının, Gemi İpoteği Alacaklısına Karşı Tazminat Ödeme Borcundan Kurtulması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, C. 1, 2015, s. 30 (Sigorta).

2 Gemi payının ipotek ile sınırlandırılması ancak geminin tüm paylarının tek bir malikin elinde bulunmadığı durumlarda mümkün olmaktadır (TTK m.1014).

Gemi ipoteği, alacaklıya, alacağını, gemiyi ya da gemi payını sattırarak, satım bedelinden öncelikle alma yetkisi veren sınırlı aynı bir hak<sup>3</sup>. Mezkûr hükmün devamında sicile kayıtlı gemilerin rehninin sadece gemi ipoteği şeklinde mümkün olacağı açıklanmıştır. Sicile kayıtlı olan geminin üzerinde ipotek tesisi için geminin sicile kaydının zorunlu ya da isteğe bağlı olmasının bir önemi yoktur<sup>4</sup>. Öyle ki tescili caiz olmayan bir geminin her nasılsa tescil edilmiş olması durumunda, onun üzerindeki ipotek tesisi de muteber kabul edilmektedir<sup>5</sup>. Dolayısıyla sicile kayıtlı olmayan gemiler üzerinde gemi ipoteğinin kurulabilmesi için geminin önce sicile tesciline ihtiyaç vardır. Milli Gemi Sicili (MGS) ve Türk Uluslararası Gemi Sicili (TUGS) arasında gemi ipoteğinin tesisi açısından bir fark yoktur. Diğer bir ifadeyle, TUGS'ne tescil edilmiş gemilerin de ipoteği mümkündür. Bununla birlikte sicil niteliğini haiz olmayan Bağlama Kütüğü'ne kayıtlı gemilerin rehni, taşınır rehni hükümlerine tabi olup; rehni tesisi için zilyetliğin alacaklıya geçirilmesi gerekmektedir<sup>6</sup>.

Gemi ipoteğinin teminat altına aldığı alacak, mevcut bir alacak olabileceği gibi ileride doğacak ya da şarta veya kıymetli evraka bağlı da olabilir (TTK m. 1014/1). İleride doğacağı kesin ya da ihtimal dahilinde bulunan alacağın gemi ipoteği ile teminat altına alınması ancak doğabileceği hukuki ilişkinin belirlenmiş olması durumunda mümkündür<sup>7</sup>.

Gemi ipoteği niteliği itibariyle aynı bir hak<sup>8</sup>. Teminat altına alınan alacağın sahibine tanınan bu hak, alacağın kaderine tabidir. Başka bir

---

3 Tahir **Çağa**/Rayegan **Kender**, Deniz Ticareti Hukuku I, Gözden Geçirilmiş 16. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 115; Emine **Yazıcıoğlu**, Kender-Çetingil Deniz Ticareti Hukuku, Gözden Geçirilmiş 16. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s. 191; Fevzi **Topsoy**, Deniz Ticaret Hukuku I, Legal Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 145; Bülent **Sözer**, Deniz Ticaret Hukuku I, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s. 137.

4 **Topsoy**, s. 148.

5 **Topsoy**, s. 148.

6 **Yazıcıoğlu**, s. 146; Öğretide Topsoy, Bağlama Kütüğü'nün gemi sicili niteliğinde olmadığını fakat gemi siciline kayıtlı olmayan deniz ve iç su araçlarının bağlama kütüğüne kaydının zorunlu tutulması ve Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği ile getirilen düzenin, bağlama kütüğünün bir sicil olarak kabul edilmesini gerektirdiği ve bu nedenle bağlama kütüğüne kayıt ile deniz ve iç su araçlarının zilyetliğe gerek olmaksızın taşınır rehninin kurulmasının önünde bir engel olmadığını belirtmiştir. Bkz. **Topsoy**, s. 141.

7 **Yazıcıoğlu**, s. 193.

8 M. Kemal **Oğuzman**/Nami **Barlas**, Medeni Hukuk-Giriş- Kaynaklar- Temel Kavramlar, 23. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 149.

ifadeyle, geçerliliği alacağın geçerliliğine bağlıdır. Dolayısıyla alacak hakkının ödeme, ibra, takas gibi nedenlerle sona ermesi durumunda ipotek de ortadan kalkar<sup>9</sup>. Bu sebeple gemi ipotegi fer'i aynı hak niteliğindedir. Alacağın sona ermesinin yanında alacağı doğuran hukuki işlemin herhangi bir nedenden dolayı batıl ya da hükümsüz olması, ipotegin, tescil edilmiş olsa dahi mevcut olmadığı sonucunu doğurur<sup>10</sup>. Dolayısıyla muteber bir alacağı var olmamasına rağmen sicilde ipotek alacaklısı olarak görünen kişinin bu tescile istinaden herhangi bir hak iktisabı mümkün olmayacaktır<sup>11</sup>. Gemi ipoteginin fer'i niteliği onun asıl alacaktan ayrı devrine imkân vermez. TTK m. 1038/2'de alacağın ipotekten, ipotegin de alacaktan ayrı olarak devredilemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

## B. Gemi İpoteğinin Tesis

İpoteğin nasıl tesis edileceği TTK m. 1015/1 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre, gemi ipoteginin kurulması için tarafların yani gemi maliki ile alacaklının ipotek kurulması konusunda anlaşmaları ve ipotegin sicile tescili gerekmektedir.

Gemi ipotegi akdi bir ipotek türüdür<sup>12</sup>. Dolayısıyla ilk olarak tarafların bu hususta anlaşmaları gerekmektedir<sup>13</sup>. Bu anlaşma ile gemi maliki, alacaklıya karşı alacağının teminatı olarak maliki olduğu gemi üzerinde

9 Turgut **Kalpsüz**, *Gemi Rehni*, Genişletilmiş 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 63; **Sözer**, s. 137; **Oğuzman/Barlas**, s. 149; **Yazıcıoğlu**, s. 193; **Topsoy**, s. 146.

10 **Kalpsüz**, s. 60, 65. Ayrıca bkz. “*Gemi ipoteginin mevcudiyeti alacağın mevcut olmasına tâbidir. Binaenaleyh şahsi alacağı doğurmuş olan hukuki muamelenin herhangi sebepten dolayı bâtil veya hükümsüz olması halinde ipotek sicile geçirilmiş olsa bile mevcut sayılmaz. Böyle bir ipotegi iktisap eden kimse hüsnüniyet sahibi olarak sicil münderacatma itimat etmiş olsa dahi hakikatta mevcut olmıyan bir hak iktisap etmiş olur.*” T.B.M.M. Zabıt Ceridesi, s. 49, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d10/c012/tbmm10012083.pdf> (E. T: 06.06.2024).

11 **Kalpsüz**, s. 63; **Kerim Atamer**, *Gemi ve Uçak İpoteğinin Hukuksal Temelleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 164-165. (İpotek).

12 **Sözer**, s. 142.

13 Gemi ipoteginin kurulması için kural olarak tarafların öncelikle bu hususta anlaşma yapmaları gerekmektedir. Bununla birlikte TTK m. 1015/6'da kanun koyucu hamile yazılı bir tahvile bağlı alacağın söz konusu olması durumunda ilgili anlaşma olmaksızın malikin sicil müdürlüğüne yapacağı beyan ile ipotegin tesisinin mümkün olduğunu hükme bağlamıştır. Mezkûr kuralın bir diğer istisnasını tersaneci ipotegi teşkil etmektedir. Tersanecinin ipotegin tescilini talep hakkı kanundan doğmaktadır. Dolayısıyla tersanecinin, geminin yapımından ve onarımdan doğan alacağının teminatı olarak ipotek tesisi için bir anlaşmanın varlığı aranmaz. Bkz. **Yazıcıoğlu**, s. 194; **Kalpsüz**, s. 64.

ipoteke tesis etmeyi taahhüt etmekte; alacaklı da ipoteğin kurulması konusunda şahsi bir talep hakkına sahip olmaktadır<sup>14</sup>. Gemi maliki açısından ipoteke tesisi borcunu doğuran bu sözleşme borçlandırıcı işlem niteliğindedir<sup>15</sup>.

TTK m. 1015'e göre bu anlaşmanın yazılı şekilde yapılması ve imzalarının noterce onaylanması gerekmektedir. İlgili hükmün devamında kanun koyucu bu sözleşmenin gemi sicil müdürlüğünde de yapılabileceğini hükme bağlamıştır. Dolayısıyla bu alternatif taraflara, yapmış oldukları anlaşmanın imzalarının gemi sicil müdürlüğünde de onaylanabilmesine imkân vermektedir<sup>16</sup>. Bu şekil şartına uymayan anlaşma geçersiz olacak ve haliyle ipoteğin tesisi de mümkün olmayacaktır.

İpoteğin tesisi sicile tescil ile gerçekleşir. Dolayısıyla sicile tescil, ipoteke için kurucu niteliği haizdir. Tarafların usulüne uygun -gemi ipoteğinin kurulması amacıyla- yaptıkları anlaşmadan sonra ipoteğin sicile tescili ile gemi ipoteği kurulmuş olur. Gemi Sicili Nizamnamesi (GSN) m. 16'ya göre aksine düzenleme olmadığı sürece gemi siciline tescil talep üzerine mümkündür. Dolayısıyla sicil müdürlüğüne taraflarca yapılan anlaşmanın ibrazı ile talepte bulunulması gerekmektedir. GSN m. 21'de bir tescilin yapılması durumunda bir diğer kişinin hakkı etkileniyorsa onun da onayının alınması gerektiği belirtilmiştir. Sicile tescil talebi hem malik hem ipoteke alacaklısı tarafından yapılabilir. Bununla birlikte, ipoteke alacaklısının tescil talebinde bulunması

---

14 İpoteke kurulmasına ilişkin taahhüdün ipoteke sözleşmesi olarak kabul edilmesi için ipoteke sözleşmesinin esaslı unsurlarını içermesi gerekir. Buna göre ipoteke konusu gemi ve ipoteğe dayanak olan alacağın miktarı sözleşmede yer almalıdır. Bkz. Aslıhan **Sevinç Kuyucu**, Gemi Finansmanı Sözleşmeleri, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 149.

15 Sami **Akıncı**, Türk Hukukunda Gemi İpoteği, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1958, s. 59-60; **Sözer**, s. 142; Kalpsüz, bu anlaşmanın ipoteke alacaklısı lehine aynı hakkın doğumunu sağlayan bir tasarruf işlemi olduğunu ifade etmiştir. Karş. **Kalpsüz**, s. 64.

16 **Sözer**, s. 142, dn. 15; **Yazıcıoğlu**, s. 194. TTK m. 1015/2 ile kanun koyucu anlaşmanın gemi sicil müdürlüğünde de yapılmasına imkân vermiş fakat gemi sicil müdürlüğünün buna ne şekilde resmîyet kazandıracağı düzenlenmemiştir. Başka bir ifadeyle, sicil memurunun ipoteke sözleşmesinin imzalarının onaylanması dışında sözleşmeyi doğrudan düzenleyip düzenleyemeyeceği hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. Öğretide, kanun koyucunun, sicil müdürlüğüne notere tanınan yetkiden fazlasını tanımak istediği anlaşılmadığından, sicil müdürlüğünün sadece sözleşmenin imzalarının onaylanması suretiyle sözleşmeye gerekli resmîyeti kazandırdığı kabul edilmektedir. Bkz. **Sevinç Kuyucu**, s. 152-153.



durumunda, malikin mülkiyet hakkı sınırlanacağı için GSN m. 21 uyarınca malikin kayda onay vermesi icap eder<sup>17</sup>. İpotek anlaşmasına rağmen malikin tescil talebinde bulunmaması ya da tescile onay vermemesi durumunda TTK m. 1015/3'te alacaklıyı koruyan özel bir düzenleme getirilmiştir. Bu hükme göre, tescilden önce anlaşmanın TTK'da öngörülen şekilde yapılmış olması veya malikin alacaklıya kayda onay verdiğini bildirmesi ya da malikin sicil müdürlüğüne kayıt dilekçesi vermiş olması durumunda ilgililerin tescilden kaçınamayacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte bu hüküm öğretide oldukça eleştirilmiştir<sup>18</sup>. Bu hükmün lafzından ipotek anlaşmasının kanundaki usule uygun yapılması durumunda alacaklının tescil talebinde bulunabileceği ve hükümde belirtilen diğer durumlarda da ipotek anlaşması yapılmadan ilgililerin ipoteği tescilden kaçınamayacağı anlamı çıkmaktadır<sup>19</sup>. Tescil işlemi tasarruf işlemi niteliğindedir<sup>20</sup>. Dolayısıyla bu tasarruf işleminin yapılabilmesi için kişinin tasarruf yetkisine sahip olması gerekir. Bu hukuki ilişkide tasarruf yetkisi gemi malikindedir. Nitekim hükümde belirtildiği gibi sadece kanunun öngördüğü şekilde ipotek anlaşmasının yapılması tek başına alacaklıyı tescile yetkili kılmaz. Aksi durumun, öğretide, sicil sisteminin esasına da aykırı düştüğü belirtilmiştir<sup>21</sup>. Netice itibariyle her durumda kanunun öngördüğü şekilde uygun borçlandırıcı işlem niteliğindeki bir ipotek anlaşmasının yapılması ve sicile alacaklının tescil talebinde bulunabilmesi için ya malikin tescile onay verdiğini bildirmesi ya da malikin sicil müdürlüğüne kayıt dilekçesi vermesi gerekmektedir<sup>22</sup>.

---

17 Yazıcıoğlu, s. 196.

18 Sözer, s. 143; Yazıcıoğlu, s. 194-196; Topsoy, s. 149.

19 Eleştiriler için bkz. Yazıcıoğlu, s. 194-196; Sözer, s. 143-144.

20 Sevinç Kuyucu, s. 154, dn. 594.

21 Sözer, s. 143.

22 Hükmün “*Rehin sözleşmesinin kanunun öngördüğü şekilde yapılmış olması şartı ile, tescilin icrası için malik tarafından alacaklıya Gemi Sicil Nizamnamesi'nin hükümleri uyarınca yetki verildiği veya malikin sicil müdürlüğüne tescilin ikmali için dilekçe vermiş olduğu hallerde, sicil müdürlüğü tescil işlemini yapar*” şeklinde kaleme alınmasının daha isabetli olacağı yönünde bkz. Sözer, s. 143.

## II. SİGORTA TAZMİNATI

### A. Genel Olarak

Gemi ipoteği TTK m. 1020’de sayılan değerlerin<sup>23</sup> yanında sigorta tazminatını da kapsamaktadır. Bu durum TTK m. 1022’de açıkça düzenlenmiştir. Sigortalı geminin malikinin mülkiyet menfaatinin korunması amacıyla yapılan bir sigortadan dolayı ödenecek olan sigorta tazminatı ipotekli alacaklı açısından kaim değer (surrogat) oluşturur. Bunun anlamı, ipotekli alacaklının hakkının artık sigorta tazminatı üzerinde devam edeceğidir<sup>24</sup>. İpoteğin sigorta tazminatına şamil olması kuralının hukuksal temelinin izahı için aynı ikame teorisine başvurulduğu görülmektedir<sup>25</sup>. Bu ilke, kanundan kaynaklanan bir hak kazanım şeklindedir ve kişilerin ve malvarlıklarının korunması amacına matuftur<sup>26</sup>. Dolayısıyla hak konusu değer, hasara uğraması, yok olması vb. durumlarda bunun yerine elde edilen yeni değer üzerinden hakkın devamının sağlanmasıyla bu koruma gerçekleşmektedir.

İlgili hükümde sözü edilen sigorta tazminatı, teminat kapsamında yer alan rizikolardan birinin gerçekleşmesi neticesinde meydana gelen zararın tazmini için yapılan ödemeyi işaret etmektedir<sup>27</sup>. Dolayısıyla teminatın kapsamında bulunan bir rizikonun gerçekleşmesi haricindeki herhangi bir sebeple sigortacının yapacağı ödeme sigorta tazminatı niteliğinde olmayacağı için ipoteğin kapsamında yer almayacaktır<sup>28</sup>. Bu sebeple

- 
- 23 TTK m. 1020’de gemi, gemi payı, bütünleyici parça, eklenti, gemi yerine geçen satış veya kamulaştırma bedeli ve tazminat istemleri ipoteğin kapsamındaki değerler olarak düzenlenmiştir. Mezûr hükümde yer alan değerlerin, sınırlayıcı olarak sayılmadığı ve gemi ipoteği kapsamındaki kaim değerlerin geniş tutulması gerektiği öğretide ileri sürülmüştür. Açıklamalar için bkz. **Atamer**, İpotek, s. 320; Tuba **Akçura Karaman**, Gemi ve Hava Araçları İpoteği ve Motorlu Taşıtlar Rehni (Taşınır İpoteği), 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 329.
  - 24 M. Kemal **Oğuzman**/Özer **Seliçi**/ Saibe **Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, Yenilenmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 18. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015, s. 937; **Sevinç Kuyucu**, s. 174; Osman **Duran**, “Sigortalı Malın Haczi”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C. 9, S. 1, 2023, s. 28; Muhammet Haluk **Nitelik**, Türk Hukukunda Gemi İpoteği, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 67.
  - 25 Açıklamalar için bkz. **Atamer**, İpotek, s. 328-330.
  - 26 Büşra **Cömert Akbay**, “Aynı İkame İlkesi ve Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 1, 2021, s. 268.
  - 27 Merih Kemal **Omağ**, “Gemi İpoteği ve Sigorta Tazminatı”, Özel Sigorta Hukukuna Hakim İlke ve Kurumlar (Makaleler-Tebliğler), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 377 (İpotek).
  - 28 **Yazıcıoğlu**, s. 205.

sigorta ettirenin ya da sigortalının sözleşmenin ihlali sebebiyle sigortacıya yöneltecekleri tazminat talepleri kapsam dışındadır. Atamer, buna örnek olarak zorunlu sigortalarda, sigortacının poliçeyi zamanında teslim etmediği için sigortalıya ceza kesilmesi ve bu zararın sigortacıdan tazmininin istenilmesi durumunu göstermiştir<sup>29</sup>. Yine sigortacının poliçeyi teslimde temerrüde düşmesi sebebiyle henüz primin ödenmemiş ve sigortacının sorumluluğunun başlamamış olması ve bu sırada rizikonun gerçekleşmesi ihtimalinde, sigortalının sigorta tazminatına hak kazanması mümkün olmasa da TTK m. 1424 uyarınca poliçenin geç teslimi dolayısıyla meydana gelen zararın tazminini talep etmesi mümkündür<sup>30</sup>. Atamer, bu tazminatın rizikonun meydana gelmesi dolayısıyla sigortalının uğradığı, üst sınırını sigorta bedeli teşkil eden, zarar miktarına eşit olacağı ve bu sebeple kaim değer kabul edileceği için ipoteğin kapsamında olduğu görüşündedir<sup>31</sup>. Bununla birlikte Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun *“Ancak bu tazminat sigorta tazminatı, yani sigorta sözleşmesi gereğince rizikonun gerçekleşmesi halinde ödenmesi gereken sigorta bedeli (TTK m. 1299) değil, sigortaya ilişkin kanun hükümlerine aykırı davranıştan doğan bir tazminattır. Bu tazminatın kapsamı hakkında TTK'nun 1264/1. maddesi gereğince Borçlar Yasası hükümleri ve dolayısıyla BK 98. maddesi yollamasıyla aynı Kanunun 44. maddesi hükmünün uygulanması da gerekir.”*<sup>32</sup> şeklinde verdiği kararda da belirttiği üzere bu tazminat

29 **Atamer**, İpotek, s. 338.

30 **Atamer**, İpotek, s. 338. Yargıtay, konu ile ilgili bir kararında durumu şu şekilde ifade etmiştir: *“TTK. 1267 maddesi hükmüne göre, sigortacı poliçeyi muayyen süre içinde sigorta ettiren kimseye vermediği takdirde, sigortalı sigortacıdan tazminat isteyebilir. Bu sebeple istenebilecek zarar ya menfi veya müsbet zarardır. Sigortalı başka bir sigorta şirketi ile anlaşma yoluna giderse, bu takdirde sigorta aktini feshederek menfi zararını evvelki sigortacıdan isteyebilir. Poliçenin verilmesini beklediği devrede riziko gerçekleşirse bu durumda müsbet zararını talep edebilir. Ancak bu müsbet zararın istenebilmesi için, poliçenin verilmesi gereken tarih ile rizikonun gerçekleştiği tarih arasında uzun bir süre geçmemiş olmalıdır (Ali Bozer, Sigorta Hukuku sh. 57). Zira kendisine sigorta teminatı sağlamak isteyen sigortalının, ilk sigortacının poliçeyi vermemesi üzerine uzun zaman beklemeksizin yeni bir sigorta akti yapmak üzere harekete geçmesi gerekir müdebbir bir tacir olarak kendisinden bu davranış beklenir.”* Yarg. 11. HD, E. 1982/74, K. 1982/1125, 26.01.1982, (www.kazanci.com.tr, E.T. 09.01.2024).

31 **Atamer**, İpotek, s. 338; Aynı yönde bkz. **Sevinç Kuyucu**, s. 177, dn. 683.

32 Bkz. Yarg. HGK, E. 1982/11-929, K. 1983/853, 28.09.1983, (www.turkhukusitesi.com, ET. 10.01.2024).

sigorta tazminatı niteliğinde değildir ve TTK m. 1022'ye göre sadece sigorta tazminatı ipoteğin kapsamına dahildir<sup>33</sup>.

Deniz sigortalarının tekne sigortası, yük sigortası ve mali sorumluluk sigortası olmak üzere üç temel türü bulunmaktadır<sup>34</sup>. Gemi ipoteği bunlardan, geminin, teminat kapsamındaki rizikonun gerçekleşmesi durumunda zıya veya hasara uğraması ya da hakimiyet alanından çıkması sebebiyle sigortalının malvarlığında meydana gelen azalmayı teminat altına alan tekne sigortasını<sup>35</sup> kapsamaktadır. Başka bir ifadeyle, ipotek malikin mülkiyet menfaatini himaye altına alan sigorta sözleşmelerini kapsar<sup>36</sup>. Dolayısıyla geminin bütünleyici parçaları ya da eklentileri için ödenecek sigorta tazminatı gemi ipoteği kapsamına dahildir<sup>37</sup>.

Sigorta sözleşmesinin bizzat gemi maliki tarafından ya da onun hesabına yapılmış olması önemli değildir<sup>38</sup>. Bilindiği üzere malik dışında bir mal üzerinde menfaati bulunanların da sigorta sözleşmesi yapması mümkündür. Dolayısıyla ipotek alacaklısı sigorta sözleşmesiyle malikin mülkiyet menfaatini teminat altına alabilir. Bunun dışında ipotekli alacaklı kendi menfaatini de sigorta sözleşmesi ile güvence altına alabilir. Bununla birlikte ipotek alacaklısının yaptıracağı sigorta, gemi ile teminat altına

33 Aynı yönde bkz. **Yazıcıoğlu**, s. 204.

34 Emine **Yazıcıoğlu**, Tekne Sigortası Sözleşmesi, Beta Yayıncılık, İstanbul 2003, s. 21 (Tekne Sigortası).

35 Hans Jürgen **Abraham**, Das Recht Der Seeversicherung, 2. Auflage, De Gruyter, Hamburg 1967, s. 739; **Yazıcıoğlu**, Tekne Sigortası, s. 21; **Yazıcıoğlu**, s. 204; **Omağ**, İpotek, s. 377; **Sevinç Kuyucu**, s. 177; Elif Çağla **Çelik Partal**, Tekne Sigortalarında Teminatın Rizikolar Bakımından Kapsamı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011, s. 60. Bkz. “*Mahkemece, TTK 1022. maddesi uyarınca gemi ipoteğinin tekne sigortasına bağlı tazminatı da kapsamakta olduğu, poliçede geminin ipotek alacaklısı ...Sigorta A.Ş'nin dain-i mürtehin olarak yer aldığı, ipoteğin geminin sicil kayıtlarında da tescilli olup, bu ipoteğe dayalı olarak geminin sicil kayıtlarına satışa arz şerhi konulduğu, bu itibarla sigorta tazminatını talep hakkının öncelikle sigorta poliçesinin lehtarını konumundaki ipotek alacaklısına ait olduğu (...)*”, İstanbul 8. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2019/48, K. 2019/235, 21.03.2019, (www.lexpera.com.tr, E.T. 07.03.2023).

36 **Abraham**, s. 379; **Topsoy**, s. 159; **Akçura Karaman**, s. 337; **Sevinç Kuyucu**, s. 101, 174; **Omağ**, İpotek, s. 359. Malik menfaati, donatanın geminin zıya ve hasara uğramaması ya da gemi üzerindeki hakimiyetinin devamına ilişkin menfaattir. Geminin kullanımına ve gemiden yararlanılmasına ilişkin menfaat bu kapsamda kabul edilmemektedir. Açıklamalar için bkz. **Yazıcıoğlu**, Tekne Sigortası, s. 77; **Sevinç Kuyucu**, s. 175.

37 **Atamer**, İpotek, s. 336.

38 Fritz **Prause**, Das Recht des Schiffskredits, 3. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Walter de Gruyter, Berlin 1979, s. 36; **Akçura Karaman**, s. 337; **Sevinç Kuyucu**, s. 175.

alınan alacağın tahsil edilememesi durumunda kendi malvarlığında meydana gelecek zararın tazminine ilişkidir. Diğer bir ifadeyle, ipotekli alacaklı yaptırdığı sigorta ile malik menfaatini değil, kendi menfaatini teminat altına almaktadır. Ayrıca bu sigortanın, ipotekli alacağı karşıladığı takdirde, ipotekli alacaklıya sigorta tazminatının ödenmesine de gerek olmayacaktır<sup>39</sup>. Dolayısıyla ipotek bu sözleşmeden doğan sigorta tazminatını kapsamaz.

Aynı şekilde gemi malikinin sorumluluğunun teminat altına alınması için yaptırılan sorumluluk sigortası kapsamında ödenecek tazminatlar gemi ipoteğinin kapsamında değildir<sup>40</sup>. Zira sorumluluk sigortalarında, sigorta tazminatı gemi malikine değil zarar gören üçüncü kişiye ödenmektedir<sup>41</sup>.

Geminin gemi kira sözleşmesine konu olması durumunda TTK m. 1126'da kiracıya geminin iadesine kadar denizcilik ve sorumluluk rizikolarına karşı sigorta yaptırma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu hüküm uyarınca kiracı tarafından yaptırılan tekne sigortası da gemi ipoteğinin kapsamındadır. Yazıcıoğlu, bu hükmü kiracının denizcilik sigortalarına karşı sigorta ile hangi menfaati sigorta ettirmekle yükümlü olduğunun belirli olmaması, yine kiraya veren tarafından malik menfaatinin sigortalanmış olabileceğinin dikkate alınmamış olması nedeniyle eleştirmiştir<sup>42</sup>. Atamer ise ilgili hükmün BARECON 2001 sözleşmesinin 13. maddesine istinaden hazırlandığı, buna göre, gemi kiracısının gemi üzerindeki mülkiyet menfaatine ilişkin rizikolara karşı sigorta yaptırmakla yükümlü olduğunu; kiracının sigorta ettiren sıfatına sahip olup prim borçlarını ödeyeceği, buna karşılık gemi malikinin mülkiyet menfaatinin kendisine ait olması nedeniyle sigortalı sıfatını haiz olduğunu belirtmiştir<sup>43</sup>.

TTK m. 1020/1 uyarınca kira bedelleri de ipoteğin kapsamına dahildir. TMK m. 863'e göre ipotekli alacaklının hakkı, rehnin paraya çevrilmesi için takibe başlandığı veya borçlunun iflasına karar verildiği tarihten başlayarak rehnin paraya çevrilmesi anına kadar muaccel olan kira bedelleri için söz konusudur<sup>44</sup>. Malikin lehine kira ya da intifa gelirleri

---

39 Kalpsüz, s. 104; Topsoy, s. 159.

40 Topsoy, s. 160; Atamer, İpotek, s. 335; Sevinç Kuyucu, s. 178.

41 Atamer, İpotek, s. 336.

42 Yazıcıoğlu, s. 322-323.

43 Atamer, İpotek, s. 397 vd.

44 Sözer, s. 159.

için alacak sigortası yaptırılması durumunda, bu sigortanın da ipoteğin kapsamında yer aldığı kabulü gerekir<sup>45</sup>.

### B. Gemi İpoteğinin Sigorta Tazminatını Kapsamasının Şartları

Gemi ipoteğinin sigorta tazminatını kapsaması için öncelikle gemi malikinin menfaatinin sigorta ettirilmiş olması gerekmektedir<sup>46</sup>. Bu sigortanın mülkiyet menfaatinin tamamına ilişkin ya da tüm rizikolara karşı yapılması şart değildir. Dolayısıyla eksik sigorta ya da sadece belli rizikolara karşı yapılmış sigorta üzerinde de ipotekli alacaklının hakkı doğmaktadır<sup>47</sup>.

TTK'da sigortanın ipoteğin kapsamında olduğuna ilişkin düzenleme getirilmiş; bununla birlikte gemi üzerindeki mülkiyet menfaatinin sigortalanmasına ilişkin bir yükümlülük öngörülmemiştir<sup>48</sup>. Bununla birlikte, uygulamada ipotek alacaklısı karşımıza genellikle kreditor bankalar olarak çıkmakta, onlar da halihazırda ipotek sözleşmesinde sigortanın yapılmasını şart koşmaktadır<sup>49</sup>. Malik tarafından yapılan

---

45 **Atamer**, İpotek, s. 337.

46 **Kalpsüz**, s. 103; **Topsoy**, s. 159; **Atamer**, İpotek, s. 333; Hacı **Kara**, Deniz Ticaret Hukuku, 1. Baskı, İstanbul 2020, s. 104.

47 **Atamer**, İpotek, s. 334.

48 Alman hukukunda da gemi malikinin sigorta yaptırma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bkz. Prause, s. 36; İngiliz hukukunda da ipotek borçlusu olan gemi malikinin tekne sigortası yaptırma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bununla birlikte 1889 tarihli Laming v. Seater davasında görüleceği üzere, ipotek alacaklısı, ipoteğin teminatını oluşturan geminin sigortasız bir şekilde sefere çıkmasını engelleyebilir. Bkz. <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff81a60d03e7f57eba171#> (E.T. 10.03.2024). David **Osborne**/Graeme **Bowtle**/Charles **Buss**, The Law of Ship Mortgages, Second Edition, Informa Law, Abingdon 2017, s. 432.

49 İngiliz hukukunda ipotek alacaklısının “müşterek sigortalı” olarak donatanın tekne poliçesinde yer aldığı uygulamalar mevcuttur. Bkz. **Osborne/Bowtle/Buss**, s. 438; N. Geoffrey **Hudson**/Tim **Madge**/Keith **Sturges**, Marine Insurance Clauses, Fifth Edition, Informa Law, Abingdon 2013, s. 303. Bununla birlikte Türk hukukunda ipotek alacaklısının, malik menfaatinin teminat altına alındığı bir sözleşmede sigortalı sıfatını haiz olması mümkün değildir. Zira ipotekli alacaklı, sınırlı aynı hak sahibi olarak menfaat sahibidir.

İlk derece mahkemesinin kararına konu olan bir olayda, ipotek alacaklısı banka ile gemi maliki arasında yapılan gemi kredi sözleşmesine taraflarca şöyle bir hüküm konulmuştur: “(...)ipotek ile teminat altına alınan geminin, kredi müşterisi (davacı) tarafından her türlü rizikoya karşı sigorta ettirileceği ve sigortalının yenileneceği belirtildiği gibi müşteri tarafından sigortanın yaptırılmaması, yada süresi biten sigortanın yenilenmemesi halinde, davalı bankanın müşterinin onayını almaya gerek olmaksızın, bizzat sigorta prim ve masrafların ödeyerek veya bunları kredi

sigortadan ayrı olarak uygulamada ipotek alacaklısı kredi kuruluşlarının ayrıca kendi menfaatleri için sigorta sözleşmesi yaptıkları görülmektedir<sup>50</sup>.

Sigorta tazminatının gemi ipoteginin kapsamında yer almasının bir diğer şartı, rizikonun gerçekleşmesinden önce ipotegin tesis edilmesidir. Riziko gerçekleştikten sonra tesis olunan gemi ipotegi, sigorta tazminatına şamil değildir<sup>51</sup>. Dolayısıyla gemi ipoteginin kapsamına sigorta tazminatının dahil olması ancak riziko gerçekleştiğinde muteber bir sigorta sözleşmesinin ve gemi ipoteginin mevcudiyeti durumunda mümkündür. Bununla birlikte sigorta sözleşmesinin ne zaman yapıldığının bir önemi yoktur. Başka bir ifadeyle, sigorta sözleşmesinin ipotegin tesisinden önce veya sonra akdedilmiş olması durumu değiştirmez. Her iki halde de sigorta tazminatı gemi ipotegi kapsamındadır; yeter ki rizikonun gerçekleşmesinden önce tesis edilmiş olsun<sup>52</sup>.

Sigorta tazminatının ipotek kapsamında yer alması için sigortacının ipotek konusunda bilgilendirilmesi şart değildir. Gemi ipoteginin ihdası sicile tescil ile gerçekleştiği için sigortacının ipotegi bilmediğini iddia etmesi söz konusu değildir<sup>53</sup>. Bununla birlikte, ipotegin sigortacıya bildirilmesi durumunda ipotekli alacaklı ek imkanlara kavuşmaktadır. Bu sebeple Türk hukukundan farklı olarak Alman hukukunda, kredi karşılığı

---

*müşterisinin hesabına borç kaydetmek suretiyle resen söz konusu sigortayı yaptırabileceği (...)*". Uygulamada ipotek alacaklısı bankaların malikin sigorta yaptırmama ya da sözleşmeyi yenilememe ihtimaline karşı kredi sözleşmelerine koydukları bu ve benzeri hükümlerle kendilerini güvenceye aldıkları görülmektedir. Karar için bkz. Samsun Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2019/821, K. 2023/102, 24.01.2023, www.lexpera.com.tr, E.T. 01.04.2024.

50 Gemi ipotegi alacaklısı, kendi menfaatinin kredi miktarıyla sınırlı bir sigorta bedeli ile teminat altına alabileceği gibi geminin piyasa değerine eşit bir bedel ile de teminat altına alması mümkündür. Bununla birlikte fazlaya ilişkin kısmın malik lehine yapıldığı kabul edilmelidir. Açıklamalar için bkz. Peter MacDonald **Eggers**, "Mortgages" interest insurance, Ship Building, Sale and Finance", Chapter 11, Ed. Barış Soyer/Andrew Tettenborn, Informa Law, London 2016, s. 325-328. 1906 tarihli Marine Insurance Act ile gemi ipotegi alacaklısının gemi üzerinde sigortalananabilir menfaati olduğu açıkça belirtilmiştir. Bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Edw7/6/41/contents>, (E.T. 18.03.2024).

51 **Kalpsüz**, s. 104; **Topsoy**, s. 160; **Sözer**, s. 159; **Atamer**, İpotek, s. 337; **Abraham**, s. 739.

52 **Abraham**, s. 739; **Sevinç Kuyucu**, s. 176-177.

53 **Abraham**, s. 739; **Çağa/Kender**, s. 119; **Prause**, s. 35; Rolf **Herber**, Seehandelsrecht (Systematische Darstellung), 2. neu bearbeitete Auflage, de Gruyter, Berlin 2016, s. 433.

gemi ipoteği alacaklısı olan bankalar, sigortacıya ipoteği bildirmekle mükelleftir<sup>54</sup>.

Gemi ipoteği alacaklısının bu bildirimi acenteye yapması da geçerlidir. Zira sigorta acentesi sigortacıyı temsil etmektedir<sup>55</sup> ve acentenin TTK m. 105/1 hükmü uyarınca aracılıkta bulunduğu ya da yaptığı sözleşmelerle ilgili her türlü ihtar, ihbar ve protesto gibi beyanları sigortacı adına kabule yetkilidir. Dolayısıyla acentenin, ipotekli alacaklı tarafından yapılan bildirim de almaya yetkili olduğu kabul edilmelidir<sup>56</sup>.

İpoteğin sigortacıya bildirilmesi üzerine sigortacı da sigorta ettiren ile aralarındaki, kanunun öngördüğü ve ipotekli alacaklıyı etkileyen, bazı hususları bildirmekle yükümlü kılınmıştır. Sigorta ettirenin sözleşmeden doğan borç ve yükümlülüklerini yerine getirmemesi, sözleşmenin kapsamının daraltılması ya da sözleşmenin sona ermesi gibi hususlarda sigortacıya getirilen bildirim yükümlülüğü, ipotekli alacaklıyı bu gelişmelerden etkilenmeksizin bir süre daha koruma amacına matuftur<sup>57</sup>. Dolayısıyla ipoteğin sigortacıya bildirilmesi alacaklının menfaatindedir ve öğretide de alacaklının bu bildirim yapması tavsiye edilmektedir<sup>58</sup>. Alacaklının ipoteği sigortacıya bildirmesi için öncelikle bir ipoteğin mevcudiyetinden haberdar olması gerekmektedir. Bununla birlikte, TTK'da gemi malikinin, sigortayı, ipotek alacaklısına bildirmekle yükümlü olduğuna ilişkin bir düzenleme yoktur. Birden çok sigortacının varlığı durumunda TTK m. 1025'e göre ipotekli alacaklı jeran olarak gösterilmiş sigortacıyı bilme hakkına sahiptir. Bu hükme dayanarak, öğretide Atamer, gemi malikinin sigortacıyı bildirmekle yükümlü olduğunu ileri sürmektedir<sup>59</sup>. Zira ipotekli alacaklının TTK'da düzenlenen

---

54 **Prause**, s. 228; **Kalpsüz**, s. 105.

55 Acente ile ilgili açıklamalar için bkz. Hacı **Kara**, Sigorta Hukuku, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 100 vd. (Sigorta); Rıza **Ayhan**/Hayrettin **Çağlar**/Mehmet **Özdamar**, Sigorta Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 64 vd.; Mustafa **Çeker**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku, 25. Baskı, Karahan Kitabevi, Ankara 2022, s. 39 vd.

56 Aynı yönde bkz. **Prause**, s. 40; **Atamer**, İpotek, s. 366; **Kalpsüz**, s. 106; Emine **Yazıcıoğlu**, Sigorta Aracıları Hukuku I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 151-153; **Sevinç Kuyucu**, s. 184.

57 **Atamer**, s. 368.

58 **Kalpsüz**, s. 104; **Topsoy**, s. 161; **Sözer**, s. 160, dn. 56; Felix **Wieser**, Versicherungsvertragsrecht, 4. aktualisierte und erweiterte Auflage, LexisNexis, Wien 2019, s. 26; **Herber**, s. 433.

59 **Atamer**, İpotek, s. 340; Aynı yönde bkz. **Sevinç Kuyucu**, s. 184; Topsoy, malike böyle bir yükümlülük getirmenin TTK'nın amacına aykırılık teşkil edeceğini; zira bu



haklarını kullanması bunu bilmesine bağlanmıştır. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, jeranı bildirmekle yükümlü olan malik, bir sigortacının varlığı durumunda bunu da ipotek alacaklısına bildirmekle yükümlüdür<sup>60</sup>.

### C. İpoteğin Sigortacıya Bildirilmesi Durumunda Sigortacının Yükümlülükleri

#### 1. Genel Olarak

Sigorta sözleşmesinin konusu olan gemi üzerinde ipotek tesis edilmesi, sigortacının ve sigorta ettirenin sözleşmeden kaynaklanan haklarını etkilemez<sup>61</sup>. Dolayısıyla sözleşme taraflarının sözleşmeyi feshetmesi mümkün olduğu gibi teminatın kapsamını daraltacak şekilde sözleşme içeriğini değiştirmeleri de mümkündür. Bununla birlikte TTK m. 1024<sup>62</sup>, sigortacının, kendisine ipotekli alacaklı tarafından ipoteğin mevcudiyetinin bildirilmesi durumunda, sözleşmede meydana gelecek ya da sözleşmenin sona ermesine sebep olacak bazı değişiklikleri bildirme yükümlülüğü getirmiştir<sup>63</sup>. Zira ipotek, sigorta tazminatını da kapsamaktadır ve sigorta sözleşmesinin sona ermesi ya da teminatın kapsamının daraltılması gibi değişiklikler, sözleşmenin tarafı olmamasına rağmen ipotekli alacaklıyı da etkilemektedir.

Gemi ipoteği alacaklısının, kanunda kendisine tanınan haklardan faydalanabilmesi için ipoteğin mevcudiyetini sigortacıya bildirmesi gerekmektedir<sup>64</sup>. TTK m. 1024'ün lafzi yorumundan bildirim sadece

---

yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda malikin/sigorta ettirenin ipotek alacaklısına karşı sorumluluğunun gündeme geleceğini ve bunun Türk pozitif hukuku açısından mümkün olmayacağını ifade etmiştir. Bkz. **Topsoy**, Sigorta, s. 52.

60 Buna karşın Topsoy, kanunda malikin bu bildirimini yapmakla yükümlü kılınmadığını, bildirmekle yükümlü olduğunun kabulü halinde malikin buna aykırı davranması sonucu zarara uğrayan ipotek alacaklısına karşı sorumluluğunun gündeme geleceğini ve bunun da Türk pozitif hukuku açısından mümkün olmadığını ifade etmiştir. Bkz. **Topsoy**, Sigorta, s. 52.

61 **Abraham**, s. 740; **Topsoy**, s. 161; **Sözer**, s. 160.

62 Hükmün mehzazı için bkz. Gesetz über Rechte an eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken (SchRG) 34. Açıklamalar için bkz. **Atamer**, İpotek, s. 325.

63 Sigortacı açısından bu bir külfet olmayıp; kanundan kaynaklanan bir borçtur. Açıklamalar için bkz. **Atamer**, İpotek, s. 376.

64 **Akıncı**, s. 101; **Atamer**, İpotek, s. 362. Bildirim acenteye yapılması da mümkündür. Açıklamalar için bkz. **Atamer**, İpotek, s. 366. Öğretide, ipotekli alacaklıya tanınan bu imkânın bir yükümlülük değil, bir külfet olduğu kabul edilmektedir. Zira bu bildirim yapmayan ipotekli alacaklının herhangi bir yaptırımla karşılaşması söz konusu değildir. Bkz. **Atamer**, İpotek, 362 vd.; **Prause**, s. 39; **Sevinç Kuyucu**, s. 183, dn. 704.

ipotekli alacaklı tarafından yapılması gerektiği sonucu çıksa da bu bildirim ile gözetilen amacın sigortacının ipotekten haberdar edilmesi olduğu göz önüne alındığında, bildirim gemi maliki ya da sigorta ettiren yahut üçüncü bir kişi tarafından yapılmasının bir önemi olmadığı kabul edilmektedir<sup>65</sup>.

Bildirim nasıl yapılacağına ilişkin kanunda düzenlenmiş bir hüküm mevcut değildir. Geçerliliği sigortacıya ulaşmasına bağlı olan bu bildirim, sigorta sözleşmesi feshedilmeden önce olmak koşuluyla her şekilde yapılması mümkündür<sup>66</sup>. Bu bildirim ihtar ya da ihbar niteliğinde olmadığından gemi ipoteği alacaklısının tacir olması durumunda dahi TTK m. 18/3'te öngörülen şekil şartına uyulması şart değildir<sup>67</sup>. İspat kolaylığı açısından bildirim yazılı yapılmasında fayda vardır. Sigortacının ve ipotekli alacaklının bildirim şekli konusunda anlaşmaları mümkündür<sup>68</sup>.

TTK m. 1456/4 hükmünde ise sigortacıya, TTK m. 1024 hükmünden farklı olarak "*ayni hakkı kendisine bildirmiş olan ve kendisi tarafından bilinen ayni hak sahiplerine*" karşı bildirim yükümlülüğü getirilmiştir. Sicile tescil ile kurulan rehin hakları için sigortacının basit bir araştırmayla sınırlı ayni hak sahiplerini öğrenmesi mümkündür. Bununla birlikte özel hüküm niteliğindeki TTK m. 1024 hükmü sigortacıyı, sadece kendisine ipoteğin mevcudiyetinin bildirilmesi durumunda hükümde yer alan hususları bildirmekle yükümlü kılmıştır. Dolayısıyla sigortacının ipoteğin mevcudiyetini bilmesine rağmen kendisine hususi olarak bildirilmedikçe bildirim yükümlüsü olduğunu söylemek mümkün değildir<sup>69</sup>. Zira kanun koyucunun bilinçli olarak bu tercihte bulunduğu anlaşılmaktadır. Nitekim genel hüküm niteliğinde TTK m. 1456'da yer verdiği "*kendisi tarafından bilinen ayni hak sahipleri*" ibaresine TTK m. 1024'te yer vermiş değildir<sup>70</sup>.

---

65 **Topsoy**, Sigorta, s. 53-54.

66 **Topsoy**, Sigorta, s. 51; **Sözer**, s. 160; **Atamer**, İpotek, s. 367; **Abraham**, s. 742.

67 Yazıcıoğlu, Tekne Sigortası Genel Şartları'nda yer alan sözleşen tarafların birbirlerine noter vasıtasıyla ya da taahhütlü mektupla bildirimde bulunacağına dair hükmün ipotekli alacaklının ipoteği sigortacıya bildiriminde de geçerli olduğunu ifade etmiştir. Bkz. **Yazıcıoğlu**, s. 209.

68 **Abraham**, s. 742; **Atamer**, İpotek, s. 365.

69 Aynı yönde bkz. Oğuzhan **Ünsal**, Rehinli Eşya Üzerindeki Menfaatlerin Sigortalması ve Hukuki Sonuçları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 144.

70 Buna karşın öğretide, bildirim olmaksızın sigortacının ipoteğin mevcudiyetini bildiği durumlarda söz konusu yükümlülükleri yerine getirmesi ve bu durumda ipotek

## 2. Sigortacının Yükümlülükleri

### a. Primlerin Ödenmediğini Bildirme Yükümlülüğü

Bilindiği üzere, sigortacının rizikoyu taşıma borcuna karşılık elde ettiği en önemli kazancı sigorta primidir<sup>71</sup>. Bundan dolayı kanun koyucu primin ödenmemesine bazı sonuçlar bağlamıştır. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça TTK m. 1431'e sigortacının sorumluluğu primin ya da taksitle ödeme kararlaştırılmışsa ilk taksitin ödenmesiyle başlar. Dolayısıyla sigortacı prim veya ilk taksit ödenmediği sürece sigorta ettirene olduğu gibi ipotekli alacaklıya karşı da sorumlu olmayacaktır.

TTK m. 1431'e göre primin tamamı ya da taksitle ödemenin kararlaştırılması durumunda ilk taksiti sözleşme yapılır yapılmaz ve poliçenin teslimi karşılığında ödenir<sup>72</sup>. Dolayısıyla sigortacının prim

---

alacaklısının, sigortacının ipoteği kesin olarak bildiğini ispatlaması gerektiği ileri sürülmüştür. Karş. **Topsoy**, Sigorta, s. 53.

71 TTK m. 1430'da sigorta ettirenin sözleşmede kararlaştırılan primi ödemekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Buna karşın TTK'da primin tanımı yapılmış değildir. Öğretide prim, sigortacının sözleşme süresince rizikoyu üstlenmesine karşılık, sigorta ettiren tarafından karşı edim olarak ifası istenen ücret olarak tanımlanmaktadır. Tanımlar için bkz. **Çeker**, s. 66; Emine **Yazıcıoğlu/Zehra Şeker Ögüz**, Sigorta Hukuku, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, s. 1; Rayegan **Kender**, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, 17. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 271; İrem **Aral Erdeleklioğlu**, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Sigorta Ettirenin Prim Ödeme Borcu", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 22, Y. 11, s. 204.

72 TTK m. 1430/2 uyarınca sigorta primi kural olarak nakden ödenir. Mal olarak ödenmesi mümkün değildir. Hükmün devamında ilk taksitin nakden ödenmesi karşılığında sonraki taksitler için kambiyo senedi verilebileceği düzenlenmiştir. Bu durumda sonraki taksitin ödenmesi, kambiyo senedinin tahsili ile gerçekleşir. Yargıtay da bir kararında, prim borcunun senede bağlanması durumunda primin ifasının senedin tahsil edildiği tarihte gerçekleştiğini ifade etmiş ve senetle ödemeyi kabul eden sigortacının, primin tahsilinden önce rizikonun gerçekleşmesi durumunda primin ödenmediği gerekçesiyle sorumluluktan kurtulamayacağını belirtmiştir. İlgili karar için bkz. Yarg. 11. HD., E. 2003/6390, K. 2004/1003, 09.02.2004, ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), Erişim: 05.06.2024). Uygulama prim borcu genellikle kredi kartı ile ödenmektedir. Öğretide de primin kredi kartıyla ödenmesine ilişkin yasal bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu ifade edilmiştir. Bkz. Tekin **Memiş**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Sigorta Hukukuna Dair 6. Kitabının Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Türk Ticaret Kanunu Taslağı, Sigorta Hukuku Dergisi, Özel Sayı 1, 2005, s. 99; **Aral Erdeleklioğlu**, s. 206. Ünan, primin kredi kartıyla ödenmesi durumunda sigorta ettirenin hak kaybına uğramasının önlenmesi amacıyla, kredi kartıyla ödemeyi kabul eden sigortacının kredi kartından provizyonun çekildiği andan itibaren sigorta himayesinin başladığını kabul etmesi ya da aksi durumda da primin

alacağının muacceliyeti için sözleşme yapılması tek başına yeterli değildir. Bunun yanında poliçenin de düzenlenip sigorta ettirene verilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla sigorta sözleşmesinin yapılmasıyla doğan prim ödeme borcu, poliçenin sigorta ettirene verilmesiyle muaccel hale gelmektedir<sup>73</sup>. Bununla birlikte, TTK m. 1431/1'e göre karada ve denizde eşya taşımalarına ilişkin sigortalarda prim, sözleşme yapıldığı anda muaccel olmaktadır. Poliçe düzenlenmesi bu tür sigortalarda primin muaccel olmasının bir şartı değildir<sup>74</sup>. Gemi ipoteğinin, tekne sigortası sözleşmesinden doğan sigorta tazminatına şamil olduğunu göz önüne aldığımızda; tekne sigortası sözleşmesinden kaynaklanan primin muacceliyeti de poliçenin teslimi ile gerçekleşecektir.

### 1) Primin Hiç Ödenmemesi Durumunda

TTK m. 1434'e göre ilk taksiti ya da tamamı bir defada ödenmesi gereken prim zamanında ödenmediği takdirde, vadeden başlayarak üç ay içinde sigortacının sözleşmeden cayma hakkı vardır. Primin taksitle ödenmesinin kararlaştırıldığı ihtimalde, izleyen primlerin ödenmemesi durumunda da sigortacının sözleşmeyi fesih hakkı söz konusudur. Dolayısıyla primin ödenmemesi sigortacıya duruma göre fesih veya cayma hakkı vererek sözleşmeyi sonlandırma imkânı tanımaktadır.

Sigortacının cayma hakkını kullanabilmesi için ilk olarak primin muaccel olması gerekmektedir. Primin muaccel olması için yukarıda izah edildiği üzere tekne sigortası açısından sigortacının sigorta ettirene poliçe düzenleyip vermesi icap eder. Bunun yanında kanımızca sigorta ettirenin temerrüde düşmesi de aranmaktadır. Nitekim sigortacının cayma hakkının düzenlendiği TTK m. 1434 hükmünün kenar başlığı temerrüt olarak belirtilmiştir<sup>75</sup>. Başka bir ifadeyle, kanun koyucunun düzenlediği sözleşmeden cayma hakkı primin muaccel olması nedeniyle değil, sigorta ettirenin mütemerrit olması dolayısıyla sigortacıya tanınan haklardan biridir. Alacağın muaccel olmasıyla borçlunun temerrüde düşmesinin her zaman örtüşmediği dikkate alınır, primin muaccel olduğu tarih ile

---

sigortacının hesabına geçtiği anda (bu süre iki üç haftayı bulabilmektedir) himayenin başlayacağı konusunda sigorta ettireni bilgilendirmesi gerektiği yönünde bir çözüm önerisi getirmiştir. Bkz. Samim Ünán, Türk Ticaret Kanunu Şerhi- Altıncı Kitap-Sigorta Hukuku-Cilt I- Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 350-351.

73 Kender, s. 276; Topsoy, Sigorta, s. 34; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 178; Aral Erdeleklioğlu, s. 211.

74 Kender, s. 276; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 177.

75 Zira, TTK m. 1534 hükmünde kenar başlıklarının da metne dahil olduğu belirtilmiştir.

sigorta ettirenin temerrüde düştüğü anın açıklığa kavuşturulması gerekmektedir<sup>76</sup>.

Temerrüt kenar başlıklı TTK m.1434 hükmünün birinci fıkrasında *1431 inci maddeye uygun olarak istenilen sigorta primini ödemeyen sigorta ettirenin mütemerrit* olacağı belirtilmiştir. Mezkûr hükmün ikinci fıkrasında ise zamanında ödenmeyen prim için sigortacının sözleşmeden üç ay içinde cayabileceği ve bu sürenin vadeden itibaren başlayacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla tarafların sözleşmede bir vade belirlemiş olmaları durumunda bu geçerlidir. Borcun ifa zamanıyla ilgili olan vade, öğretide olağan vade, belirli vade ve kesin vade olarak üçe ayrılmaktadır<sup>77</sup>. Olağan vade, borcun muaccel olduğu yani alacaklının edimi talep edebildiği tarihi ifade etmektedir. Bununla birlikte bu tür vadeye bağlı işlemlerde borçlunun temerrüde düşmesi vadenin gelmesiyle alacağın muaccel olmasının yanında alacaklının ayrıca ihtarına ihtiyaç bulunmaktadır<sup>78</sup>. Belirli vade ise borcun muaccel olduğu ve aynı zamanda borcun ifa edilmemesi durumunda alacaklının temerrüde düştüğü zamanı ifade etmektedir<sup>79</sup>. Başka bir ifadeyle, eğer belirli vade söz konusuysa borçlu ihtara gerek kalmaksızın mütemerrit olur. Keza kesin vadede de ihtara gerek olmaksızın vadenin gelmesiyle borçlu temerrüde düşer. Bu açıklamalar dikkate alınarak, sigorta sözleşmesinde prim alacağının kanunda vadeye bağlanıp bağlanmadığının tespiti hem borcun muacceliyet anının hem de borçlunun temerrüde düşme zamanının belirlenmesi açısından önem arz etmektedir. TTK m. 1431/1’de primin ya da ilk taksitin *sözleşme yapılır yapılmaz ve poliçenin teslimi karşılığında* ödenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu hüküm öğretide eleştirilmekte ve

---

76 “Borçlunun temerrüdünden söz edebilmek için, öncelikle borcun muaccel hale gelmiş olması gerekir. Muacceliyet; en yalın anlatımıyla, ödeme zamanının gelmiş olmasıdır. Borcun ifası için bir vade öngörülmüşse, kural olarak bu vadenin gelmesiyle muacceliyet oluşur. Hemen belirtilmelidir ki, temerrüdün oluşması için borcun muaccel olması kural olarak tek başına yeterli değildir.” Bkz. Yarg. HGK, E. 2013/193, K. 2013/1077, 11.09.2013, (www.lexpera.com.tr, E.T. 05.03.2024).

77 Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara 2018, s. 976.

78 Eren, s. 976.

79 Eren, s. 976.

“sözleşme yapılır yapılmaz”<sup>80</sup> kısmının dikkate alınmaması<sup>81</sup>, prim borcunun muaccel olması için poliçenin teslim anının esas alınması gerektiği belirtilmektedir.<sup>82</sup> Poliçenin teslimi, sigortacının yükümlülüklerinden biridir. Dolayısıyla sözleşmenin yapılmasıyla doğan prim ödeme borcunun muaccel hale gelmesi alacaklı sıfatını haiz sigortacının poliçeyi teslimine bağlanmış; yani kanun koyucu vadeyi belirleme yetkisini sigortacıya bahşetmiştir. Bununla birlikte borçlunun temerrüdünü düzenleyen TBK m. 117/2’ye göre vadeyi belirleme yetkisinin taraflardan birine verildiği durumlarda ayrıca ihtara gerek kalmaksızın borçlu temerrüde düşmektedir.<sup>83</sup> Dolayısıyla kanunda, primin ödenme tarihi için vade “poliçenin teslim anı” olarak belirlenmiştir. Bu durumda TTK m.117/2 hükmü nazara alındığında sigortacının poliçeyi vermesiyle muaccel olan prim alacağının başkaca bir ihtara gerek kalmaksızın borçlu sigorta ettireni, primin ödenmemesi durumunda temerrüde düşürdüğüne kabulü gerekmektedir. O halde TTK m. 1434/1’de “*istenilen*” sigorta priminden neyin anlaşılması gerektiği belirsizdir. Başka bir deyişle; kanun koyucu, hem poliçenin teslimini gerçekleştirerek primin muacceliyet anını belirleme yetkisini sigortacıya vermekte hem de temerrüt için ayrıca primin *istenilmiş* olmasını aramaktadır. Hükümde geçen “*istenilmiş*” ifadesiyle ihtarın kastedilmediği açıktır. Zira TTK m. 1432’de ödeme yeri olarak sigorta ettirenin sözleşmede gösterilen adresi esas alınmıştır. Bu hükümden kanun koyucunun sigorta primini *aranılacak* borç olarak düzenlemiş olduğu

---

80 Bu ifade tek başına dikkate alındığında kanun koyucunun TBK ile uyumlu olarak prim alacağının sözleşmenin yapılmasıyla yani borcun doğar doğmaz muaccel hale geleceğini irade etmiş olduğu sonucu çıkabilir. Bununla birlikte sözleşmenin yapılması ve poliçenin hemen teslim edilmemesi durumunda sorun ortaya çıkacaktır. Sözleşmenin yapılmasıyla borcun muaccel hale geldiğinin kabul edilmesi durumunda da sigorta ettirenin temerrüde düşmesi için sigortacının ihtarı gereklidir. Kürşat Yağcı, “Borcun İfasının Sözleşmenin Kurulmasından Sonraki Bir Olgunun Gerçekleşmesinden İtibaren Belirli Bir Sürenin Geçmesiyle Muaccel Olacağının Kararlaştırıldığı Hallerde Borçlunun Temerrüde Düşmesi için İhtar Şart mıdır? (Vadenin Sonradan Belirli Hale Gelebilirliği Üzerine)”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 77, S. 1, 2019, s. 271.

81 Aksi takdirde, borcun doğumuyla muaccel olduğunun kabulü gerekecektir.

82 Ünán, s. 334; Aksi görüş için bkz. Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 179.

83 İlgili hükümden bu yetkinin sadece sözleşme ile belirlenmesi durumunda geçerli olacağı sonucu çıkmaktadır. Bununla birlikte, kanunda belirlenmesi durumunda da ihtara gerek olmadığı kabul edilmektedir. Bkz. Eren, s. 1124.

anlaşılmaktadır<sup>84</sup>. Aranılacak borçlarda, borçlu edim konusunu alacaklının emir ve tasarrufunda bulundurmakla yükümlüdür. Dolayısıyla alacaklı sigortacı, borcun ifasını sigorta ettirenin ikametgahında ya da işyerinde istemekle mükelleftir<sup>85</sup>. Bu sebeple kanunda belirtilen primin *istenilmiş* olması, alacaklı sigortacının borcun ifası için üzerine düşeni yapması niteliğinde olup; ihtar niteliğinde değildir. Başka bir ifadeyle, *sigorta primin istenilmesi* sigortacının edimi kabule hazır olması anlamına gelmektedir<sup>86</sup>. Öğretide de aranılacak borçlar için borçlunun temerrüdünün, kendisine borcun ifası ihtar edilmiş olsa dahi alacaklının edimi almaya gelmesiyle söz konusu olacağı belirtilmiştir<sup>87</sup>. Bu durumda sigorta ettirenin temerrüdü, sigortacının, sigorta ettirenin sözleşmede gösterdiği adresinde poliçenin teslimiyle muaccel olan prim borcunu istemesiyle gerçekleşir<sup>88</sup>. Dolayısıyla kanımızca sigortacı, vade tarihinden itibaren değil temerrüt tarihinden itibaren üç ay içinde sözleşmeden cayabilecektir<sup>89</sup>.

Yenilik doğuran hak niteliğindeki cayma hakkı, bunun sigorta ettirene bildirilmesi ile hukuki sonuç doğurur. Kanun'da bildirim şekline ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte, sigorta konusu olan geminin maliki aynı zamanda tacir sıfatını haiz ise bu bildirim TTK m. 18'de hüküm altına alınan usul ile yapılmalıdır<sup>90</sup>. Cayma hakkının kullanılabilmesi için sigortacı tarafından primin dava veya takip yoluyla istenmemiş olması gerekir. Aksi takdirde sigortacının cayma hakkını kullanması mümkün değildir. Bu şartların varlığı durumunda cayma beyanının sigorta ettirene ulaşmasıyla sözleşme geçmişe etkili olarak sona erer.

---

84 Kemal **Şenocak**, Mesleki Sorumluluk Sigortası, Turhan Kitabevi, Ankara 2000, s. 208; **Eren**, s. 971; **Topsoy**, Sigorta, s. 41; **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 179.

85 **Topsoy**, Sigorta, s. 41; **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 179; **Aral Erdeleklioğlu**, s. 211.

86 **Eren**, s. 1125.

87 M. Kemal **Oğuzman/Turgut Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler- Cilt I, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 470.

88 **Topsoy**, **Sigorta**, s. 41; **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 180.

89 TTK m.1434/2'de vadeden başlayarak üç ay içinde sigortacının sözleşmeden cayma hakkını kullanabileceği belirtilmiştir. Kanımızca vade tarihi değil, temerrüt tarihi olması gerekir. Zira poliçenin teslimi ile muaccel olan prim ödeme borcunun, sigorta ettireni temerrüde düşürmesi, ancak sigortacının, sigorta ettirenin adresinde primi istemesiyle gerçekleşecektir. Hükmün kenar başlığının "temerrüt" olduğu dikkate alındığında, üç aylık sürenin temerrütten itibaren başlaması gerektiği kanaatindeyiz.

90 **Topsoy**, Sigorta, s. 43; **Sevinç Kuyucu**, s. 185.

Kanun koyucunun sigortacıya tanıdığı sözleşmeden cayma hakkı primin hiç ödenmemesi durumunda söz konusudur. Peki sigortacı, primin hiç ödenmediğini (ilk taksitin veya tamamının) ipotekli alacaklıya bildirmekle yükümlü müdür? TTK m. 1024'te “*sigorta priminin zamanında ödenmemesi ve bu yüzden sigorta ettirene bir ödeme süresi belirlenmesi*” durumunda sigortacının ipotekli alacaklıya bildirimle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. *Sigorta ettirene ödeme süresinin verilmesi*, sigortacının sözleşmeden cayma hakkını kullanması için değil, izleyen primlerin ödenmemesi nedeniyle sözleşmenin feshi için izlemesi gereken usuldür. Dolayısıyla hükmün lafzından, sigortacının sözleşmeden cayma hakkını kullanabilmesi için gerekli şartların oluşması durumunda bunu ipotekli alacaklıya bildirmekle yükümlü olmadığı sonucu çıkmaktadır<sup>91</sup>. Diğer bir ifadeyle, primin tamamının ya da taksitle ödeme kararlaştırılmışsa ilk taksitin ödenmemesi durumunda mevcut düzenlemeye göre sigortacının keyfiyeti ipotekli alacaklıya bildirme yükümlülüğü bulunmamaktadır<sup>92</sup>. Buna rağmen, ipotekli alacaklının durumu bir şekilde öğrenip primi ödeyerek sigortacının sorumluluğunu başlatma hakkının olduğu kabul edilmelidir. TBK m. 83'te borcun bizzat borçlu tarafından ifasında alacaklının menfaati bulunmadığı sürece borçlunun bizzat ifa mecburiyetinin olmadığı düzenlenmiştir. Prim borcunun bir para borcu olduğu dikkate alındığında sigortacının bizzat borçlunun ifasında menfaati olmadığı açıktır<sup>93</sup>. Dolayısıyla sigortacı, ipotekli alacaklının yapacağı ödemeyi reddedememelidir. Öyle ki sigorta ettirenin açıkça karşı koymasına rağmen TTK m. 1029'da “*sigortacı, muaccel olan sigorta primlerini ve sigorta sözleşmesi gereğince ona yapılması gereken diğer ödemeleri kanunen reddedebileceği durumlarda bile, bunları sigortalıdan ve ipotekli alacaklıdan kabul etmeye zorunludur*” şeklinde düzenlenen hüküm gereği bu ödemeyi kabul etmek zorundadır<sup>94</sup>.

91 Aynı yönde bkz. **Topsoy**, Sigorta, s. 54; **Atamer**, İpotek, s. 372; Aksi görüş için bkz. **Yazıcıoğlu**, s. 210; **Sevinç Kuyucu**, s. 186.

92 Aksi görüş için bkz. **Yazıcıoğlu**, s. 210.

93 **Topsoy**, Sigorta, s. 59; **Atamer**, s. 348; **Şenocak**, Mesleki Sorumluluk Sigortası, s. 206; **Aral Erdeliklioğlu**, s. 207. Buna karşın üçüncü kişinin prim borcunu kambiyo senedi ile ifa etmek istemesi durumunda sigortacı bunu kabule mecbur değildir.

94 **Topsoy**, Sigorta, s. 59; Aynı yönde bkz. **Abraham**, s. 745.



## 2) İzleyen Primlerin Ödenmemesi Durumunda

TTK m. 1434/3'te sigortacının, sigorta ettirenin izleyen primleri ödemede temerrüdü sebebiyle sözleşmeyi fesih hakkını ve şartlarını düzenlemiştir. İlk primin ödenmemesi durumundan farklı olarak izleyen primlerin ödenmemesi sigortacının himaye borcunu etkilemez<sup>95</sup>. Sigortacı ilk olarak noter aracılığıyla ya da iadeli taahhütlü mektupla sigorta ettirene borcunu yerine getirmesi için on günlük süre vermeli ve süre sonunda prim ödenmediği takdirde sözleşmenin feshedilmiş sayılacağı ihtarını yapmalıdır. Bu ihtimalde sigortacının sorumluluğu başlamıştır. Yani sözleşme feshedilene kadar sigortacı rizikoyu taşımaktadır.

Kanunda sigortacının fesih hakkını kullanabilmesi için cayma hakkından farklı olarak usulüne uygun ihtar yapmış olma şartı aranmaktadır. İhtar ile verilen süre sonuna kadar prim borcu ödenmediği takdirde sigorta sözleşmesi ileriye etkili olarak sona erer. Başka bir deyişle, bu süre dolana kadar sigortacı meydana gelen rizikolardan sorumlu olmaya devam eder.

TTK m. 1024'e göre *sigorta priminin zamanında ödenmemesi ve bu yüzden sigorta ettirene bir ödeme süresi belirlenmesi* durumunda bunun gecikmeksizin sigortacı tarafından ipotek alacaklısına bildirilmesi gerekir. Sigortacının, primin ödenmemesi nedeniyle süre verme yükümlülüğü fesih hakkını kullanabilmesi için zorunludur. Sigortacının fesih hakkı da yukarıda bahsi geçtiği üzere izleyen primlerin ödenmemesi durumunda söz konusu olacaktır. Dolayısıyla mezkûr hükümde, sigortacının, fesih şartlarının oluşması durumunda bunu ipotekli alacaklıya bildirmekle yükümlü olduğu yönünde bir tereddüt söz konusu değildir<sup>96</sup>.

Primin ödenmemesinin ve bu nedenle sigorta ettirene bir süre verilmesinin ipotekli alacaklıya bildirilmesinin amacı, alacaklının sigorta ettirenin ödemediği primi ödemek suretiyle sigorta sözleşmesinin

95 **Kender**, s. 282; Zehra **Şeker**, “Sigorta Ettirenin Taksitlendirilmiş Primi Ödeme Borcunda Temerrüde Düşmesinin Sonuçları”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2002, s. 653; **Sevinç Kuyucu**, s. 186. “(...) Kanun gereğince davalının sorumluluğunun doğması için sigorta priminin, taksitle ödenmesi kararlaştırılmışsa ilk taksitinin ödenmesi gerektiği aşıkardır; ilk taksit ödenmediği durumda sigorta şirketinin sorumluluğu başlamaz ise de devam eden taksitlerin ödenmediği durumlarda ilk taksit ödendiği için sigorta şirketinin sorumluluğu başlamakla bu durum 3. Kişilere karşı ileri sürülemez. (...)”, bkz. Yarg. 17. HD., E. 2018/5430, K. 2018/12915, 23.02.2018, Işıl **Ulaş/İbrahim Bektaş**, Ulaş Sigorta Hukuku-Birinci Cilt-Zarar Sigortaları I, 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2023, s. 93.

96 **Atamer**, İpotek, s. 373; **Abraham**, s. 741-742.

devamını sağlama imkanına sahip olmasıdır<sup>97</sup>. İpotekli alacaklının da primi ödememesi durumunda, sigortacı hem sigorta ettirene hem de ipotekli alacaklıya karşı borcundan kurtulur<sup>98</sup>. Sigortacının bu bildirim yapmaması durumunda da ipotekli alacaklıya karşı sigorta sözleşmesinden doğan borcu sona erer. Bununla birlikte bildirim yapılmadığı durumlarda, ipotekli alacaklı bu sebeple bir zarara uğramışsa sigortacıya başvurup tazmin edilmesini isteme hakkını haizdir<sup>99</sup>.

Sigortacının, ipotekli alacaklıya karşı sorumluluktan kurtulması için izleyen primlerin ödenmemesi nedeniyle kanun gereği verilmesi gereken asgari on günlük sürenin sonunda sözleşmenin sona ereceğinin ipotekli alacaklıya da bildirmesi gerekir. Yapılacak bildirim şekliyle ilgili Kanun'da bir düzenleme mevcut değildir. Kanun koyucu sigorta ettirene yapılacak fesih bildiriminin, noter aracılığıyla ya da iadeli taahhütlü mektupla yapılması ve on günlük süre sonunda borcun yerine getirilmemesi durumunda sözleşmenin feshedileceği ihtarını içermesi gerektiğini düzenlemiştir (TTK m.1434/3). İpotekli alacaklıya yapılacak bildirim için bu şekil şartına uyulması gerekip gerekmediği hususunda bir netlik olmamakla birlikte; öğretide Topsoy, istisnaların dar yorumlanması ilkesi uyarınca bu şekil şartının ipotekli alacaklıya yapılacak bildirim için aranmaması gerektiğini ileri sürmüştür<sup>100</sup>. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, ipotekli alacaklıya yapılacak bildirim için bir şekil şartı aranmamalı, alacaklıya ulaşması şartıyla herhangi bir şekilde yapılan bildirim geçerli olduğu kabul edilmelidir. Bununla birlikte, bildirim şekli önemli olmasa dahi içeriğinin primin ödenmediği takdirde verilen süre sonunda sözleşmenin feshedileceği ihtarını içermesi gerekir<sup>101</sup>.

---

97 **Kalpsüz**, s. 106.

98 **Kalpsüz**, s. 106.

99 **Abraham**, s. 742-743. Tazminat istemi, sigortacı ile ipotekli alacaklı arasında bir sözleşme söz konusu olmadığı için sözleşmenin ihlaline değil; haksız fiil hükümlerine dayanmaktadır. Aynı yönde bkz. **Topsoy**, s. 164. Buna karşılık Atamer bu görüşe katılmamaktadır. Yazara göre, sigortacının, ipotekli alacaklıya sigorta tazminatı ödeme edimi sigorta sözleşmesine dayanmaktadır. Primin ödenmesinde temerrüt nedeniyle sözleşmenin sona ermesi sözleşmeye dayanan bir edimi ortadan kaldırmaktadır. Haliyle bu bildirim yükümlülüğü kanundan doğan fakat sözleşmeye dayanan bir edim olarak kabul edilmelidir. Bu görüşe göre, bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi nedeniyle ileri sürülen tazminat istemi sözleşmenin ihlaline dayanmaktadır. Bkz. **Atamer**, s. 376-377.

100 **Topsoy**, s. 56.

101 **Topsoy**, s. 56 vd.

## **b. Primin Ödenmemesi Nedeniyle Sözleşmenin Feshedildiğini Bildirme Yükümlülüğü**

TTK m. 1024/1 hükmünün ikinci cümlesine göre primin ödenmemesi nedeniyle sözleşmenin feshedilmesi durumunda da sigortacıya keyfiyeti ipotekli alacaklıya bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. Başka bir ifadeyle, TTK m. 1024/1 hükmüne göre sigortacı hem primin ödenmediğini hem de ayrıca sözleşmenin bu sebeple sona ermiş olması durumunda feshedilmiş olduğunu ipotek alacaklısına bildirmelidir. Kalpsüz, bu hüküm ile kanun koyucunun, ipotekli alacaklıya, primi ödeyerek sigorta himayesini devam ettirme ya da yeni bir sigorta sözleşmesi yapma imkânı verdiğini ifade etmiştir<sup>102</sup>. Kanımızca sözleşmenin feshinden sonra ipotekli alacaklının artık prim borcunu ödeyerek sigorta himayesini devam ettirme imkânı söz konusu değildir. Zira fesih, bozucu yenilik doğuran bir haktır<sup>103</sup> ve yenilik doğuran hakkın kullanılıp neticenin meydana gelmesinden sonra bundan geriye dönülmesi söz konusu değildir<sup>104</sup>. Dolayısıyla sigorta sözleşmesi fesih ile geleceğe etkili olarak sona ermektedir. Bu aşamadan sonra sigorta himayesinden faydalanmak isteyen ipotekli alacaklının tek imkânı yeni bir sigorta sözleşmesi akdetmektir. Bu sigorta sözleşmesi, malik menfaatinin teminat altına alındığı tekne sigortası olabileceği gibi ipotekli alacaklının kendi menfaatinin teminat altına alındığı bir sigorta sözleşmesi de olabilir. Dolayısıyla sigortacının sözleşmenin feshedildiğini ipotekli alacaklıya bildirmemesi ipotekli alacaklıya karşı sözleşmenin devam ettiği sonucunu doğurmaz. Yani, süre sonunda sözleşmenin feshi ipotekli alacaklıya karşı da hüküm ifade eder<sup>105</sup>. Bununla birlikte, sigortacının bu yükümlülüğü yerine getirmemesi nedeniyle ipotekli alacaklının uğradığı bir zarar mevcutsa TBK m. 49 uyarınca bunu tazminle yükümlü olmaktadır<sup>106</sup>.

TTK m.1434/4'te sigorta ettirene bir sigorta dönemi<sup>107</sup> içinde iki ihtar gönderilmiş olması durumunda, sigorta döneminin sonunda hüküm doğurmak üzere sigortacının sözleşmeyi fesih hakkı düzenlenmiştir. Bu

---

102 Bkz. **Kalpsüz**, s. 107.

103 **Eren**, s. 1289 vd.

104 M.Kemal **Oğuzman**/Nami **Barlas**, Medeni Hukuk - Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 23. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 167.

105 **Topsoy**, s. 164.

106 **Topsoy**, s. 164; Aynı yönde bkz. **Prause**, s. 39.

107 TTK m. 1411'de sigorta dönemi, prim daha kısa zaman dilimlerine göre hesaplanmıyorsa bir yıl olarak kabul edilmiştir.

durum da TTK m. 1024/1 kapsamında değerlendirilmeli, bu durum gecikmeksizin sigortacı tarafından ipotek alacaklısına bildirilmelidir<sup>108</sup>.

### c. Sözleşmenin Sona Erdiğini Bildirme Yükümlülüğü

TTK m. 1024/2'de sigortacıya, sözleşmenin cayma, fesih bildirim ya da herhangi bir sebeple sona erdiğini ya da henüz sona ermemişse sona ereceği tarihi ipotekli alacaklıya bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. Primlerin ödenmemesi ve sigortacının iflası nedeniyle sözleşmenin sona ereceği haller bu hükmün kapsamında değildir (TTK m. 1024/3). Diğer bir ifadeyle, sigortacının ya da sigorta ettirenin kanunda ya da sözleşmede öngörülen diğer yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedeniyle tarafların cayma ya da fesih hakkını kullanması ya da başka bir şekilde sözleşmenin sona ermesi durumunda bunun ipotekli alacaklıya bildirilmesi gerekmektedir. Örneğin sigorta ettirenin beyan yükümlülüğüne aykırı davranması sigortacıya sözleşmeden cayma hakkı vermektedir (TTK m. 1439/1). TTK m. 1440'a göre sigortacı, sigorta ettiren tarafından önemli bir hususun bildirilmemiş ya da yanlış bildirilmiş olduğunu öğrendiği tarihten itibaren on beş gün içinde sözleşmeden cayabilir. İşte bu durumda da sözleşmenin cayma sebebiyle sona erdiğinin ipotekli alacaklıya bildirilmesi gerekir. Yine aynı şekilde sigorta ettirenin rizikoyu ağırlaştırmama yükümlülüğünü ihlal etmesi üzerine sigortacının sözleşmeyi feshetmesi (TTK m.1445/1) buna örnek olarak verilebilir.

Yukarıda izah edilen sebeplerle sözleşmenin süresinden önce sona ermesini gerektiren haller, ipotekli alacaklıya karşı bu bildirimden ya da alacaklının bir şekilde öğrendiği tarihten itibaren iki hafta geçmekle hüküm ifade eder<sup>109</sup>. Diğer bir ifadeyle, ilgili hükümde kanun koyucu sigorta sözleşmesinin taraflar arasında süresinde önce sona erdiği durumlarda, sigortacının ipotekli alacaklıya karşı sorumlu olmaya devam

108 **Atamer**, İpotek, s. 376; **Omağ**, İpotek, s. 361; **Sevinç Kuyucu**, s. 187.

109 TTK m. 1456/5'te sigortacının sözleşmenin sona ermesinden itibaren on beş gün içinde durumu aynı hak sahiplerine bildirmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Yine hükmün devamında aynı hak sahipleri yönünden sözleşmenin sona ermesinden itibaren on beş gün ile geçerli olacağı belirtilmiştir. Bu on beş gün içinde durumu öğrenen aynı hak sahibinin sözleşmeye devam edeceğini bildirmedeği takdirde sigorta sözleşmesi aynı hak sahibi için de geçersiz olacaktır. Öğretide hükümdeki sürenin başlangıcı oldukça eleştirilmiştir. Zira sigortacının sözleşmenin sona ermesinden itibaren bildirim geç yapması ihtimalinde, aynı hak sahiplerinin sözleşmeye devam etme iradesini açıklaması için çok az süreleri kalmaktadır. TTK m. 1024/2'de isabetli olarak ilgili sürenin sözleşmenin sona ermesinden itibaren değil, sigortacının bildiriminden itibaren başlayacağı belirtilmiştir. Eleştiriler için bkz. **Ünsal**, s. 140 vd.

edeceğini düzenlemiştir. Sigortacının kanundan kaynaklanan bu sorumluluğu bildirim tarihinden ya da ipotekli alacaklının durumu bir şekilde öğrendiği tarihten itibaren iki hafta ile sınırlandırılmıştır. Bunun anlamı, sigortacının, iki haftalık süre içinde rizikonun gerçekleşmesi durumunda, sigorta ettiren ya da sigortalı sıfatını haiz olmayan ipotek alacaklısına sigorta tazminatını ödeme yükümlülüğünün doğacak olmasıdır<sup>110</sup>.

Sözleşmeyi sona erdiren sigortacının iflası ya da primin ödenmemesi nedeniyle fesih hallerinde bu iki haftalık süre uygulanmaz. Yani bu sebeplerle sözleşme sona erdiğinde, bildirim yapılmamış olsa dahi sigorta sözleşmesi ipotekli alacaklıya karşı da sona ermektedir.

#### **d. Sigorta Bedelini Azaltan ya da Sigorta Himayesini Daraltan Halleri Bildirme Yükümlülüğü**

İpotekli alacaklı ile sigortacı arasında akdi bir ilişki mevcut değildir. Yani ipotekli alacaklı sigorta sözleşmesinin bir tarafı değildir ve ipoteğin mevcudiyeti sigortacı ile sigorta ettirenin sözleşme üzerindeki tasarruf yetkisini etkilemez. Başka bir ifadeyle, sigorta ettiren ve sigortacı sözleşmenin içeriğini sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca istedikleri gibi değiştirebilir. Bununla birlikte bu değişikliklerin ipotekli alacaklı aleyhine bir durum yaratması mümkündür. Kanun koyucu bu sebeple, sigortacıyı, sigorta bedelini azaltan ya da himayeyi daraltan anlaşmaları ipotekli alacaklıya bildirmekle yükümlü kılmıştır (TTK m. 1024/4). Zira sigorta bedelinin azaltılması, rizikonun meydana gelmesi durumunda ipotekli alacaklının tazminat alacağını azaltmaktadır. Yine himayenin daraltılması, himaye kapsamında olmayan rizikoların gerçekleşmesi durumunda ipotekli alacaklının sigorta tazminatını alamaması anlamına gelmektedir.

Prim miktarının belirlenmesinde sigorta himayesi ve sigorta bedeli önemli rol oynamaktadır. Sigorta ettirenin prim miktarını azaltmak için himaye kapsamını daraltması ya da sigorta bedelini azaltması ihtimal dahilinde olduğu için kanun koyucu ipotekli alacaklıyı, taraflar arasında

---

110 Akıncı, s. 105; Topsoy, s. 165; Sevinç Kuyucu, s. 187. TTK m. 1024 hükmüne göre genel hüküm niteliğinde olan TTK m. 1456/5'te de benzer bir düzenleme yer almaktadır. Öğretide Memiş, bu hükmün özel hukuk mantığına aykırı olduğunu, sigortacı ya da sigorta ettirenin sözleşmeyi cayma ya da fesih suretiyle sona erdirmiş olmasına rağmen sınırlı aynı hak sahipleri için belirli bir süre daha devam etmesinin özel hukukun sözleşme serbestisi ilkesine aykırı olduğunu haklı olarak belirtmiştir. İlgili eleştirinin TTK m. 1024/2 hükmü için de yerinde olduğu kanaatindeyiz. Bkz. Memiş, s. 105.

bu konulara ilişkin yapılan sözleşmenin sonuçlarından korumak istemiş ve sigortacıya bildirim yükümlülüğü getirmiştir. Bu yükümlülüğe aykırılık sigortacının sözleşmenin orijinal haline göre ipotekli alacaklıya karşı sorumlu olmaya devam etmesi sonucunu doğurmaktadır. TTK m. 1024/4'te her ne kadar ikinci fıkranın sadece birinci cümlesinin kıyas yoluyla uygulanacağı belirtilmiş olsa da öğretide, sigortacının bildirimden sonra iki haftalık süre için ipotekli alacaklıya karşı sözleşmenin orijinal haline göre sorumlu olacağı kabul edilmektedir<sup>111</sup>. Diğer bir ifadeyle, bu bildirim yapıldıktan sonra sigorta sözleşmesi, alacaklının sigortacıya ipoteği bildirdiği tarihteki şartları içeren haliyle iki hafta daha geçerli olmaya devam eder<sup>112</sup>. Bildirimin yapılmaması ve ipotekli alacaklının da bahsi geçen değişikliği herhangi bir şekilde öğrenmemesi durumunda, sigortacı, ipotekli alacaklı tarafından kendisine ipoteğin bildirildiği tarihteki sözleşmenin orijinal haline göre sorumlu olur.

#### e. Sözleşmenin Geçersiz Olduğunu Bildirme Yükümlülüğü

Bilindiği üzere sigorta hukukunun temel ilkelerinden biri zenginleşme yasağı ilkesidir. Buna göre sigortanın, sigorta ettiren için hiçbir zaman kazanç vasıtası olması söz konusu değildir<sup>113</sup>. Bu yasağın uyarınca zarar sigortalarında sigorta bedeli, sigorta değerinden fazla olamaz. Aksi halde, yani aşkın sigortanın söz konusu olması durumunda TTK m. 1463 uyarınca sigorta değerini aşan kısım geçersizdir<sup>114</sup>. TTK m. 1463/2'de sigorta ettirenin aşkın sigortayı, ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kötü niyetle yapması durumunda sigorta sözleşmesinin geçersiz olacağı düzenlenmiştir. Bu hükme göre, mali çıkar sağlamak amacıyla kötü niyetle yapılan sigorta sözleşmesinin sadece menfaatin değerini aşan kısmı değil, tamamı geçersiz olacaktır. Aynı şekilde, değerinin tamamı sigorta edilmiş olan bir menfaatin aynı rizikolara karşı aynı süre içinde ikinci kez sigortalanmasıyla ortaya çıkan çifte sigorta durumunda da ikinci yapılan sigorta geçersiz olarak kabul edilir<sup>115</sup>. Zenginleşme yasağının tipik

---

111 **Yazıcıoğlu**, s. 211.

112 **Sözer**, s. 162.

113 Merih Kemal **Omağ**, “Sigorta Hukukunda Zenginleşme Yasağı”, Özel Sigorta Hukukuna Hâkim İlke ve Kurumlar (1975-2016)-Makaleler- Tebliğler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 289.

114 **Omağ**, s. 292.

115 **Çeker**, s. 158. TTK m. 1467'de çifte sigortanın geçerli olduğu bazı hal ve şartlar şu şekilde düzenlenmiştir: “(1) Değerinin tamamı sigorta olunan bir menfaat, sonradan aynı veya farklı kişiler tarafından, aynı rizikolara karşı, aynı süreler için sigorta

birer görünümü olan aşkın ve çifte sigorta sebebiyle sözleşme geçersiz olursa TTK m. 1024/5 uyarınca bu geçersizliğin ipotekli alacaklıya karşı ileri sürülmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, sigortacının, bu geçersizliği, ipotekli alacaklıya bildirilmek suretiyle sözleşmenin ipotekli alacaklıya karşı hüküm ifade etmesini iki hafta ile sınırlaması mümkündür. Başka bir deyişle, kural olarak sigorta sözleşmesi aşkın veya çifte sigorta sebebiyle geçersiz olursa, bu geçersizlik ipotekli alacaklıya karşı ileri sürülemez. Bununla birlikte, sigortacının geçersizliği ipotekli alacaklıya bildirmesinden yahut ipotekli alacaklının bunu bir şekilde öğrenmesinden itibaren iki hafta geçmekle sigorta ilişkisi ipotekli alacaklıya karşı da sona erer. Bu iki haftalık sürede sigorta sözleşmesi sadece ipotekli alacaklıya karşı hüküm ifade eder<sup>116</sup>.

TTK m. 1456/5 hükmünde ise sözleşmenin sadece cayma ya da fesih ile sona ermesi durumunda sigortacının durumu sınırlı aynı hak sahiplerine bildirmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla gemi ipoteği haricindeki sınırlı aynı haklar için, sözleşmenin aşkın sigorta ya da çifte sigorta sebebiyle geçersiz olması durumunda sigortacının keyfiyeti sınırlı aynı hak sahiplerine bildirme yükümlülüğü söz konusu değildir<sup>117</sup>.

#### **f. TTK m. 1456 Hükmü Kapsamında Sigortacının Yükümlülükleri**

Yukarıda izah edildiği üzere TTK m. 1022 hükmünde malik menfaatinin sigorta ettirilmiş olması durumunda gemi ipoteğinin sigorta tazminatına da şamil olduğu ve TTK m. 1024'te sigortacının gemi ipoteği alacaklısına karşı bildirim yükümlülüğü düzenlenmiştir. Mezkûr hükümlere nazaran genel hüküm niteliğindeki TTK m. 1456/1'de ise sınırlı aynı hak ile takyit edilmiş mal üzerinde malik menfaatinin sigortalandığı durumlarda sınırlı aynı hak sahibinin hakkının sigorta

---

*ettirilemez; sigorta ettirilmişse, sigorta ancak aşağıdaki hâl ve şartlarda geçerli sayılır: a) Sonraki ve önceki sigortacılar onay verirlerse; bu takdirde, sigorta sözleşmeleri aynı zamanda yapılmış sayılarak riziko gerçekleştiğinde sigorta bedeli, 1466 ncı maddede gösterilen oranda sigortacılar tarafından ödenir. b) Sigorta ettiren, önceki sigortadan doğan haklarını ikinci sigortacıya devir veya o haklardan feragat etmişse; bu takdirde, devir veya feragatin ikinci sigorta poliçesine yazılması şarttır; yazılmazsa ikinci sigorta sözleşmesi geçersiz sayılır. c) Sonraki sigortacının, ancak önceki sigortacının ödemediği tazminattan sorumluluğu şart kılınmış ise; bu hâlde önceden yapılmış olan sigortanın ikinci sigorta poliçesine yazılması gerekir; yazılmazsa, ikinci sigorta sözleşmesi geçersiz sayılır.”*

116 Topsoy, s. 165.

117 Ünsal, s. 141-142.

tazminatı üzerinde devam edeceği belirtilmiş ve hükmün devamında sigortacının sınırlı aynı hak sahiplerine karşı bildirim yükümlülüğüne yer verilmiştir. Genel hüküm niteliğindeki TTK m. 1456 hükmünün tamamlayıcı olarak TTK m. 1024 ile birlikte uygulanması gerekir<sup>118</sup>. TTK m. 1456 hükmü uyarınca ipotekten haberdar edilmiş sigortacı, prim farkı istemi dolayısıyla sigorta ettirene ihtarda bulunduğunu ipotekli alacaklıya bildirmekle ve talep üzerine ipotekli alacaklıya sigorta koruması ve sigorta bedeli hakkında bilgi vermekle yükümlüdür.

### 1) Prim Farkı İstemi Dolayısıyla Sigorta Ettirene İhtarda Bulunduğunu Bildirme Yükümlülüğü

Sigortacının üstlendiği riziko ile primin sigorta sözleşmesinin her aşamasında uyumlu olması gerekir<sup>119</sup>. Bunun için de rizikonun doğru şekilde tespit edilmesi önem arz etmektedir. Sigorta konusu hakkında en geniş ve doğru bilgiye sigorta ettirenin sahip olacağından hareketle kanun koyucu sigorta ettirene sözleşme öncesinde (TTK m. 1435), sözleşme süresince (TTK m. 1444) ve riziko gerçekleştiğinde (TTK m.1446) beyanda bulunma yükümlülüğü getirmiştir. Sözleşme öncesi beyan yükümlülüğüne aykırılık ve sözleşme süresi içince sigorta ettirenin rizikoyu ağırlaştırıcı davranış ve işlemlerde bulunması durumlarında, kanun koyucu sigortacıya prim farkını talep ederek sözleşmeyi ayakta tutma imkânı getirmiştir (TTK m. 1439 ve TTK m. 1445). Her iki durumda da prim farkının on gün içinde kabul edilmemesi sözleşmenin sona ermesi sonucunu doğurur. Yukarıda izah ettiğimiz üzere ipotekli alacaklının sigorta sözleşmesinin devamında menfaati vardır. Dolayısıyla TTK m. 1456/4 uyarınca sigortacının prim farkı istemi dolayısıyla sigorta ettirene ihtarda bulunduğunu gemi ipoteği alacaklısına bildirmesi gerekir. Bu sayede ipotekli alacaklı prim farkını ödeyerek sözleşme ilişkisinin devamını sağlayabilir.

---

118 Tahir Çağrı, “Özel Hüküm Genel Hüküm Daima Bertaraf Eder mi?”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 3, 1991, s. 371-375: “Özel hükmün kapsamına giren olaylarda genel hüküm onun yanında alternatif (seçimlik) olarak veya onu tamamlamak üzere uygulanmaktadır. Bu sebeple özel hükmün daima, her halükârda genel hükmü bertaraf edeceğini söylemek asla doğru ve isabetli değildir. Başka bir deyişle, iki hükmün birbirine nispetle özel ve genel hüküm teşkil etmeleri genel hükmün bertaraf edilmesi için yeterli değildir. Kanun koyucunun bir özel hüküm sevk ederken bunun kapsamına giren olaylara artık genel hükmün uygulanmayıp münhasıran özel hükmün uygulanmasını, özel hükmün «exclusif» (genel hükmü bertaraf edici) nitelikte olmasını arzu ve irade etmiş olması da lazımdır.”

119 Kender, s. 273; Ünsal, s. 138-139.



## 2) Sigortacının Sigorta Koruması ve Sigorta Bedelinin Miktarı Hakkında Bilgi Verme Yükümlülüğü

TTK m. 1024/4’te kanun koyucu sigortacıyı, sigorta ettiren ile sigorta bedelini azaltan ya da himayenin kapsamını daraltan bir anlaşma yaptığı takdirde durumu ipotekli alacaklıya bildirmekle yükümlü kılmıştır<sup>120</sup>. Bu hükümde mevcut olan bir sigorta sözleşmesinde sigorta bedeliyle ya da himayenin kapsamıyla ilgili sonradan bir değişikliğin meydana gelmesinde ipotekli alacaklının durumdan haberdar edilmesi söz konusudur. Buna karşın TTK m. 1456, herhangi bir değişiklik söz konusu olmaksızın sigortacıyı, sigorta bedeli ve sigorta koruması hakkında bilgi vermekle yükümlü kılmıştır. Bu yükümlülük, gemi ipoteği alacaklısının talebi ile ortaya çıkmaktadır. Zira hükümde sigortacının *istem üzerine* sigorta bedelinin miktarı ve sigorta koruması hakkında bilgi vermekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla sigortacının bu yükümlülüğü, kendisinin ipotekten haberdar edilmiş olması ile ortaya çıkan bir yükümlülük değildir. Bunun için ayrıca ipotek alacaklısının istemine ihtiyaç bulunmaktadır.

### D. İpoteğin Sigortacıya Bildirilmemesi Durumunda Sigortacı ile İpotekli Arasındaki İlişki

İpoteğin sigortacıya bildirilmemesi durumunda, rizikonun gerçekleşmesinden önce kanun koyucu sigortacı için herhangi bir özel yükümlülük öngörmemiştir<sup>121</sup>. Buna karşın, kendisine ipoteğin mevcudiyeti bildirilmemiş olsa dahi TTK m. 1029 uyarınca muaccel olan sigorta primlerini ya da sözleşme gereğince yapılması gereken diğer ödemeleri kanunen reddedebileceği durumlarda bile bunları ipotekli alacaklıdan kabul etmeye mecburdur<sup>122</sup>. TBK m. 83’te borcun bizzat ifasında alacaklının menfaati yoksa borçlunun şahsen ifa ile yükümlü olmadığı düzenlenmiştir. Bununla birlikte, borçlunun üçüncü kişinin yapacağı ödemeye itiraz etmesi durumunda ne olacağı TBK’da düzenlenmiş değildir<sup>123</sup>. Öğretide, Alman Hukuku’ndaki (BGB m. 267) düzenlemeye paralel olarak alacaklının üçüncü kişinin yaptığı ifayı kabul

120 Açıklamalar için bkz. Başlık 2, d.

121 **Topsoy**, s. 162.

122 **Akıncı**, s. 102; **Sevinç Kuyucu**, s. 181.

123 Bu durumda alacaklı üçüncü kişinin yaptığı ifayı kabul edebilir ve borç sona erer ya da borçlunun ifaya karşı çıkması dolayısıyla alacaklı da ifayı kabul etmez. İkinci durumda alacaklı ifayı kabul etmemekle temerrüde düşmez. Açıklamalar için bkz. **Eren**, s. 954; **Oğuzman/Öz**, s. 254-255.

edebileceği gibi reddedebileceği de kabul edilmektedir. Buna karşın TTK m. 1029 hükmü sigorta ettirenin itirazına rağmen, sigortacının ifayı reddetme hakkını ortadan kaldırmaktadır<sup>124</sup>.

## SONUÇ

Sigorta tazminatı gemi ipoteği kapsamındaki en önemli kaim değerlerden biridir. Bu nedenle TTK'da m.1022-1029 hükümlerinde ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Kanun koyucu sigorta sözleşmesinin bir tarafı olmayan bununla birlikte sigorta sözleşmesinin devamında menfaati olan ipotekli alacaklıyı koruyan hükümler derç etmiştir. Riziko gerçekleşikten sonra sigorta tazminatının ipotek sigortacıya bildirilsin ya da bildirilmesin ipotekli alacaklısının rızası olmadan sigorta ettiren malike ödenmesi mümkün değildir. Bunun yanında kanunda rizikonun gerçekleşmesinden önce de sigortacıya ipotekli alacaklı lehine bazı yükümlülükler öngörülmüştür. Sigortacının bu yükümlülükleri ipoteğin mevcudiyetinin kendisine bildirilmesinden sonra söz konusu olmaktadır. Başka bir ifadeyle, ipotekli alacaklı, sigortacıya bu bildirim yapmak suretiyle ek imkanlara kavuşmaktadır.

Buna göre izleyen primlerden birinin ödenmemesi ve bu sebeple sigorta ettirene bir ödeme süresinin tayin edilmesi durumunda sigortacı durumu gecikmeksizin ipotekli alacaklıya bildirmekle yükümlüdür. Zira ipotekli alacaklının muaccel olan prim borcunu ödeyerek sözleşmenin devamını sağlama imkânı vardır. Bu bildirim yapılmasa da sigorta ettirene verilen mühlet sonunda sigorta sözleşmesi sona erer. Bununla birlikte bildirim yapılmadığı için zarara uğrayan ipotekli alacaklı sigortacıdan bunun tazminini isteyebilecektir. TTK m. 1024/1 hükmünün lafzından sadece izleyen primlerin ödenmesinde temerrüt durumunda sigortacının bu yükümlülüğünün mevcut olduğu sonucu çıkmaktadır. Yani primin tamamının ya da taksitle ödeme kararlaştırılmışsa ilk taksitin ödenmemesi durumunda sigortacı ipotekli alacaklıya keyfiyeti bildirmekle yükümlü değildir. Bununla birlikte, durumu bir şekilde öğrenen ipotekli alacaklının primi ödeyerek sigorta himayesini başlatmasının önünde bir engel olmadığı kabul edilmelidir.

Yine sigortacı TTK m. 1456 hükmü uyarınca prim farkı istemi dolayısıyla sigorta ettirene ihtarda bulunduğunu gemi ipoteği alacaklısına bildirmekle yükümlüdür. Zira prim farkının ödenmemesi sebebiyle sigorta sözleşmesinin sona ermesi ipotekli alacaklının aleyhinedir. Bu bildirim

---

124 Prause, s. 45; Akıncı, s. 102; Sevinç Kuyucu, s. 182.

üzerine ipotekli alacaklının prim farkını ödeyerek sözleşmeyi ayakta tutması mümkün olmaktadır.

Sigortacı sözleşmenin cayma, fesih bildirimini ya da herhangi bir nedenle süresinden önce sona ermesi durumunda, sona erdiğini ya da henüz sona ermemişse sona ereceği tarihi ipotekli alacaklıya bildirmekle yükümlüdür (TTK m. 1022/2). Aksi durumda taraflar arasında sona eren sigorta sözleşmesi ipotekli alacaklı açısından yürürlükte olmaya devam edecektir. Kanun koyucu primin ödenmemesi nedeniyle sözleşmenin sona ermesinden farklı olarak, sözleşmenin cayma, fesih bildirimini ya da herhangi bir nedenle sona ermesi durumunda bunun ipotekli alacaklıya karşı bildirimden ya da ipotekli alacaklının durumu öğrenmesinden itibaren iki hafta daha geçerli olacağını hükme bağlamıştır. Dolayısıyla sigortacı bildirimden itibaren iki hafta daha ipotekli alacaklıya karşı rizikoyu taşımakla yükümlü kılınmıştır.

İpoteklin mevcudiyeti tarafların sigorta sözleşmesi üzerindeki tasarruf yetkisini etkilemez. Yani taraflar sözleşmeyi sona erdirebileceği gibi sözleşmenin içeriğini de değiştirebilir. TTK m. 1024/4'e göre sigortacı, sigorta bedelini azaltan ya da teminatın kapsamını daraltan anlaşmaları da ipotekli alacaklıya bildirmekle yükümlüdür. Sigortacı bu bildirimden ya da ipotekli alacaklının değişikliği bir şekilde öğrenmesinden sonra iki hafta daha ipotekli alacaklıya karşı sözleşmenin değişiklikten önceki haline göre sorumlu olur. TTK m. 1024/4 hükmünde ipoteklin kapsamını daraltan ya da sigorta bedelini azaltan bir anlaşma yapıldığı takdirde söz konusu maddenin ikinci fıkrasının ilk cümlesinin kıyas yoluyla uygulanacağını düzenlenmiştir. Mezkûr hükmün ikinci fıkrasının ilk cümlesi bildirim yükümlülüğünü düzenlemektedir. İkinci cümle ise bildirimden sonra sigortacının sorumluluğunun ipotekli alacaklıya karşı iki haftalık süreyle devamını öngören hükümdür. Her ne kadar 1024/4 hükmü ikinci fıkranın ikinci cümlesine atıf yapmamış olsa da öğretide çoğunlukla iki haftalık sürenin bu durumda da uygulama alanı bulacağı haklı olarak kabul edilmektedir. TTK m. 1456 hükmünün altınca fıkrasına göre ise sigortacı, istem üzerine sigorta bedeli ve sigorta koruması hakkında ipotekli alacaklıya bilgi vermekle yükümlüdür. TTK m. 1024/4'ten farklı olarak bu hükümde sigorta bedeli ya da sigorta himayesine ilişkin bir değişikliğin olması aranmamıştır. Bu bilgiler ipotekli alacaklı için önemlidir. Zira sigortanın eksik sigorta olması ya da sigorta korumasının bazı rizikoları kapsam dışında bırakması, ipotekli alacaklı için geminin zayi olması durumunda başvuracağı sigorta tazminatının alacağı karşılayamama riski ile karşı karşıya olması

sonucunu doğurur. Bu bilgilere vakıf olan ipotekli alacaklının kendi menfaatini sigorta güvencesi altına alarak riski bertaraf edebilmesi mümkündür.

Sigorta sözleşmesinin aşkın ya da çifte sigorta sebebiyle geçersiz olması durumunda bunun ipotekli alacaklıya karşı ileri sürülmesi mümkün değildir. Yani sigortacı bu sebeplerle ipotekli alacaklıya karşı geçersizlik iddiasında bulunamayacaktır. Bununla birlikte, bu geçersizliğin ipotekli alacaklıya bildirilmesi ya da ipotekli alacaklının bunu bir şekilde öğrenmesinden sonra sözleşme iki haftanın geçmesiyle ipotekli alacaklıya karşı da sona ermektedir.

Sigortacının, ipoteğin kendisine bildirilmesi şartına bağlanmayan bir yükümlülüğü söz konusudur. TTK m. 1029'da yer alan hükme göre sigortacı kanunen reddedebileceği durumlarda bile muaccel olan sigorta primlerini ya da sözleşmeden doğan diğer ödemeleri ipotekli alacaklıdan kabul etmeye mecburdur.

**KAYNAKÇA**

- Abraham**, Hans Jürgen, Das Recht der Seeversicherung, 2. Auflage, de Gruyter, Hamburg 1967.
- Akıncı**, Sami, Türk Hukukunda Gemi İpoteği, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara 1958.
- Aral Erdeleklioğlu**, İrem, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Sigorta Ettirenin Prim Ödeme Borcu”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 22, Y. 11, 2012, s. 203-222.
- Atamer**, Kerim, Gemi ve Uçak İpoteğinin Hukuksal Temelleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Ayhan**, Rıza/**Çağlar**, Hayrettin/**Özdamar**, Mehmet, Sigorta Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Cömert Akbay**, Büşra, “Aynı İkame İlkesi ve Paylaşmalı Mal Ayrılmış Rejimi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 1, 2021, s. 267-311.
- Çağa**, Tahir, “Özel Hüküm Genel Hükümü Daima Bertaraf Eder mi?”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 3, 1991, s. 366-375.
- Çağa**, Tahir/**Kender**, Rayegan, Deniz Ticaret Hukuku I, 16. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.
- Çeker**, Mustafa, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanuna Göre Sigorta Hukuku, 25. Baskı, Karahan Kitabevi 2022.
- Çelik Partal**, Elif Çağla, Tekne Sigortalarında Teminatın Rizikolar Bakımından Kapsamı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011.
- Duran**, Osman, “Sigortalı Malın Haczi”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C. 9, S. 1, 2023, s. 17-36.
- Eggers**, Peter MacDonald, “Mortgagees’ Interest Insurance”, Ship Building, Sale and Finance, Chapter 11, Ed. Baruş Soyer/ Andrew Tettenborn, Informa Law, London 2016.
- Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara 2018.
- Herber**, Rolf, Seehandelsrecht (Systematische Darstellung), 2. neu bearbeitete Auflage, de Gruyter, Berlin 2016.
- Hudson**, N. Geoffrey/**Madge**, Tim/**Sturges**, Keith, Marine Insurance Clauses, Fifth Edition, Informa Law, Abingdon 2013.
- Kalpsüz**, Turgut, Gemi Rehni, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.
- Kara**, Hacı, Sigorta Hukuku, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021 (Sigorta).
- Kara**, Hacı, Deniz Ticaret Hukuku, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Kender**, Rayegan, Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, 17. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.

**Memiş**, Tekin, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Sigorta Hukukuna Dair 6. Kitabının Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi- Türk Ticaret Kanunu Taslağı, Sigorta Hukuku Dergisi, Özel Sayı 1, 2005.

**Nitelik**, Muhammet Haluk, Türk Hukukunda Gemi İpoteği, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

**Oğuzman**, M. Kemal/**Barlas**, Nami, Medeni Hukuk-Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 23. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.

**Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler- Cilt I, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.

**Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay Özdemir**, Saibe, Eşya Hukuku, Yenilenmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 18. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015.

**Omağ**, Merih Kemal, "Gemi İpoteği ve Sigorta Tazminatı", Özel Sigorta Hukukuna Hâkim İlke ve Kurumlar (Makaleler-Tebliğler), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 375-378. (İpotek).

**Omağ**, Merih Kemal, "Sigorta Hukukunda Zenginleşme Yasağı", Özel Sigorta Hukukuna Hâkim İlke ve Kurumlar (1975-2016)-Makaleler-Tebliğler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

**Osborne**, David/**Bowtle**, Graeme/**Buss**, Charles, The Law of Ship Mortgages, Second Edition, Informa Law, Abingdon 2017.

**Prause**, Fritz, Das Recht des Schiffskredits, 3. neubearbeitete und erweiterte Auflage, de Gruyter, Berlin 1979.

**Sevinç Kuyucu**, Aslıhan, Gemi Finansmanı Sözleşmeleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

**Sözer**, Bülent, Deniz Ticareti Hukuku, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.

**Şenocak**, Kemal, Mesleki Sorumluluk Sigortası, Turhan Kitabevi, Ankara 2000.

**Şeker**, Zehra, "Sigorta Ettirenin Taksitlendirilmiş Primi Ödeme Borcunda Temerrüde Düşmesinin Sonuçları", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2002, s. 653-660.

**Topsoy**, Fevzi, "Sigorta Primlerinin Zamanında Ödenmemesi ve Bu Nedenle Sigortacının, Gemi İpoteği Alacaklısına Karşı Tazminat Ödeme Borcundan Kurtulması", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, Özel Sayı, 2015, s. 29-66.

**Topsoy**, Fevzi, Deniz Ticareti Hukuku I, Legal Yayıncılık, İstanbul 2020.

**Ulaş**, Işıl/**Bektaş**, İbrahim, Ulaş Sigorta Hukuku-Birinci Cilt-Zarar Sigortaları I, 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2023.

**Ünan**, Samim, Türk Ticaret Kanunu Şerhi- Altıncı Kitap-Sigorta Hukuku-Cilt I-Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

**Ünsal**, Oğuzhan, Rehinli Eşya Üzerindeki Menfaatlerin Sigortalanması ve Hukuki Sonuçları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.

**Wieser**, Felix, Versicherungsvertragsrecht, 4. aktualisierte und erweiterte Auflage, LexisNexis, Wien 2019.

**Yazıcıoğlu**, Emine, Kender-Çetingil Deniz Ticareti Hukuku,16. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020.

**Yazıcıoğlu**, Emine, Tekne Sigortası Sözleşmesi, Beta Yayıncılık, İstanbul 2003 (Tekne Sigortası).

**Yazıcıoğlu**, Emine/Şeker Öğüz, Zehra, Sigorta Hukuku, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022.

**Yazıcıoğlu**, Emine, Sigorta Aracıları Hukuku I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010 (Sigorta Aracıları).









# Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 28 Sayı/No: 1 Haziran/June 2024

## Doğrudan Temsilde Temsilcinin Yetki Sınırını Aşması

### Exceeding the Authority Limit of the Representative in Direct Representation

  Dr. Öğr. Üyesi Gözde ÇAĞLAYAN AYGÜN\*

 10.60002/ebyuhfd.1460452

#### ÖZET

Kural olarak bir hukuki işlem sadece o işlemin taraflarınca bizzat yapılır ve sadece onların üzerinde hüküm ve sonuçlarını doğurur. Ancak ekonomik hayatın gelişmesi, taraf olunan işlemlerde uzmanlığın aranması ve öneminin artması ile işleme girilen hukuki ilişkilerde ve işlemlerde uluslararası olma niteliğinin ortaya çıkması kişilerin hukuki işlemleri bizzat yapması olanağını azaltır hale gelmiştir. Bunun bir sonucu olarak temsil kurumunun önem ve değeri de artan bir özellik göstermektedir. Temsil sayesinde kişiler bizzat hukuki işlem yapma zorunluluğundan kurtulmakta, temsilci aracılığıyla işlem yapabilmektedirler. Temsil kurumu bu işlevinin yanı sıra, hukuki işlem ehliyeti olmayan kişilerin de hak sahibi olma ve borç altına girebilmelerine olanak sağlamaktadır.

\* Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

**Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article  
Geliş/Received: 28.03.2024 | Kabul/Accepted: 25.06.2024.**

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

**Atıf/Cite as:** Gözde Çağlayan Aygün, “Doğrudan Temsilde Temsilcinin Yetki Sınırını Aşması”, EBYÜ-HFD, C. 28, S. 1, Haziran 2024, s. (269-307).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

Temsil kurumu, Türk Borçlar Kanunu'nun 40 ve 48. maddeleri arasında genel olarak düzenlenmiş; yine Kanun'un 547-554. maddelerinde de özel olarak hüküm altına alınmıştır. Temsilin pek çok görünüm şekli vardır; bunlardan biri de doğrudan temsildir. Doğrudan temsil, temsil kurumunun en yaygın hali olarak karşımıza çıkmaktadır. Doğrudan temsilci, temsil olunan kişinin çizdiği yetki sınırı içinde hareket etmelidir. Aksi takdirde yetkisini aşmış olacak ve sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Bu çalışmada doğrudan temsil kavramı ve doğrudan temsilcinin yetkisini aşmasının sonuçları üzerinde durulacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Temsil, doğrudan temsil, temsilci, yetkisiz temsil, yetki aşımı.

### ABSTRACT

As a rule, a legal transaction can only be executed personally by the parties to the transaction, and can only have its effects and consequences on them. However, with the development of economic life, the search for expertise in the transactions to which the parties are parties and the increase in their importance, and the emergence of internationality in the legal relations and transactions entered into, it has become less and less possible for persons to perform legal transactions personally. As a result, the importance and value of the institution of representation has also increased. Thanks to the representation, persons are relieved from the obligation to carry out legal transactions in person and can do so through a representative. In addition to this function, the institution of representation also enables persons who do not have the legal capacity for legal transactions to have rights and incur debts.

The institution of representation is generally regulated between Articles 40 and 48 of the Turkish Code of Obligations, specifically under Articles 547-554. There are many forms of representation; one of them is direct representation. Direct representation is the most common form of representation. The direct representative must act within the authorization limits of the person represented. Otherwise, he/she will exceed his/her authorization and his/her liability will arise. In this study, the general conditions of direct representation and the consequences of the direct representative's exceeding his/her authority will be emphasized.

**Keywords:** Representation, direct representation, representative, unauthorized representation, excess of authority.

### GİRİŞ

Bir hukuki işlemle tesis edilecek hukuki ilişkiye taraf olacak kimsenin, o hukuki işlemi bizzat yapması zorunlu değildir. Söz konusu bu işlemin

bir temsilci aracılığı ile yapılması da söz konusu olabilir.<sup>1</sup> Temsil, bir hukuki işlemi temsilci sıfatına sahip kimsenin, temsil olunan sıfatına sahip başka bir kimsenin adına ve hesabına yapması; işlemin hukuki sonuçlarının ise temsil olunan üzerinde doğmasıdır.<sup>2</sup> Aslında burada doğrudan temsilin tanımı verilmiş olmaktadır, çünkü temsil denildiğinde ilk olarak doğrudan temsil kavramı akla gelmektedir.

Temsil yetkisi temsil işleminin temel taşıdır. Bu yetki, kendini bir hukuki işlemin yapılmasında temsil ettirmek isteyen kişi tarafından temsilci olacak kişiye verilmektedir.<sup>3</sup> Bu yetkinin temsilciye verilmesi, temsil olunanın kendi yetkisinin tükenmesine ya da azalmasına neden olmaz.

Temsilcinin temsil olunan adına hukuki işlem yaptığı durumlarda, bu hukuki işlemin temsil olunan üzerinde hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için, temsilciye temsil yetkisinin verilmiş olması gerekir.

Temsil yetkisi, doktrinde hakim olan görüşün<sup>4</sup> de belirttiği üzere bir hak değildir. Bu yetki bir gücü ifade etmektedir. Bu güç, temsil olunanın eline geçtiğinde ortaya çıkmaktadır.

Temsil yetkisinin temsilciye açıklanması “iç temsil yetkisi” olarak adlandırılmaktadır.<sup>5</sup> Kural olarak, temsil yetkisi verme iradesinin temsilciye yöneltilmiş olması gerekmektedir. Temsilcinin bu beyanı kabul etmesine gerek olmaksızın, ona bu yöndeki iradenin ulaşmasıyla temsil yetkisi geçerli olarak kurulacaktır. Bu durum ise temsil yetkisinin hukuki niteliğinin bir sonucudur.

- 
- 1 Murat **İnceoğlu**, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, C. I, İstanbul 2009, s. 7; Necip **Kocayusufpaşaoğlu**/Hüseyin **Hatemi**/Rona **Serozan**/Abdülkadir **Arpacı**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4 üncü Bası'dan 7 inci Tıpkı Bası, İstanbul 2017, s. 622; Şener **Akyol**, Türk Medeni Hukukunda Temsil, İstanbul 2009, s. 4 (Temsil); Andreas **Von Tuhr**, Borçlar Hukuku, C. I-II, Ankara 1983, (Çev. Cevat Edege ), s. 314.
  - 2 Werner **Flume**, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II: Das Rechtsgeschäft, 3. Auflage, Berlin Heidelberg New York 1979, Springer Verlag, s. 749; Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Legem Yayınevi, Ankara 2023, s. 488; Kemal **Oğuzman**/Turgut **Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, Güncellenip Genişletilmiş 20. Bası, İstanbul 2022, s. 220.
  - 3 **Akyol** (Temsil), s. 4.
  - 4 **Flume**, s. 785; **Akyol** (Temsil), s. 5; Roger **Zäch**/Adrian **Künzler**, Berner Kommentar, Band VI, Obligationenrecht, 1. Abteilung, 2. Teilband, 2. Unterteilband, Stellvertretung (Art. 32-40), Bern 1990, Art. 33, N. 28.
  - 5 Selahattin Sulhi **Tekinay**/Sermet **Akman**/Haluk **Burcuoğlu**/Atilla **Altıp**, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 203, s. 173; **Oğuzman/Öz**, s. 229.

Temsil, temsilcinin kendisine verilen yetkiye dayanarak kurmuş olduğu sözleşmenin hüküm ve sonuçlarının temsil olunan üzerinde doğması olarak tanımlanabilir. Burada karşımıza doğrudan temsil ve dolaylı temsil kavramları çıkmaktadır. Dolaylı temsilde, temsilci kendisine verilen temsil yetkisi ile “başkası hesabına fakat kendi adına” işlem yapmaktadır.<sup>6</sup> Yani, temsilcinin hukuki işlemi temsil olunan adına yaptığını bildirmeden, kendi adına üçüncü kişi ile sözleşme yapmasına ve bundan sonra bu sözleşmeden doğan hak ve borçları temsil olunana devretmesine dolaylı temsil denmektedir.<sup>7</sup> Doğrudan temsilde ise, temsilci başkası adına ve hesabına bir hukuki işlem yapmakta; bu işlemin tüm hak ve yükümlülükleri doğrudan temsil olunan üzerinde doğmaktadır. Çok sık rastlanmamakla beraber buna “açık temsil” de denmektedir.<sup>8</sup>

Temsilcinin kendisine verilen herhangi bir yetki olmaksızın üçüncü kişiyle işlem yapması halinde karşımıza yetkisiz temsil kurumu çıkmaktadır. Yetkisiz temsil yapısı gereği sadece doğrudan temsilde vuku bulan bir kurumdur. Yetkisiz temsilin pek çok görünüm şekli vardır; bunlardan biri de temsil yetkisi olmasına rağmen temsilcinin yetkisinin sınırını aşması halidir. Dolayısıyla temsilci yetkisini aştığı işlem bakımından temsil olunana karşı yetkisiz temsil hükümleri kapsamında sorumlu olacaktır. Çalışmamızda doğrudan temsil yetkisinin verilmesi ve verilen yetkinin aşılması durumunda temsilcinin hukuki sorumluluğunun akıbeti ele alınacaktır.

## I. DOĞRUDAN TEMSİL YETKİSİNİN VERİLMESİ

### A. Temsil Yetkisi Kavramı

Temsil yetkisi başkası adına ve hesabına hukuki bir işlem gerçekleştirilebilmesi için temsilciye verilmiş bir izindir.<sup>9</sup> Temsil yetkisinin ilk adımı olarak karşımıza temsilciye verilen “yetki” çıkmaktadır. Temsil yetkisi temsil edilen tarafından temsilciye ulaşması gereken bir irade beyanına dayanarak verilir. Tek taraflı bir hukuki işlemle

---

6 Turhan **Esener**, Mukayeseli Hukuk ve Hususiyetiyle Türk/İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salahiyete Müstenit Temsil, Ankara 1961, s. 13 (Temsil); **Eren**, s. 494; **Oğuzman/Öz**, s. 221; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 167.

7 F. Necmeddin **Fezyioğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul 1976, s. 379; Cevdet **Yavuz**, Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul 1983, s. 23 (Dolaylı Temsil).

8 **Flume**, s. 749.

9 Turgut **Akıntürk**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, 22. Bası, İstanbul 2009, s. 68.

verilen temsil yetkisi, aslında üçüncü kişiler karşısında temsilcinin temsil yetkisine sahip olduğunun bildirilmesidir. Ancak burada yetki verildiğinin üçüncü kişilere bildirilmesine gerek olmamakla birlikte<sup>10</sup>, temsilci açısından da bu beyanı kabul etmesi şartı aranmaz, tek taraflı irade beyanının ulaşmasıyla sonuç meydana gelir.

Doktrinde *Von Thur*, temsil yetkisini, gerçekleştirilen bir hukuki işlem ile başkasının malvarlığı üzerinde etkisini gösteren “salahiyetler” olarak ifade ettiği fer’i haklar içerisine koymaktadır.<sup>11</sup> Bununla birlikte temsil yetkisinin tasarruf yetkisinden farklı ve temsilde hukuki işlem yapmak iradesinin sadece temsilciye ait olduğunu; dolayısıyla temsil yetkisinin verildiği işlemin ise temsil aracılığıyla ile gerçekleştirilen işlemin bir geçerlilik şartı olduğunu ifade eden görüşler de ileri sürülmüştür.<sup>12</sup>

İsviçre ve Türk hukukunda çoğunlukta olan görüşe ve İsviçre Federal Mahkemesinin görüşüne göre temsil yetkisi sadece temsilciye yöneltilecek bir beyanla verilmelidir.<sup>13</sup> Eğer temsil olunan ile temsilci arasında bir iç ilişki kurulmamış ise, dış temsil yetkisinin varlığı yani yetkinin üçüncü kişilere bildirilmesi temsil ilişkisini kurmayacaktır.<sup>14</sup> Fakat, Alman hukukuna baktığımızda, temsil yetkisinin, temsilciye bir beyan ile verilebileceği gibi, doğrudan doğruya ya da temsilcinin kendisi ile hukuki işlem yapacağı üçüncü kişiye bir beyanla da verilebileceğini görürüz.<sup>15</sup>

## B. Temsil Yetkisinin Verilmesi

Temsil yetkisinin verilmesinde karşımıza iç temsil yetkisi ve dış temsil yetkisi kavramları çıkmaktadır. İç temsil yetkisi, temsil olunan tarafından yapılan tek taraflı irade beyanının temsilciye ulaşması ile ortaya çıkan yetkidir. Bu yetkiyi temsilcinin kabul etmesi aranmamaktadır.<sup>16</sup> İç

10 **Eren**, s. 500; **Von Thur**, s. 354-355; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 172; **Oğuzman/Öz**, s. 230.

11 **Von Thur**, s. 168.

12 **Esener** (Temsil), s. 29 vd.

13 **Eren**, s. 500; **Esener** (Temsil), s. 44-45; Karşı görüş için bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 172.

14 Cem **Akbıyık**, “Temsil Yetkisi ve Temel İlişki”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Orhan Münir Çağıl’a Armağan Sayısı, C. IV, S. 4, 1997, s. 218.

15 **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 172.

16 Mustafa Reşit **Karahasan**, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Notlandırılmış Yasa Maddeleri ve Yargıtay Kararları, 2004, C. I, s. 376; Mehmet **Ayan**, Borçlar

temsil ilişkisi ve yetkisinin bir sonucu olarak, temsilci tarafından yapılan işlemlerin hak ve yükümlülükleri temsil olunanın üzerinde doğacaktır.

İç temsil yetkisiyle aslında temsil olunanın menfaatlerinin korunması hedeflenmektedir. Bu durum İsviçre-Türk hukukunda da kabul görmüştür.

Temsil yetkisi açık bir şekilde verilebileceği gibi örtülü olarak da verilebilir. Hatta bu kanaat uyandırıcı bir davranış bile olabilir.<sup>17</sup>

Temsil yetkisinin temsil olunan tarafından sözleşmenin yapılacağı üçüncü kişilere bildirilmesine dış temsil yetkisi denilmektedir.<sup>18</sup> Ancak Türk hukuk sisteminde iç temsil yetkisi esas alındığı için temsil olunanın üçüncü kişilere yapacağı bildirim yani dış temsil yetkisi verilmesi iç temsil yetkisini kurmak için yeterli olmayacaktır. Bu durumda da karşımıza “görünüşte temsil” kavramı çıkacaktır.<sup>19</sup>

Temsil yetkisinin üçüncü kişilere ilan edilmesi temsilciye verilecek bir yetki belgesi ile olabileceği gibi, üçüncü kişilere gönderilecek yazı, sirküler, gazete ve ilanla da olabilecektir. Uygulamada bu yetki bir vekâletname ile de ortaya konulmuş olabilir; bu belgenin üçüncü kişilere sunulması ile de üçüncü kişiye yapılacak bildirim gerçekleşmiş olacaktır.<sup>20</sup>

Dış temsil yetkisi açık bir biçimde üçüncü şahıslara bildirilmiş olabileceği gibi kapalı bir şekilde de olabilir. Bu durumda temsil olunan açık veya dolaylı bir biçimde verdiği temsil yetkisini geri alır ve bunu da üçüncü kişilere bildirmezse, üçüncü kişinin iyiniyetli olarak yaptığı işlemler (daha önce verilmiş olan yetkinin varlığına güvenerek) TBK m. 42/III hükmü uyarınca geçerli olacaktır.<sup>21</sup>

Temsil yetkisinin varlığını, üçüncü şahıs temsil olunanın beyanını iyiniyet kurallarına göre yorumlayarak tayin edebilir. Bu yorum, temsil yetkisine ait beyana, örf adet ve ticari doğruluk kurallarına göre yapılacak, üçüncü kişiler bu yorum sonucunda “güven teorisi” prensiplerine dayanarak itimat edeceklerdir. Güven teorisi burada, sadece temsil yetkisinin bulunup bulunmadığını belirlemekle kalmayacak, aynı

---

Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Ankara 2016, s. 234; **Oğuzman/Öz**, s. 230.

17 **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 638.

18 **Eren**, s. 501; **Oğuzman/Öz**, s. 232.

19 **Esener** (Temsil), s. 44; **Oğuzman/Öz**, s. 231; **Eren**, s. 502.

20 **Karahasan**, s. 377.

21 **Oğuzman/Öz**, s. 232; **Esener** (Temsil), s. 48; **Eren**, s. 502.

zamanda sözleşme görüşmelerinden itibaren üçüncü kişi ve temsilcinin davranışlarını da etkileyecektir.<sup>22</sup>

## C. Temsil Yetkisinin Kapsamı

### 1. Genel Olarak

Temsil yetkisi ya bir kanun hükmünden ya da bir kişinin iradesine dayanarak doğmaktadır. Eğer temsil yetkisi kanundan doğuyor ise yetkinin kapsamının ilgili kanun belirlemektedir.<sup>23</sup> Temsil yetkisi bir hukuki işlem ile verilmişse, yetkinin sınırı ve kapsamının ne olduğu bu hukuki işlemde gösterilmektedir; yani temsil olunanın irade beyanından çıkarılmaktadır.<sup>24</sup>

Bir hukuki işlem ile temsil yetkisi veren kişi, temsilcinin bu yetkisini üçüncü kişilere bildirmişse bu esas alınacaktır<sup>25</sup>; ancak temsilciye verilen yetkinin kapsamı ile üçüncü kişilere bildirilen yetkinin kapsamı çelişiyor ise, üçüncü şahıslara yapılan beyan esas alınacaktır.

Temsil yetkisinin kapsamının belirlenmesinde asıl olan yetki verenin gerçek arzusudur. Burada güven ilkesi de dikkate alınacak ve temsilcinin yetkilendirme beyanına verdiği anlam güven nazariyesine göre değerlendirilecektir.<sup>26</sup>

### 2. Temsil Yetkisinin Sınırlandırılması

Temsil yetkisi konu, kişi veya süre yönünden sınırlandırılabilir.

Konu bakımından sınırlamada karşımıza “genel temsil yetkisi” ve “özel temsil yetkisi” kavramları çıkmaktadır. Temsilciye her türlü hukuki işlemin veya belirli bir kategoriye giren işlemlerin yapılabilmesi için verilen yetki genel temsil yetkisidir. Buna karşılık, temsilciye sadece

22 Şener **Akyol**, “Temsil Yetkisinin Yorumu”, Ali Naim İnan’a Armağan, Editörler, Mehmet Ünal/Veysel Başpınar/Hasan Seçkin Ozanoğlu/Süleyman Yılmaz, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 109 (Yorum).

23 Safa **Reisoğlu**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Yirmi Beşinci Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2014, s. 154.

24 **Ayan**, s. 234; **Esener**, (Temsil), s. 70.

25 Hüseyin **Hatemi**/Emre **Gökyayla**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Bası, İstanbul 2017, s. 109; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 656.

26 **Oğuzman/Öz**, s. 235; **Akyol** (Yorum), s. 105; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 656.

belirli bir hukuki işlemi yapma konusunda bir yetki verilmişse, bu özel temsil yetkisidir.<sup>27</sup>

Kişi bakımından sınırlamada belli şahıslarla hukuki işlem yapabilmek için temsilciye bu yetki verilmektedir. Burada da temsilcinin kendi ile işlem yapması, çifte temsil, birlikte temsil, müteselsil temsil ve alt temsil kavramları ile karşılaşırız. Özellikle çifte temsil hususunu belirtmek gerekir ki, kanunda çözüme bağlanmış değildir. Federal Mahkemenin çeşitli içtihatlarına ve doktrine göre, temsilci, ortaya çıkacak çıkar çatışması sebebiyle, kural olarak kendisiyle sözleşme yapamaz.<sup>28</sup> Yaparsa yetkisiz temsile ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Temsil yetkisi süre yönünden de sınırlandırılabilir. Yani belli bir tarihte başlayıp, belli bir tarihte sona erebilir.

## II. YETKİSİZ TEMSİLİN BİR GÖRÜNÜMÜ OLARAK TEMSİL YETKİSİNDE SINIRIN AŞILMASI

### A. Yetkisiz Temsil Kavramı

Yetkisiz temsil, kanundan veya hukuki işlemde doğan bir temsil yetkisi bulunmayan kişinin bir başka kişi adına işlem yapmasını ifade etmektedir.<sup>29</sup> Yetkisiz temsilin sadece gerçek anlamda temsili ifade eden doğrudan temsilde söz konusu olmaktadır. Diğer bir ifadeyle yetkisiz temsil başkası ad ve hesabına hareket etmeye yetkisi bulunmayan doğrudan temsilcinin işlem yapması halinde ortaya çıkar.<sup>30</sup>

Yetkisiz temsilden söz edebilmek için bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Her ne kadar TBK'nın yetkisiz temsile ilişkin

27 **İnceoğlu**, s. 200; **Oğuzman/Öz**, s. 236; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 657; **Eren**, s. 507.

28 **Fezyioğlu**, s. 419.

29 Mehtap **Ayrancı**, "Yetkisiz Temsilcinin Culpa In Contrahendo Sorumluluğu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 48, Y. 12, 2021, s. 479 (Culpa in Contrahendo); Mehtap **Ayrancı**, Yetkisiz Temsil ve Temsil Yetkisinin Kötüye Kullanılması, Doktora Tezi, Kırkkale Üniversitesi SBE, 2022, s. 80 (Yetkisiz Temsil); Meltem **Bulut**, Yetkisiz Temsil, Doktora Tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi SBE, 2023, s. 6; Handan **Oruç Ömeroğlu**, Yetkisiz Temsil, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2018, s. 80; Ayfer **Kutlu Sungurbey**, Yetkisiz Temsil, Özellikle Culpa in Contrahendo ve Olumsuz Zarar, İstanbul 1988, s. 10; Adem **Yelmen**, "Yetkisiz Temsil", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 3, 2015, s. 430; Mehmet Erdem **Aybay**, İsviçre-Türk Borçlar Hukukunda Yetkisiz Temsil ve Hukuki Sonuçları, Filiz Kitapevi, İstanbul 2022, s. 67; **Eren**, s. 509; **İnceoğlu**, s. 355.

30 **Bulut**, s. 58; **Ayrancı** (Yetkisiz Temsil), s. 76; **Oruç Ömeroğlu**, s. 80; **Kutlu Sungurbey**, s. 9.



hükümlerinde bu koşullara ilişkin bir düzenleme bulunmasa da yetkisiz temsilin tanımından bu koşulların neler olduğunun tespit edilmesi mümkündür.<sup>31</sup> Bu şartlar; yetkisiz temsilci ile üçüncü kişi arasında bir hukuki işlem yapılmış olması, yapılan bu hukuki işlemin başkası adına gerçekleştirilmesi ve temsilci sıfatıyla hareket eden kişinin (yetkisiz temsilcinin) temsil yetkisinin bulunmamasıdır.<sup>32</sup> Yetkisiz temsilin varlığı için aranan koşulların işlemin yapıldığı sırada mevcut olması gerekmektedir.<sup>33</sup> O halde işlemin yapıldığı sırada temsil yetkisine sahip kişi sonrasında bu yetkisini kaybederse, yapılan işlem geçerli olmaya devam edecektir.<sup>34</sup> Ancak belirtmek gerekir ki, işlemin yapıldığı esnada var olan temsil yetkisi, irade sakatlığı sebebiyle iptal edilirse yapılan işlem baştan itibaren geçersiz olacaktır.<sup>35</sup>

Yetkisiz temsil, temsil yetkisinin hiç mevcut olmaması şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, var olan temsil yetkisinin sona ermiş olmasından veya temsilcinin temsil yetkisinin sınırını aşmasından kaynaklanabilir.<sup>36</sup> Konumuz açısından temsil yetkisinin bulunmaması yahut var olan yetkinin sona ermesi kapsam dışı bırakılmaktadır.

## B. Temsil Yetkisinin Sınırının Aşılması

### 1. Genel Olarak

Temsil yetkisinin kapsamı temsil olunan tarafından kural olarak serbestçe belirlenebilmektedir.<sup>37</sup> Temsil olunan, temsil yetkisinin kapsamını belirlerken daha en baştan temsil yetkisine sınırlamalar getirebileceği gibi yetki verildikten sonra da dilediği gibi sınırlama getirebilir.<sup>38</sup> Temsil olunan tarafından öngörülen bu sınırlamalara rağmen temsilci yaptığı hukuki işlemle temsil yetkisini aşmışsa, yetkisiz temsil hükümleri uygulanacaktır. Temsil yetkisinin temsilci tarafından aşılması,

---

31 **Bulut**, s. 7.

32 **Yelmen**, s. 431; **Ayranacı** (Yetkisiz Temsil), s. 76; **İnceoğlu**, s. 354; **Aybay**, s. 68; **Oruç Ömeroğlu**, s. 81. Doktrinde yetkisiz temsilin koşulları arasında kusurun da önemli bir rol oynadığı ve ayrıca değerlendirilmesi gerektiğini ileri süren görüş için bkz. **Bulut**, s. 7.

33 **Bulut**, s. 7.

34 **Aybay**, s. 70; **Bulut**, s. 7.

35 Detaylı bilgi için bkz. **İnceoğlu**, s. 357, dn .10.

36 **Oğuzman/Öz**, s. 252; **İnceoğlu**, s. 356.

37 **Bulut**, s. 79; **Oruç Ömeroğlu**, s. 105.

38 Bahadır **Demir**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Doğrudan Temsil Müessesesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1, 2015, s. 249; **Oruç Ömeroğlu**, s. 105.

temsil yetkisi verilirken öngörülen sınırın aşılması ve temsil yetkisi verildikten sonra belirlenen sınırın aşılması olmak üzere iki farklı şekilde ortaya çıkmaktadır.<sup>39</sup> Temsil yetkisi verilirken temsilciye getirilen sınırlamalar aslında temsil yetkisinin içerik ve derecesini ifade edene sınırlamalardır.

Temsilcinin temsil yetkisi, kişi, konu, yer ve zaman yönünden sınırlandırılabilir.<sup>40</sup> Doktrinde temsil olunanın başka yönlerden de sınırlamalar getirebileceği kabul edilmektedir.<sup>41</sup>

## 2. Temsilcinin Temsil Yetkisinin Verildiği Sırada Belirlenen Sınırlamaları Aşması

TBK m. 41/I'de yer alan “.....; *temsil hukuksal bir işlemde doğmuşsa, temsil yetkisinin içeriği ve derecesi o hukuksal işleme göre belirlenir*” hükmü uyarınca temsil olunan temsil yetkisini verirken konu, yer, kişi, zaman ve başka hususlarda bazı sınırlamalar öngörebilir. Öngörülen bu sınırlamalar temsil yetkisinin kapsamını ifade eder; dolayısıyla temsilci bu sınırları aştığında ortaya yetkisiz temsil kurumu çıkar. Temsil olunan tarafından öngörülen sınırlamaların onun iradesinden doğmuş olması gerekir ki, kanımızca sınırın aşılması hususu gündeme gelebilir.

Temsil olunanın zaman bakımından sınırlama getirmesi mümkündür; başka bir ifadeyle temsil yetkisini sadece belirli bir süre ile tanınması söz konusu olabilir.<sup>42</sup> Ancak burada ortaya konulması gereken önemli bir husus bulunmaktadır. Şöyle ki zaman bakımından getirilen sınırlama diğer sınırlamalardan farklıdır. Temsil olunan tarafından öngörülen sürenin dolmuş olması, sınırın aşıldığı anlamına gelmemekte, yetkinin sona ermiş olmasına rağmen temsilci tarafından işlem yapılmış olmasını ifade

39 **Bulut**, s. 79; **Oruç Ömeroğlu**, s. 106.

40 Mehmet **Akçaal**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 145; Murat **Aydoğdu**/Serdar **Nart**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınları, Ankara 2022, s. 148; Şahin **Akıncı**, Borçlar Hukuku Bilgisi, Sayram Yayınları, Konya 2022, s. 224; Gökhan **Antalya**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. V/1-1, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 616; İhsan **Erdoğan**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gazi Kitabevi, Ankara 2019, s. 103; Murat **Doğan**/Gökhan **Şahan**/İsmail **Atamulu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara 2021, s. 169; **İnceoğlu**, s. 198 vd.; **Oruç Ömeroğlu**, s. 101; **Aybay**, s. 44; **Bulut**, s. 79.

41 **Oruç Ömeroğlu**, s. 106. Temsil olunan tarafından bazı işlemlerin yazılı şekilde yapılmasına yönelik getirdiği sınırlamaların da mümkün olabileceği yönünde bkz. **Feyzioğlu**, s. 415; **Von Tuhr**, s. 363.

42 **Oruç Ömeroğlu**, s. 107.

etmektedir.<sup>43</sup> Her ne kadar iki durum da yetkisiz temsil hükümleri uygulanacak olsa da, temsilciyle hukuki işleme girişen üçüncü kişinin hukuki durumu bakımından farklılıklar ortaya çıkabilecektir.<sup>44</sup>

Temsil olunanın kişi bakımından öngördüğü sınırlamalara örnek olarak doktrinde bazı yazarlar, temsilcinin kendisiyle işlem yapması ve işlemin iki tarafını da temsil etmesini vermektedir.<sup>45</sup> Temsil yetkisi verilirken temsil olunan bu yönde bir sınırlama getirmemişse, gerçek anlamda bir yetki aşımı meydana gelmeyeceğini savunan bir görüş bulunmaktadır.<sup>46</sup> Biz de bu görüşe katılmaktayız. Dolayısıyla temsil olunanın iradesinden bağımsız olarak ortaya çıkan ve temsil yetkisi verirken öngörmediği bu sınırlamaların aşılması yetkisiz temsil hali olarak kabul edilmemelidir.

Temsil olunan temsil yetkisi verirken hem işlem yapılacak üçüncü kişi bakımından hem de temsilci yönünden bazı sınırlamalar öngörebilir.<sup>47</sup> Burada karşımıza birden fazla kişinin temsilci olarak yetkilendirilmesi hususu çıkmaktadır. Birden fazla temsilci bir hukuki işlemi ancak birlikte yapmak zorunda olabilecekleri gibi her birinin hukuki işlemi tek başına yapmaya yetkili olmaları mümkündür. İlk durumda birlikte<sup>48</sup> temsil, ikinci durumda ise müteselsil temsil söz konusu olur.<sup>49</sup> Müteselsil temsil sadece temsilci sayısının arttığı bir durum olduğu için sınırlamadan söz edilmemekte; dolayısıyla gerçek sınırlama ve yetki sınırının aşılması ancak birlikte temsilde ortaya çıkmaktadır.<sup>50</sup> Müteselsil temsil bakımından önem taşıyan husus ise temsilcilerin aynı konuda farklı işlem yapmasının doğuracağı sonuçlardır. Doktrinde bu konuya ilişkin, işlemin borçlandırıcı ve tasarruf işlem olması bakımından farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bazı yazarlar temsilciler tarafından yapılan işlemlerin

---

43 **Bulut**, s. 80; **İnceoğlu**, s. 199; **Oruç Ömeroğlu**, s. 107.

44 **İnceoğlu**, s. 199; **Bulut**, s. 119.

45 **İnceoğlu**, s. 209 vd.; **Aybay**, s. 74; Pierre **Tercier**/Pascal **Pichonnaz**/H. Murat **Develioğlu**, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, İstanbul 2020, s. 150.

46 **Bulut**, s. 81.

47 **Oruç Ömeroğlu**, s. 110; **Bulut**, s. 81; **Ayrancı** (Yetkisiz Temsil), s. 94.

48 Doktrinde “kollektif” ve “müşterek” olarak da ifade edilmektedir.

49 Şener, **Akyol**, “Birlikte Temsil”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 96-98 (Birlikte Temsil), **Aydoğdu/Nart**, s. 149; Mustafa Alper **Gümüş**, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, Ankara 2021, s. 387; Andreas **Furrer**/Markus **Müller-Chen**/Bilgehan **Çetiner**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2022, s. 289; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 663, 664; **Bulut**, s. 82; **Oruç Ömeroğlu**, s. 110; **Akyol**, (Temsil), s. 105; **Akıncı**, s. 224.

50 **İnceoğlu**, s. 225; **Aybay**, s. 48; **Bulut**, s. 82.

borçlandırıcı olmaları halinde yapılan tüm işlemler geçerlidir.<sup>51</sup> Bir görüşe göre yapılan işlemlerin hepsi borçlandırıcı nitelikte olsa da, her bir temsilcinin yetkisi, diğer temsilcinin işlem yapması bozucu koşuluna bağlanmıştır.<sup>52</sup> Her iki işlemin tasarruf işlemi olması halinde ise sadece ilk yapılan işlemin geçerli olacağı ileri sürülmektedir.<sup>53</sup>

Birlikte temsilde ise önemli olan temsilcilerin aynı anda iradelerini açıklamaları değil; hepsinin iradesini açıklamasıdır.<sup>54</sup> Birlikte temsilde yetkisiz temsil, temsilcilerden birinin temsil olunan adın işlem yapmasına rağmen diğerlerinin bu işleme katılmaması durumunda ortaya çıkmaktadır.<sup>55</sup> Böyle bir durumda işlemin geçerli hale gelmesi temsil olunan tarafından TBK m. 46 uyarınca işleme icazet vermesiyle mümkün olmaktadır.<sup>56</sup> Temsil olunca icazet verilmediği takdirde işlem geçersiz olacağı için, sadece işlemi gerçekleştiren temsilcinin sorumluluğundan söz edilecektir; meğerki bu kişi işlemin diğer tarafı olan üçüncü kişiye birlikte temsilci olduğunu açıklamış olsun.<sup>57</sup> Üçüncü kişiye karşı sunulan temsil belgesinde birlikte temsile ilişkin bir kayıt yer almıyorsa, bu kişiye karşı yetki eksikliğinin ileri sürülemeyeceği doktrinde kabul edilmekle birlikte, öngörülen sınırlamanın yetki verilirken mi yoksa verildikten sonra mı öngörülen bir sınırlama olduğu hususunda görüş ayrılığı bulunmaktadır. *Oğuzman/Öz*, temsil yetkisinin üçüncü kişilere bildiriminden sonra sınırlandırıldığını ve TBK m. 42/III uygulanması gerektiğini ifade etmektedir.<sup>58</sup> *İnceoğlu ve Bulut* ise, yetki verilirken bir sınırlama öngörüldüğünü, dolayısıyla da TBK m. 41/I hükmünün uygulama alanı bulacağını savunmaktadır.<sup>59</sup> Bizce de birlikte temsile ilişkin getirilen sınırlama daha yetki verilirken öngörülen bir sınırlamadır ve temsil yetkisinin kapsam ve derecesine ilişkindir; bu sebeple de TBK m. 41/II hükmünün uygulanması yerinde olacaktır.

---

51 **Gümüş**, s. 389; **Kocayusufpaőođlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 639.

52 **Oğuzman/Öz**, s. 242.

53 **Gümüş**, s. 389.

54 **Bulut**, s. 82; **Akyol** (Birlikte Temsil), s. 96-98.

55 **Ayrancı** (Yetkisiz Temsil), s. 94; **Bulut**, s. 82.

56 **İnceoğlu**, s. 236; **Oruç Ömeroğlu**, s. 130; **Bulut**, s. 82.

57 **İnceoğlu**, s. 236; **Bulut**, s. 83.

58 **Oğuzman/Öz**, s. 242.

59 **İnceoğlu**, s. 237; **Bulut**, s. 83.

### 3. Temsilcinin Temsil Yetkisinin Verilmesinden Sonra Belirlenen Sınırlamaları Aşması

Temsil olunan TBK'nın 42. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “*Temsil olunan bir hukuki işlemde doğan temsil yetkisini her zaman sınırlayabilir...*” hükmü gereği vermiş olduğu yetkiyi sonradan konu, zaman, kişi vb. hususlar bakımından sınırlayabilmektedir. Belirlenen bu sınırlara uyulmaması durumunda yetkisiz temsile ilişkin hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı ise doktrinde tartışmalıdır. Tartışmaya yol açan durum ise temsil olunan tarafından temsilciye verilen talimattan ne anlaşılması gerektiği noktasında kendisini göstermektedir.<sup>60</sup> Dolayısıyla talimat ile temsil yetkisinin verilmesinden sonra belirlenen sınırlamaların arasındaki ilişkinin ortaya konulması gerekir.

Temsil olunan tarafından temsilciye temsil yetkisi verildikten sonra, bu yetkinin ne şekilde kullanılacağına dair emir ve direktifleri talimat olarak ifade edilmektedir.<sup>61</sup> O halde talimattan söz edebilmek için mutlaka öncesinde verilmiş bir temsil yetkisinin bulunması gerekir.<sup>62</sup> Temsil olunanın talimatlarının temsil yetkisini sınırlandırıp sınırlandırmadığı hususunda doktrinde pek çok görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden ilki, talimatların her zaman temsil yetkisine etki etmediğini, dolayısıyla ancak temsil yetkisini sınırlayan talimatlar bakımından yetkisiz temsil hükümlerinin uygulanabileceğini savunmaktadır.<sup>63</sup> Bir diğer görüş ise, talimatların etkisi bakımından ayırım yapmaksızın, talimatların sadece iç ilişkide önemli olduğunu ileri sürmekte; nitekim talimatların dış ilişki açısından sonuç doğurmamalarına vurgu yaparak talimata aykırı davranan temsilcinin yaptığı işlemle temsil olunanın bağlı olduğunu ifade etmektedir. Bu görüş uyarınca, her ne kadar temsil olunan talimata aykırı işlemle bağlı olsa da eğer uğradığı bir zarar varsa temsilciden bunun tazminini talep edebilecektir.<sup>64</sup>

60 **Bulut**, s. 83-84.

61 **Oğuzman/Öz**, s. 237; **İnceoğlu**, s. 260; **Aydoğdu/Nart**, s. 153; **Bulut**, s. 84; **Ayrancı** (Yetkisiz Temsil), s. 92.

62 **Eren**, s. 513; **Bulut**, s. 84.

63 **Oğuzman/Öz**, s. 237, 238; **İnceoğlu**, s. 260, 261. Yazarlara göre, temsil yetkisine etki etmeyen talimatların dış ilişki bakımından bir etkisi bulunmamakta; bu talimatlara aykırılık sadece iç ilişkide temsilcinin temsil olunana karşı sorumluluğunda rol oynamaktadır.

64 Kenan **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I. Sermet Matbaası, İstanbul 1968, s. 243; Akyol, s. 119; **Von Thur**, s. 327.

Doktrinde ağırlıklı olan görüşe göre, talimat ve temsil yetkisinin sınırlandırılması birbirinden ayrılamaz; dolayısıyla temsil olunanın talimatına rağmen buna riayet etmeyen temsilci artık yetkisiz temsilci sayılır ve yetkisiz temsil hükümleri uygulama alanı bulur.<sup>65</sup> Bu görüşü savunan *Kocayusufpaşaoğlu*'na göre, temsilci tarafından verilen talimatın dış ilişkiye etki ederek var olan temsil yetkisini sınırlandırabilmesi için, bu talimatın açık bir şekilde sınırının çizilmiş olması gerekir; aksi takdirde yetkinin sınırlandırıldığından bahsetmek mümkün olmaz.<sup>66</sup> Bu görüş uyarınca temsil yetkisi daha yetki verilirken en başta sınırlandırılabilmesi gibi yetki verildikten sonra talimat yoluyla da sınırlandırılabilir. Ancak böyle bir durumda da temsil olunanın temsil yetkisini üçüncü kişilere bildirip bildirmemesine göre farklı olasılıkların değerlendirilmesi gerekir. Üçüncü kişiye temsil olunan tarafından temsil yetkisi hiç bildirilmediği bir durumda temsilci yetki sınırını aşarak hareket etmişse, yetkisiz temsil hükümleri uygulanır ve üçüncü kişinin iyiniyeti bu sonucu değiştirmez.<sup>67</sup> Temsil yetkisi üçüncü kişiye bildirilmişse, iki olasılık karşımıza çıkar. İlk olasılıkta temsil olunan temsil yetkisini öngörürken bir sınırlama getirmiş ve hem temsilciye hem de üçüncü kişiye yapılan bildirim aynı ise, sınırın aşılması halinde yetkisiz temsil hükümleri uygulama alanı bulur. Ancak temsilci ile üçüncü kişiye yapılan bildirim farklı ise, esas alınacak bildirim TBK m. 41/II uyarınca üçüncü kişiye yapılandır.<sup>68</sup> Bir diğer ihtimal ise, temsil yetkisi verildikten sonra temsil olunanın temsilciye verdiği talimatı üçüncü kişiye bildirmemiş olması ve temsilcinin bu talimata aykırı davranarak yetki sınırını aşmasıdır. Böyle bir durumda TBK m. 42/III uyarınca talimatla verilen sınırlamalar üçüncü kişiye bildirilmediği için, iyiniyetli üçüncü kişiye karşı sınırlamaları ileri süremeyecektir.<sup>69</sup>

Doktrindeki başka bir görüş, talimata aykırı yapılan işlemlerin temsil yetkisinin kötüye kullanılması olduğunu ileri sürmektedir.<sup>70</sup> Ancak doktrinde *Kocayusufpaşaoğlu* bu görüşün uygulanabilmesi için, talimatın

---

65 Eugen **Bucher**, Schweizerisches Obligationsrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1988, s. 607; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 764; **Eren**, s. 513; **Ayrancı** (Yetkisiz Temsil), s. 93.

66 **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 764, dn. 37.

67 **Bulut**, s. 86. Kendisine hiçbir surette bildirim yapılmayan üçüncü kişinin buna rağmen temsilcinin sözüne güvenerek işlem yapmasının sonuçlarına kendisi katlanması gerekir. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 764.

68 **Bulut**, s. 86.

69 **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 765.

70 **Kutlu Sungurbey**, s. 13.

temsilci ve temsil olunan arasındaki iç ilişkiyi etkilediğini savunan görüş kabul edilirse anlam kazanıp uygulanabileceğini ifade etmektedir.<sup>71</sup>

Kanaatimizce temsil yetkisinde sınırın aşılması *Bulut*'un da savunduğu üzere, temsil yetkisinin verilmesi aşamasında ortaya çıkabileceği gibi yetki verildikten sonra da gerçekleşebilir. Yetki verilme aşamasında belirlenen sınırın aşılması bakımında TBK m. 41 hükmü uygulama alanı bulacakken; yetki verildikten sonra öngörülen sınırlamalar bakımından TBK m. 42 hükmü uygulanacaktır.

### III. TEMSİL YETKİSİNİN AŞILMASININ DOĞURDUĞU HUKUKİ SONUÇLAR

#### A. İcazet Verilmeden Önce Ortaya Çıkan Sonuç: Askıda hükümsüzlük

Doğrudan temsilde temsilci, temsil olunan tarafından kendisine verilen yetkiyi aşarsa, yetkisiz temsil hükümlerine tabi olacaktır. Ancak temsilcinin yetkisinin sınırlarını aşarak yaptığı işlemin bölünmesi mümkün ise, yetki kapsamında kalan kısım temsil olunanın herhangi bir onamına ihtiyaç duyulmaksızın geçerli olacaktır.<sup>72</sup> Yetkinin kapsamı dışında kalan işlem bölümünün geçerliliği ise askıda hükümsüz olacaktır. Askıda hükümsüzlük<sup>73</sup>, işlemin geçerli olup olmayacağını belirsizliğini ifade eden bir yaptırımdır.<sup>74</sup> Bu hususta tarafların iradeleri önem taşır. Şöyle ki işlemin kısmen geçerli olarak kabul edilebilmesi için işlem taraflarının bu yönde varsayımsal iradelerinin varlığı gerekir. Dolayısıyla mantıklı ve dürüst davranan bir kişinin temsilcinin sınırlı yetkisini bildiği durumlara eğer kısmi işlemi kabul etme yönünde iradesi varsa, o işlemin geçerliliğinden bahsedilir.<sup>75</sup>

71 **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 765, 766.

72 Bülent **Karasu**, *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Doğrudan ve Dolaylı Temsil*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 333.

73 Doktrinde “noksanlık” yahut “eksiklik” olarak da ifade eden yazarlar bulunmaktadır. Bkz. Özlem **Tüzüner**, “Hukuki İşlem”, *Medeni Hukuk I Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, (Ed: Metin İkizler, Özlem Tüzüner), Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 212; Cem **Baygın/Ahmet Nar**, *Medeni Hukuk Dersleri I, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 206; **Akçaal**, s. 151; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 595, 596.

74 **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s.723; **Eren**, s. 522; **Antalya**, s. 642; **İnceoğlu**, s. 358.

75 **Kutlu Sungurbey**, s. 38; **Karasu**, s. 333.

Temsilcinin yetkisini aşarak işlem yapması halinde, Türk Borçlar Kanunu'nun yanılmayı düzenleyen 34. maddesinin ikinci fıkrasının kıyasen uygulanacağı da ileri sürülmektedir.<sup>76</sup> Dolayısıyla temsilci ile hukuki işleme girişen üçüncü kişinin işlemde doğan taleplerini verilen temsil yetkisinin sınırları kapsamında ileri sürmeyi kabul etmesi halinde, taraflar arasında yapılan hukuki işlem, yetkinin sınırları içinde kalan kısım bakımından geçerli kurulmuş kabul edilecektir. Bu konudaki hakim görüş, temsil olunan tarafından ayrıca sözleşmenin onanmasının gerekli olmadığını, dolayısıyla yapılan işlemin doğrudan geçerli olacağını savunmaktadır.<sup>77</sup> Belirtmek gerekir ki temsilci ile üçüncü kişi arasında gerçekleştirilen hukuki işlem eğer bölünebilir nitelikte değilse, artık işlemin tamamı bakımından askıda hükümsüzlüğün varlığından söz edilecektir.<sup>78</sup>

Yetkinin aşılmış aşılmadığının, diğer bir ifadeyle bir yetkisiz temsil halinin bulunup bulunmadığının tespiti işlemin yapılma anına göre gerçekleşecektir.<sup>79</sup>

Yetki aşılarak yapılan hukuki işlem, işlem temsil olunan tarafından onanana kadar askıda hükümsüz olarak kabul edilmektedir.<sup>80</sup> Temsil olunana işleme icazet verilmesi halinde yapılan işlem baştan itibaren kesin olarak geçerli olmakta; icazetin verilmeyeceğinin anlaşılması halinde ise yapılan işlemin baştan itibaren geçersiz olacaktır. Doktrinde<sup>81</sup> askıda hükümsüzlüğün yarattığı bu durum, sınırlı ehliyetsiz bir kişinin gerçekleştirdiği işleme benzetilmekteyse de, sınırlı ehliyetsiz ile temsilcinin yaptığı işlem arasında farklar bulunmaktadır.<sup>82</sup> Askıda hükümsüzlük hali devam ederken hem temsil olunan hem de üçüncü kişi aralarındaki sözleşmeden doğan haklarını ileri sürememektedirler.<sup>83</sup>

---

76 **Karasu**, s. 333.

77 Temsil olunan onamayı reddederse bile üçüncü kişinin taleplerini temsil yetkisinin sınırları içinde kalacak şekilde ileri sürmek suretiyle işlemi ayakta tutup işlemi kurtarabilmesine engel olamayacağı kabul edilmektedir. Bkz. **Kutlu Sungurbey**, s. 38; Mehmet Serkan **Ergüne**, Olumsuz Zarar, İstanbul 2008, s. 199-200.

78 **Karasu**, s. 333.

79 **İnceoğlu**, s. 357.

80 **İnceoğlu**, s. 358; **Karasu**, s. 335.

81 Turhan **Esener**, Yetkisiz Temsil, II inci Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, (10-18 Mayıs 1961), Ankara 1962, s. 122 (Yetkisiz Temsil).

82 **Bulut**, s. 143.

83 **Kutlu Sungurbey**, s. 48; **İnceoğlu**, s. 358.



Askıda hükümsüzlük hali devam ettiği sürece üçüncü kişi yapılan sözleşme ile bağlıdır.<sup>84</sup> Bu bağlılığın sonradan yetkisiz temsilci ile anlaşılması yoluyla kaldırılması mümkün değildir.<sup>85</sup> Temsil olunan askıda hükümsüzlük durumunda yapılan işlem ile hukuken bağlı değildir.<sup>86</sup> Bu bakımdan işlemi baştan itibaren geçerli yahut geçersiz kılmak temsil olunanın takdirine bırakıldığını söylemek mümkündür.<sup>87</sup>

Üçüncü kişinin askıda hükümsüzlük süresince yapılan işlemle bağlı olmasının doğurduğu iki önemli sonuç bulunmaktadır.<sup>88</sup> Bunlardan ilki, temsil olunanın yetki aşılarak yapılan işlemi onamasının üçüncü kişi tarafından engellenemeyeceğidir. Diğer sonuç ise temsil olunan tarafından işleme onam verilmesi halinde üçüncü kişinin ifa etmek zorunda olduğu yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınmamasıdır.

## B. Askıda Hükümsüzlüğü Ortadan Kaldıran Bir Hal Olarak Temsil Olunanın İcazet Vermesi ve Sonuçları

### 1. Genel Olarak

Yapılan işlemin geçerli olabilmesi için temsil olunan tarafından işleme icazet verilmesi gerekir.<sup>89</sup> Bu özelliği dolayısıyla icazetin kurucu yenilik doğuran bir işlem olduğu kabul edilmektedir.<sup>90</sup> O halde icazet temsil olunanca tek taraflı ve varması gereken bir beyanla kullanılan ve

84 **Karasu**, s. 336; **İnceoğlu**, s. 361; **Eren**, s. 477; **Erdoğan**, s. 111, 112; **Antalya**, s. 645; **Furrer/Muller- Chen/Develioğlu**, s. 155; **Aydoğdu/Nart**, s. 162; **Tiftik/Şen**, s. 2653; **Aybay**, s. 81; **Oruç Ömeroğlu**, s. 177; **Bulut**, s. 145.

85 **Eren**, s. 511- 512; **İnceoğlu**, s. 361; **Gümüş**, s. 413. Ancak Akyol'a göre, üçüncü kişi ile yetkisiz temsilci arasında yapılan sözleşme ile temsil yetkisinin kötüye kullanılması söz konusu ise, üçüncü kişi ile yetkisiz temsilci anlaşarak bu bağlılığı ortadan kaldıracırlar. Bkz. **Akyol (Temsil)**, s. 469.

86 **Karasu**, s. 335; **Kutlu Sungurbey**, s. 44; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 723; **Akyol**, s. 465; **İnceoğlu**, s. 361; **Aydoğdu/Nart**, s. 162; **Karasu**, s. 335; **Furrer/Mullen-Chen/Develioğlu**, s. 300; **Bulut**, s. 144; **Oruç Ömeroğlu**, s. 175, 176.

87 **İnceoğlu**, s. 361. Bazı yazarlar yetkisiz temsil sonucunda ortaya çıkan durumu “tek taraflı bağlamazlık” olarak nitelendirmektedirler. Bu konuda bkz. **Esener (Yetkisiz Temsil)**, s. 122.

88 **İnceoğlu**, s. 361-362; **Akyol (Temsil)**, s. 465.

89 **İnceoğlu**, s. 374.

90 **Akyol (Temsil)**, s. 491; **Kutlu Sungurbey**, s. 51; **Esener (Yetkisiz Temsil)**, s. 126-127; **Oğuzman/Öz**, s. 252; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 724; **Gümüş**, s. 414; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 154; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner**, s. 299; **İnceoğlu**, s. 374; **Eren**, s. 525; **Antalya**, s. 644; **Aydoğdu/Nart**, s. 163; **Bulut**, s. 150;

temsilcinin yahut üçüncü kişinin hakimiyet alanına girmekle birlikte sonuçlarını doğuracak olan bir işlemdir.<sup>91</sup>

İcazetin yenilik doğuran bir işlem olmasının doğurduğu bazı sonuçlar bulunmaktadır. Bunlardan ilki, icazetin karşı tarafa ulaşarak sonuçlarını doğurmasından sonra geri alınamamasıdır.<sup>92</sup> Dolayısıyla kural olarak karşı tarafın kabul etmesi durumunda bile icazet geri alınamayacaktır; ancak tarafların aralarında yapacağı bir ikale sözleşmesi ile bunu bertaraf etmeleri mümkündür.<sup>93</sup> Kanımızca da icazetin geri alınması yönünde ortaya konulan beyan ikale sözleşmesi için bir öneri niteliğindedir.<sup>94</sup> Ancak ikale sözleşmesinin yaratacağı etki ise doktrinde tartışmalıdır. İleri sürülen ilk görüşe göre, ikale sözleşmesi geçmişe etkili değildir; dolayısıyla icazetin verildiği sözleşme ileriye etkili olarak ortadan kaldırılabılır.<sup>95</sup> Diğer görüş ise, taraflar sözleşme özgürlüğü prensibine dayanarak ikale sözleşmesini geçmişe etkili olarak yapabilirler.<sup>96</sup> İcazetin yenilik doğuran hak olmasının yarattığı bir diğer sonuç ise icazetin şarta bağlanamamasıdır.<sup>97</sup> Eğer temsil olunan şarta bağlı olarak bir icazet beyanında bulunmuşsa, bu beyanın yeni bir sözleşme kurulması yönünde

91 **Akyol** (Temsil), s. 491; **İnceoğlu**, s. 375; **Kutlu Sungurbey**, s. 51; **Esener** (Yetkisiz Temsil), s. 126; **Eren**, s. 525; **Aybay**, s. 91; **Ayan**, s. 238; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner**, s. 299; **Oğuzman/Öz**, s. 252.

92 **Esener** (Yetkisiz Temsil), s. 129; **Kutlu Sungurbey**, s. 51; **İnceoğlu**, s. 376; **Akyol** (Temsil), s. 492; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 724; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 154; **Oğuzman/Öz**, s. 252; **Eren**, s. 525, 526; **Antalya**, s. 644; **Aydoğdu/Nart**, s. 163; **Aybay**, s. 92; **Tiftik/Şen**, s. 2654.

93 **İnceoğlu**, s. 377. BUZ'a göre, yenilik doğuran hakların bir kere kullanıldıktan sonra geri alınamayacağına ilişkin kural mutlak değildir, bazı istisnalar bulunmaktadır. Bu istisnalardan en önemlisi de muhatabın yenilik doğuran hakkın geri alınmasına muvafakat verdiği durumlardır. Detaylı bilgi için bkz. Vedat **Buz**, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*, Ankara 2005, s. 443 vd..

94 **Bulut**, s. 151; **İnceoğlu**, s. 377.

95 **Kutlu Sungurbey**, s. 52; **Aybay**, s. 92.

96 **İnceoğlu**, s. 377.

97 **Feyzioğlu**, s. 434; **İnceoğlu**, s. 378; **Akyol** (Temsil), s. 497; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 726; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 154; **Oğuzman/Öz**, s. 252; **Eren**, s. 525; **Antalya**, s. 644; **Aybay**, s. 93; **Tiftik/Şen**, s. 2654. Doktrinde Akyol, temsil olunan tarafından geri alınan icazet beyanının çelişkili davranma yasağını oluşturduğunu ileri sürmektedir. Bkz. **Akyol** (Temsil), s. 489. Zäch/Künzler ise temsil olunanın ister geciktirici isterse bozucu şarta bağlı olarak icazet beyanında bulunabileceğini ifade etmektedir. Ancak belirlenen şartın üçüncü kişi tarafından temsil olunana verilen uygun süre içinde gerçekleşmiş olması gerektiğini ileri sürmektedir. Detaylı bilgi için bkz. **Zäch/Künzler**, *Art 38, N. 51*.

bir icap niteliğinde olacağı kabul edilmektedir.<sup>98</sup> Bu düşüncenin altında yatan temel neden ise, üçüncü kişinin haklı menfaatinin zedelenmesinin önüne geçilmesidir.<sup>99</sup> Ayrıca temsil olunanın yapılan işleme herhangi bir sınırlama getirmeden icazet beyanında bulunması gerekir, dolayısıyla beyanla yapılan işleme yeni şartların eklenmesi mümkün değildir.<sup>100</sup> Dolayısıyla ancak bazı değişiklikler yapılırsa işleme icazet verileceğinin açıklanması, yeni bir sözleşme kurma yönünde icap sayılacaktır.<sup>101</sup>

İcazetin yenilik doğuran bir işlem olmasının sonucunda karşımıza çıkan bir diğer husus ise, kısmen verilen icazetin akıbetinin ne olacağına ilişkindir. Öğretide temsil olunanın yapılan işlemin sadece bir kısmına icazet vermesinin yeni bir sözleşme kurma yönünde iradesini ortaya koyduğu şeklinde kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır.<sup>102</sup> *Esener*, böyle bir durumda ancak üçüncü kişinin kısmi icazete muvafakat verdiği durumlarda kısmi icazetin geçerli olacağını ifade etmektedir.<sup>103</sup> Kanımızca ancak istisnai hallerde üçüncü kişinin kısmi icazete rıza göstermesinin mümkün olduğu; aksi halde ortada yeni bir sözleşme kurma iradesinin bulunduğunu söylemek gerekir.<sup>104</sup>

## 2. İcazet Beyanında Bulunacak Olanlar

Yapılan işleme icazet beyanında bulunacak olan kural olarak namına ve hesabına işlem yapılmış olan temsil olunanıdır. Eğer yetki aşarak yapılan işlemde birden fazla kişinin aynı anda temsili söz konusu ise, temsil olunanların hepsinin icazet vermesi gerekir.<sup>105</sup> Dolayısıyla temsil olunanların içlerinden bir veya birkaçının icazet vermesi, işlemi geçerli hale getirmemektedir.<sup>106</sup>

Temsil olunan eğer ayırt etme gücüne sahip değilse, işleme icazetin yasal temsilcisi tarafından verilmesi gerekir. Bunun dışında temsil olunan sınırlı ehliyetsiz ise verdiği icazetin sonuç doğurması için yasal

98 *Feyzioğlu*, s. 434; *İnceoğlu*, s. 378;

99 *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 203.

100 *Kutlu Sungurbey*, s. 82, 83; *Akyol* (Temsil), s. 497.

101 *Kutlu Sungurbey*, s. 83; *Akyol* (Temsil), s. 497; *İnceoğlu*, s. 379.

102 *Watter*, Art. 38, N. 6.; *İnceoğlu*, s. 379.

103 *Esener* (Yetkisiz Temsil), s. 129.

104 Detaylı bilgi için bkz. *İnceoğlu*, s. 381.

105 *İnceoğlu*, s. 381; *Akyol* (Temsil), s. 468.

106 *Zäch/Künzler*, Art 38, N. 45; *Akyol* (Temsil), s. 468; *İnceoğlu*, s. 380; *Aybay*, s. 119. Adi ortaklıkta da adi ortaklardan birinin yetkisi olmaksızın ya da yetkisini aşarak adi ortaklık adına işlem yapması halinde tüm ortakların bu işleme icazet vermesi ile işlem geçerli hale gelmektedir. Detaylı bilgi için bkz. *İnceoğlu*, s. 381.

temsilcisinin onayına ihtiyaç vardır. Aslında her iki durumda da yasal temsilcinin icazet beyanında bulunduğu kabulü gerekir. Tüzel kişilerde işleme icazet verecek olan kural olarak yönetim organıdır.

Temsil olunan adına işlem yapan temsilci, yetkisiz olarak onun adına icazet beyanında bulunursa, işlemin akıbetinin ne olacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bu hususta ileri sürülen görüşlerden biri, yetkisiz temsilcinin icazet beyanında bulunmasına temsil olunanın icazet vermesi pek mantıklı değildir; nitekim temsil olunanın verdiği icazet sadece asıl işlemi onaylamak amacı taşır.<sup>107</sup> Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, böyle bir durumda temsil olunan asıl işleme icazet verebileceği gibi temsilci tarafından verilen icazet işlemine de icazet verebilir.<sup>108</sup>

Doktrinde tartışmalı olan bir diğer husus ise, temsil olunanın işlemin askıda olduğu süreçte ölmesi halinde işlemin geçerliliğine etkisidir. Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre, ortada temsil olunanın kişisel özelliklerinin önemli olduğu bir işlem varsa icazet verme yetkisi onun mirasçılara geçecektir.<sup>109</sup> Diğer görüş ise, icazet beyanında bulunma yetkisinin mirasçılara geçip geçmeyeceğini, işlemin ölümle birlikte sona eren bir nitelikte olup olmamasına göre farklı sonuçlara bağlamaktadır.<sup>110</sup> Bizim de katıldığımız bu görüş uyarınca, eğer mevcut işlem kişisel özellikler gözetilerek yapılmışsa, ölümle bu işlem sona ereceği için mirasçılara geçmesinden söz edilemez; ancak işlemin böyle bir niteliği yoksa icazet verme yetkisi mirasçılara geçer.

Temsil olunan acaba icazet vermesi için bir başka kişiye temsil yetkisi bahşedebilecek midir? Bu husus doktrinde kabul edilmekte ve icazet vermek konusunda yetkili kılınacak kişinin gerek bir üçüncü kişi gerekse yetkisiz temsilcinin kendisi olabileceği ifade edilmektedir.<sup>111</sup> Belirtmek gerekir ki temsil olunanın icazet vermesi için bir başka kişiye yetki vermesi halinde, yetkisiz olarak yapılan işlem kendiliğinden geçerli hale gelmemekte, yetkili kılınan temsilcinin icazet beyanıyla ancak geçerli olabilmektedir.<sup>112</sup> Burada üzerinde durulması gereken husus yetkisiz temsilciye kendi yapmış olduğu işleme icazet verme yönünde bir yetkinin

---

107 **İnceoğlu**, s. 383.

108 Georges **Violand**, Die Stellvertretung ohne Ermächtigung (OR Art. 38 und 39), Bern-Stuttgart 1988, s. 118, 121; **Bulut**, s. 155.

109 **Esener** (Yetkisiz Temsil), s. 129; **Akyol** (Temsil), s. 468; **Gümüş**, s. 413.

110 **İnceoğlu**, s. 383; **Bulut**, s. 156.

111 **Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 727; **İnceoğlu**, s. 382; **Akyol** (Temsil), s. 468; **Gümüş**, s. 418; **Zäch/Künzler**, Art 38, N. 45.

112 **İnceoğlu**, s. 382.

verilmesi durumunda ortaya çıkacak sorun ve sonuçların ne olacağıdır. Bu husus doktrinde tartışmalıdır.<sup>113</sup> *Kocayusufpaşaoğlu* verilen temsil yetkisinin içeriğine göre bir ayrıma gidilerek konunun irdelenmesini ileri sürmektedir.<sup>114</sup> Buna göre icazet vermeye yetkili kılınan temsilcinin sonradan yetkili kılınmasında genel olarak yetkili kılınması, dolayısıyla kendi yaptığı ve askıda hükümsüz olan işleme icazet vermesi söz konusu olduğunda temsil olunan ile temsilcinin çıkarları arasında bir çatışma ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki TBK m. 46'da düzenlenen sorumluluktan kurtulmak isteyen temsilci yetkisini aşarak yaptığı askıda hükümsüz olan bu işleme her durumda icazet verecektir. Bu şekilde verilmiş genel bir yetkinin (her türlü işlem için yetkili kılınması hali dahil) temsilcinin bizzat yaptığı ve askıda hükümsüz olan işlemine icazet vermesini kapsamadığı ileri sürülmektedir.<sup>115</sup> Kanımızca da bu şekilde genel olarak tanınmış bir yetki ancak üçüncü bir kişinin yetkisiz temsilcinin yaptığı işleme temsil olunan adına icazet vermesi imkanını sağlar; yoksa kendi işlemine icazet verme isteğinde olan yetkisiz temsilciye böyle bir yetkinin tanınması isabetli değildir. Eğer temsil olunan askıda hükümsüz olan işlemi icra eden yetkisiz temsilciye bizzat kendinin yetkisiz olarak yaptığı işlemlere icazet verebileceği yönünde bir özel yetki vermişse, bu yetkinin geçerli sayılması gerektiği savunulmaktadır.<sup>116</sup> Kanaatimizce temsil olunan tarafından yetkisiz temsilcinin sonradan yetkilendirilmiş olması, askıda hükümsüz olan işlemin de geçerli hale getirilmesi sonucunu doğurmamakta; sadece sonradan yetkilendirilen temsilcinin yetkilendirmeden sonra yapacağı işlemler bakımından sonuç doğurmaktadır.

### 3. İcazet Beyanının Muhatabı

Türk Borçlar Kanunu icazet beyanının muhatabının kim olduğuna ilişkin bir düzenleme içermemektedir. İcazet beyanının sadece üçüncü kişiye yöneltilebileceğini savunan yazarlar<sup>117</sup> bulunmakla birlikte, doktrinde ağırlıklı olarak icazet beyanın yöneltileceği kişilerin temsilci

---

113 Rolf **Watter**, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I* (Herausgeber: Honsell/Vogt/Wiegand), 4. Auflage, Basel 2007, Art. 38, N.5. Aksi görüş için bkz. **Violand**, s. 118, 121.

114 **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 728.

115 **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 728; **İnceoğlu**, s. 382; **Violand**, s. 121.

116 **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 729.

117 **Esener** (Yetkisiz Temsil), s. 128; **İnceoğlu**, s. 392.

veya işlemin tarafı olan üçüncü kişi olduğu kabul edilmektedir.<sup>118</sup> Ancak burada da üçüncü kişi tarafından temsil olunanın icazet vermesi için bir süre verilip verilmemesine göre bir ayrıma gidilmektedir. Üçüncü kişinin temsil olunana işleme icazet beyanında bulunup bulunmayacağına ilişkin kararını bildirmesi için uygun bir süre verdiği durumlarda, temsil olunanın beyanının muhatabının mutlaka üçüncü kişi olacağı ileri sürülmektedir.<sup>119</sup> TBK m. 46'da açıkça yer almamakla birlikte üçüncü kişi temsil olunana yapmış olduğu bildirimle aslında sadece bir süre vermiş olmamakta aynı zamanda bizzat kendisine beyanda bulunulması isteğini ortaya koymaktadır.<sup>120</sup> Oysa Alman hukukundan bu husus açıkça düzenlenmiştir.<sup>121</sup> Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 177/II paragrafında, temsil olunana üçüncü kişi tarafından süre verildiği durumlarda, beyanın mutlaka üçüncü kişiye yapılması öngörülmektedir. İsviçre ve Türk hukuklarında açık bir düzenleme bulunmadığı için Alman Medeni Kanunu'nu temel alarak ikili bir ayrıma gidilerek konunun ele alınması gerekliliği ifade edilmiştir.<sup>122</sup> Buna göre ele alınması gereken ilk husus, temsil olunanın icazet veya ret beyanında bulunmasından önce üçüncü kişinin ona süre vermesi ihtimalidir. Böyle bir ihtimal söz konusu ise, temsil olunanın, kendisine icazet beyanında bulunması için uygun süre veren üçüncü kişiye beyanda bulunması gerektiği ileri sürülmektedir.<sup>123</sup> *Kocayusufpaşaoğlu*'ya göre, üçüncü kişinin kendisine beyanda bulunulması için yetkisiz temsilcinin peşinden koşmasını istemek ve beklemek anlamsızdır; dolayısıyla yetkisiz temsilcinin vereceği icazet yeterli olmayacak, mutlaka temsil olunanın beyanı gerekecektir.<sup>124</sup> Yazara göre temsil olunan icazet beyanını yetkisiz temsilciye yapmış ancak temsilci de temsil olunanın habercisi sıfatıyla bu beyanı süresi içinde

---

118 **İnceoğlu**, s. 387; **Zäch/Künzler**, Art. 33, N. 60; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 724; **Kutlu Sungurbey**, s. 70; **Feyzioğlu**, s. 434; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 202; **Oğuzman/Öz**, s. 252; **Esener** (Yetkisiz Temsil), s. 128.

119 **Von Thur**, s. 402; **Zäch/Künzler**, Art. 33, N. 59; **Watter**, Art. 38, N.5; **Violand**, s. 131; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 724.

120 **Zäch/Künzler**, Art. 33, N. 59.

121 Madde metni için bkz. [https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/\\_\\_\\_177.html](https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/___177.html)

122 **İnceoğlu**, s. 388 vd.

123 **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 724; **Antalya**, s. 645; **Karasu**, s. 344.

124 **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 724. Aynı yönde bkz. **Violand**, s. 131.

üçüncü kişiye ulaştırmışsa bu da kabul edilmelidir.<sup>125</sup> Burada tartışılması gereken bazı hususlar ortaya çıkmaktadır. Eğer üçüncü kişi henüz temsil olunana bir süre vermeden, temsil olunan yetkisiz temsilciye icazet verdiği veya icazet vermeyi reddettiğine dair bir beyanda bulunmuşsa, bu durumdan henüz haberi olmayan üçüncü kişi beyanda bulunması için temsil olunan bir süre verirse nasıl bir sonuç ortaya çıkacaktır? Acaba temsil olunan önceki beyanı ile bağlı olacak mıdır? Bu hususta bazı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden biri uyarınca, üçüncü kişi temsil olunana bir süre vermişse, kendisine süre verilmeden önce temsil olunanın yetkisiz temsilciye yönelttiği beyanların tümü hükümsüz kalmakta ve kendisine verilen süre içinde dilediği şekilde üçüncü kişiye beyanda bulunma özgürlüğü bulunmaktadır.<sup>126</sup> Diğer görüş ise, temsil olunanca icazet verdiği ilişkin beyan yetkisiz temsilciye bildirilmiş, ancak üçüncü kişiye bu bilgi henüz ulaşmamışsa, üçüncü kişinin temsil olunana hala süre verme ve beyanda bulunmasını isteme hakkının bulunduğunu savunmaktadır.<sup>127</sup> Dolayısıyla üçüncü kişiye ulaşmayan icazet beyanı hala onun açısından bağlayıcılık taşımamakta, temsil olunana süre verme hakkını da ortadan kaldırmamaktadır. Belirtmek gerekir ki burada yetkisiz temsilciye yapılan beyan, üçüncü kişi tarafından temsil olunana süre verilmeyeceğinin anlaşıldığı yahut süre verilmesi olanağının kalmadığı durumlarda hüküm ve sonuç doğurmaktadır.<sup>128</sup> Kanımızca üçüncü kişinin menfaatinin korunması için icazet beyanının ister süre versin ister vermesin sadece üçüncü kişiye yapılması gerekir. Temsilciye yapılacak icazet beyanının temsilci tarafından üçüncü kişiye ulaştırılmama riski göz önünde tutulduğunda, bu beyanın sadece üçüncü kişiye yapılması daha isabetli görünmektedir. Kaldı ki yapılan işlemin geçerli ya da geçersiz olmasının hüküm ve sonuçlarından doğrudan etkilenecek olan kişi üçüncü kişinin bizzat kendisidir.

---

125 **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 724. Aynı yönde bkz. **Kutlu Sungurbey**, s. 71; **Zäch/Künzler**, Art. 38, N. 59. Violand ise bu görüşe karşı çıkmakta ve üçüncü kişinin zaten güvenini kaybetmiş olan yetkisiz temsilcinin beyanını beklemesinin kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedir. Detaylı bilgi için bkz. **Violand**, s. 134.

126 **Von Thur**, s. 402, dn. 23; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 724; **İnceoğlu**, s. 389.

127 **Zäch/Künzler**, Art. 38, N. 60.

128 **İnceoğlu**, s. 390.

#### 4. İcazetin Şekli

Kural olarak icazetin verilmesinde şekil şartı bulunmamaktadır.<sup>129</sup> Temsil olunan icazeti açıkça verebileceği gibi zimni olarak da verebilir.<sup>130</sup> Ancak temsil olunan tarafından gerçekleştirilen davranışın icazet olarak değerlendirilebilmesi için güven teorisi kapsamında değerlendirilmesi, başka bir ifadeyle yapılan davranışın dürüstlük kuralına göre bir icazet olarak anlaşılmasının mümkün olduğu durumlarda temsil olunan ile üçüncü kişi arasındaki ilişkinin geçerli hale geldiğinin kabulü gerekir.<sup>131</sup> Bir görüşe göre zimni icazetin varlığının kabulü için temsil olunan tarafından askıda hükümsüzlük halinin bilinmesi yahut bunun öngörülebilir olması gerekmektedir.<sup>132</sup> Kanımızca askıda hükümsüzlük halini temsil olunanın bilmesi yahut öngörmesi önemli değildir; asıl önemli olan işlemin tarafı olan üçüncü kişinin bu davranışa güven prensibi uyarınca verdiği anlamdır.<sup>133</sup>

Temsil olunanın susması acaba icazet verdiği anlamına gelecek midir? Kural olarak susma bir irade beyanı olmadığı için icazet olarak kabul edilmesi de mümkün değildir.<sup>134</sup> Ancak susmanın istisnai nitelikte ve temsil olunanın dürüstlük kuralı gereği icazet vermeyeceğini bildirmesinin beklendiği hallerde mümkün olduğu savunulmaktadır.<sup>135</sup> Susmanın icazet verildiği şekilde anlaşılabilmesi için temsil olunanın yetkisiz olarak yapılan işlemi bilmesi gerekir.<sup>136</sup> Doktrinde üçüncü kişinin temsil olunana beyanda bulunması için süre verdiği durumlarda bu sürenin susularak geçirilmesinin icazet kabul edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. İleri sürülen bir görüş, üçüncü kişinin belirlemiş olduğu uygun süre içinde

129 **Von Thur**, s. 400; **Violand**, s. 122; **Zäch/Künzler**, Art. 38, N. 53; **Watter**, Art. 38, N.6; **Esener** (Yetkisiz Temsil), s. 127; **Kutlu Sungurbey**, s. 56; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 730; **İnceoğlu**, s. 395; **Akyol** (Temsil), s. 489; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 202; **Feyzioğlu**, s. 434.

130 **Von Thur**, s. 400-401; **Watter**, Art. 38, N. 6; **Esener** (Yetkisiz Temsil), s. 127; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 202; **Feyzioğlu**, s. 434; **Oğuzman/Öz**, s. 253; **Eren**, s. 525; **Aydoğdu/Nart**, s. 163; **Akçaal**, s. 151; **Aybay**, s. 108; **Karasu**, s. 341; **Bulut**, s. 152.

131 **Kutlu Sungurbey**, s. 55, 84; **Zäch/Künzler**, Art. 38, N. 53; **Violand**, s. 122; **İnceoğlu**, s. 396.

132 **Violand**, s. 125, 126.

133 Aynı yönde bkz. **İnceoğlu**, s. 396; **Esener** (Yetkisiz Temsil), s. 129.

134 **İnceoğlu**, s. 396; **Antalya**, s. 644; **Aydoğdu/Nart**, s. 163; **Tiftik/Şen**, s. 2654.

135 **Esener** (Yetkisiz Temsil), s. 123; **Eren**, s. 525; **Kutlu Sungurbey**, s. 60; **Antalya**, s. 644; **Gümüş**, s. 414, dn. 422; **Karasu**, s. 342.

136 **Zäch/Künzler**, Art. 38, N. 55; **İnceoğlu**, s. 397; **Aydoğdu/Nart**, s. 163; **Bulut**, s. 153.



temsil olunan eğer susarsa, bu susmanın icazet verilmediği anlamına geleceği ileri sürülmüştür.<sup>137</sup> Diğer görüş ise, temsil olunanın kendisine verilen süre içinde susması kural olarak ret sayılır; ancak dürüstlük kuralları çerçevesinde durumun özelliği gereği üçüncü kişi işlemi uygun bulmayan temsil olunanın açıkça ret vermesini beklemekte haklı ise, temsil olunanın susması icazet olarak kabul edilebilir.<sup>138</sup> Kanaatimizce temsil olunanın susması icazet anlamına gelmemelidir; bu yöndeki belirsizliğin aşılması bakımından da üçüncü kişinin temsil olunana uygun süre verirken bu hususu belirtmesi gerekir.

Doktrinde baskın olan görüşe göre icazet verilecek asıl işlemin geçerli olması için bir şekil şartı öngörülmüş olsa bile bu işlem için verilecek icazet herhangi bir şekle tabi değildir.<sup>139</sup> Ancak bazı yazarlar asıl işlemin şekle bağlı olduğu durumlarda hem temsil yetkisinin hem de bu işleme verilecek icazetin asıl işlemin tabi olduğu şekil uyarınca verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.<sup>140</sup> Kanaatimizce temsil olunan herhangi bir şekil şartına uymaksızın icazet beyanında bulunabilir.

### 5. Temsil Olunanın İcazet Vermesini Beklemeden Üçüncü Kişinin Sözleşmeden Dönme Hakkının Bulunup Bulunmadığının Tespiti

Türk Borçlar Kanunu'nda üçüncü kişinin temsil olunanın icazet vermesini beklemeden sözleşmeden dönmesine imkan veren bir düzenleme mevcut değildir. Kanunun öngörmediği böyle bir olanağın üçüncü kişiye tanınması doktrinde de kabul edilmemektedir.<sup>141</sup> Ancak bazı yazarlar tıpkı Alman hukukunda olduğu gibi üçüncü kişiye sözleşmeden dönme hakkının tanınması gerektiğini ileri sürmektedirler.<sup>142</sup> TBK m. 46/2 hükmü üçüncü kişiye temsil olunana süre vererek icazet verip vermeyeceğini bildirmesi bakımından bir hak tanımakta ve bu süre içinde işleme icazet verilmemesi durumunda o işlemle bağlı olmaktan

137 Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2020, s. 329.

138 Kutlu Sungurbey, s. 89; Karasu, s. 343; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 724.

139 Von Thur, s. 400; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 724; İnceoğlu, s. 399.

140 Zäch/Künzler, Art. 38, N. 56; Violand, s. 122; Watter, Art. 38, N.6; İnceoğlu, s. 399; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 730.

141 Zäch/Künzler, Art. 38, N. 35; Von Thur, s. 402; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 731; Kutlu Sungurbey, s. 92.

142 Violand, s. 112; Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationsrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1988, s. 604-605.

kurtulduğunu düzenlemektedir. Dolayısıyla süre belirlendikten sonra icazet verilmemesi anı, üçüncü kişinin sözleşmeyle bağlı olmaktan kurtulduğu an olarak kabul edilmektedir; bunun sonucu olarak da bu andan önce üçüncü kişinin serbestçe yapılan işlemde dönme hakkı bulunmamaktadır.<sup>143</sup> Alman hukukunda ise Alman Medeni Kanunu'nun 178. paragrafı bu konuyu açıkça düzenlemekte ve sözleşmenin kurulduğu esnada üçüncü kişinin temsilcinin yetkisiz olduğunu bilmemesi halinde icazet verilinceye kadar sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğunu hüküm altına almaktadır. Doktrinde bazı yazarlar bu yönde bir hükmün kanunumuza eklenmesini önermektedir.<sup>144</sup> Kanaatimizce de bu yönde bir düzenleme isabetli olacaktır; çünkü en az temsil olunan kadar üçüncü kişinin (temsilcinin yetkisiz olduğunu bilmeyen) de korunması gerekir. Şöyle ki temsil olunan tarafından icazet verilinceye kadar üçüncü kişinin bir belirsizlik içinde kalması söz konusu olacaktır; ki bu da adalet duygusuyla bağdaşan bir statü değildir.

Türk ve İsviçre hukuklarında üçüncü kişiye böyle bir imkan tanınmamış olması, doktrinde üçüncü kişinin bu sonuca başka şekilde ulaşmasını sağlayan hukuki çareler ileri sürülmüştür. Bu çarelerden biri olarak üçüncü kişinin icazet vermesi için temsil olunana çok kısa bir süre vermesi ve dolayısıyla da çok beklememesi sunulmuştur.<sup>145</sup> Ancak temsil olunana süre verilmesinin asıl amacının onun uygun bir süre düşünmesi ve doğru karar vermesi olduğu vurgulanarak bu çare eleştirilmiştir.<sup>146</sup> Bir diğer çare olarak ise üçüncü kişinin temsil olunana herhangi bir süre vermesine gerek olmaksızın "temel hatası"na dayanarak sözleşmeyi iptal edebilmesi gösterilmiştir.<sup>147</sup> Bu çareyi sunan görüşe karşı çıkan bazı yazarlar hem temel hatasına hem de hile dayanarak üçüncü kişinin sözleşmeyi iptal etmesi olanağının bulunmadığını savunmaktadırlar.<sup>148</sup> Ancak bu görüş yetkili temsilcinin yetkisini aşarak işlem yaptığı durumları göz önüne almadan üçüncü kişinin sözleşmeyi iptal hakkının

---

143 **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 731.

144 **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 731-732. İsviçre Medeni Kanunu'na da bu yönde bir hüküm eklenmesi önerisi hakkında bkz. **Violand**, s. 114.

145 **Watter**, Art. 38, N. 8, 10.

146 **Kutlu Sungurbey**, s. 94.

147 **Kutlu Sungurbey**, s. 94; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 732; Hermann **Becker**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Obligationenrecht, I. Abteilung, 2. Auflage, Bern 1941; II. Abteilung, Bern 1934, Art. 38, N. 3.

148 **Watter**, Art. 38, N. 4; **Zäch/Künzle**, Art. 38, N. 34; **Von Thur**, s. 402. Detaylı bilgi için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 732-733.

bulunmadığını ileri sürmesi bakımından eleştirilmiş ve durum hiç temsil yetkisi olmayan temsilci ve yetkisini aşan yetkili temsilci bakımından ayrıca değerlendirilmiştir.<sup>149</sup>

## 6. İcazet Verilmesinin Sonuçları

### a. Genel Olarak

Temsil olunanın icazet vermesiyle birlikte söz konusu işlem TBK m. 46 uyarınca geçerli hale gelmekle birlikte, işlemin hangi andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğuracağı açıkça düzenlenmiş değildir. Yetkisini aşarak işlem yapan temsilcinin yapmış olduğu işleme icazet verilmesiyle birlikte bu işlem artık geriye etkili sonuç doğurarak kesin olarak geçerli hale geleceği doktrinde kabul edilmektedir.<sup>150</sup> İcazetin verilmesiyle geçerli hale gelen sözleşmenin aslında icazet veren tarafından sanki baştan itibaren geçerli olarak verilmiş bir yetkiye dayalı olarak kurulduğunun kabul edildiği ileri sürülmektedir.<sup>151</sup> Ancak *Zäch/Künzler* verilen icazetin mutlaka geçmişe etkili sonuç doğurmak zorunda olmadığını, burada tarafların iradesine öncelik verilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.<sup>152</sup> Dolayısıyla yazarlara göre icazet verilen işlemin geçmiş etkili olarak geçerli hale gelmesi yasal bir zorunluluk değildir, bu durum tamamen tarafların aralarındaki örtülü anlaşmadan kaynaklanmaktadır. Doktrinde ağırlıklı olarak baştan verilen temsil yetkisi ile sonradan verilen icazetin aynı nitelikte olduğu kabul edilmekte; hatta icazetin doğurduğu sonuçların baştan verilen yetkiden daha ağır olduğu ileri sürülmektedir.<sup>153</sup>

İcazetin geçmişe etkili olarak sonuç doğurmasının üçüncü kişi açısından bir yararı vardır ki bu yarar temsil olunanın onun aleyhine spekülasyon yapma ihtimalinin ortadan kalkmasıdır.<sup>154</sup> Şöyle ki temsil olunanın kendi istediği andan itibaren sözleşmeye geçerlilik kazandırmasına ve değişen şartları değerlendirerek kendisi için en elverişli

149 Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 733.

150 Kutlu Sungurbey, s. 73 vd.; İnceoğlu, s. 419; Zäch/Künzler, Art. 38, N. 73; Violand, s. 137; Von Thur, s. 401; Esener (Yetkisiz Temsil), s. 129; Watter, Art. 38, N. 8.; Oğuzman/Öz, s. 252; Akyol (Temsil), s. 507; Eren, s. 526; Kılıçoğlu, s. 329; Erdoğan, s. 111; Antalya, s. 646; Akıncı, s. 227; Akçaal, s. 151; Karasu, s. 346; Aydoğdu/Nart, s. 164; Aybay, s. 85; Tiftik/Şen, s. 2653; Bulut, s. 161.

151 Bu yöndeki görüş ve detaylı bilgi için bkz. Kutlu Sungurbey, s. 73 ve 74.

152 Zäch/Künzler, Art. 38, N. 73.; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 745.

153 Kutlu Sungurbey, s. 73; Violand, s. 117; İnceoğlu, s. 420.

154 Karasu, s. 346; İnceoğlu, s. 420; Zäch/Künzler, Art. 38, N. 73.

zamana göre karar vermesinin önüne geçilmektedir.<sup>155</sup> İcazetin geriye etkili olmasının önem taşıdığı bir durum ise hasarın geçişi, sürelerin tayini, faizin hesaplanması gibi konularda kendini gösterir.<sup>156</sup> İcazet verilmesinin tasarruf işlemlerine olan etkisi bakımından doktrinde kabul edilen sonuç, icazetin geriye etkili olmasının üçüncü kişilerin kazanmış olduğu haklara hâle getirmeyeceğidir.<sup>157</sup>

İcazet verilmesinin sonuçlarını değerlendirmek gerektiğinde karşımıza çıkan önemli bir diğer durum ise, temsil olunan ile temsilci arasındaki ilişkinin bu icazetten nasıl etkileneceği meselesidir. Temsilci ile temsil olunan arasındaki iç ilişkinin dış ilişkiden soyut yani bağımsız olduğunu söylemek mümkündür; bunun bir sonucu olarak da temsilci ile temsil olunan arasında bir sözleşme ilişkisinin (hizmet veya vekalet) bulunduğu durumlarda, temsil olunanın, yetkisini aşarak işlem yapan temsilciye dış ilişki bakımından verdiği icazete rağmen, temsilci tarafından sözleşmenin iç ilişkide ihlaline dayanarak tazminat istemesi söz konusu olabilmektedir.<sup>158</sup> Normal şartlarda dış ilişki için yani üçüncü kişiler bakımından sonuç doğuracak şekilde verilen icazetin, iç ilişki bakımından da geçerli olduğu karine olarak kabul edilmektedir.<sup>159</sup> Ancak bu husus kesin bir kural olmayıp özellikle kendini yetki sınırını aşarak işlem yapan temsilcinin yarattığı hukuki durumda gösterir. Bu bakımdan temsilci ile temsil olunan arasındaki iç ilişki bakımından verilen icazetin etkisinin tespit edilmesi önemlidir. Yetki sınırı aşan temsilciye aştığı kısım için temsil olunan tarafından verilen icazete rağmen, temsil olunanın bu işlem dolayısıyla uğradığı zararın tazmin edilmesi mümkün olabilecektir.

### **b. Yetkisiz Temsilcinin Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluğu**

İcazet verilmesinin en önemli sonuçlarından biri yetkisiz temsilcinin üçüncü kişiye karşı tazminat yükümlülüğünü ortadan kaldırmasıdır.<sup>160</sup> Bazı yazarlar her ne kadar icazet verilmiş olsa da üçüncü kişinin bu gecikme dolayısıyla uğradığı zararın tazmin edilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler.<sup>161</sup> Burada talep edilecek tazminat TBK m. 47'de yer alan tazminatı ifade etmemektedir; nitekim temsil olunan tarafından icazet

---

155 **İnceoğlu**, s. 420; **Karasu**, s. 346.

156 **Esener** (Yetkisiz Temsil), s. 130; **Violand**, s. 137; **İnceoğlu**, s. 420; **Karasu**, s. 346.

157 Bu hususta detaylı bilgi için bkz. **İnceoğlu**, s. 423 vd..

158 **Violand**, s. 139-140; **İnceoğlu**, s. 431.

159 **İnceoğlu**, s. 431.

160 **Gümüş**, s. 415; **İnceoğlu**, s. 428; **Karasu**, s. 347.

161 **Zäch/Künzler**, Art. 38, N. 77.

verilmesiyle sözleşme geçerli hale gelmiştir. Ancak sözleşme geçerli hale gelene kadar üçüncü kişi yaşanan gecikme dolayısıyla telafisi olmayan bazı zararlara uğramış olabilecektir, bunun da göz ardı edilmemesi gerekmektedir. *Kocayusufpaşaoğlu* bu zarara örnek olarak satılan malını henüz icazet verilmediği dolayısıyla da işlem geçerli hale gelmediği için alıcıya teslim edemeyen üçüncü kişinin bu yüzden malını depoda tutmak ve depo kira bedeli ödemek zorunda kalması verilmektedir.<sup>162</sup> Bu bakımdan üçüncü kişinin gecikme dolayısıyla uğradığı zararın *culpa in contrahendo* esasına göre tazmin edilmesi gerekmektedir.<sup>163</sup> Doktrinde üçüncü kişinin bu yönde uğradığı zararların temsil olunanın davranışlarından kaynaklandığını, dolayısıyla da yetkisiz temsilci tarafından tazmin edilme yükümlülüğü bulunmadığını ileri süren yazarlar da bulunmaktadır.<sup>164</sup> Kanımızca üçüncü kişinin icazetin verilmesinin gecikmesinden dolayı uğramış olduğu zarar, temsil olunanın davranışlarından ya da onun özensiz tutumlarından kaynaklanmamaktadır. Kaldı ki temsil olunanın verdiği yetkiyi aşarak işlem yapan temsilcinin yapmış olduğu işleme icazet verme zorunluluğu da bulunmamaktadır. Ayrıca burada uğranılan zarar dolayısıyla ortaya çıkan sorumluluk bir kusur sorumluluğudur. Bizce de temsilcinin kusurunun bulunduğu durumlarda üçüncü kişi yaşanan gecikme nedeniyle uğramış olduğu zararın tazminini talep edebilecektir. Üçüncü kişinin gecikme tazminatını talep edebilmesini ortadan kaldıran bir husus vardır ki o da temsilci sıfatıyla hareket eden kişinin yapılan işlem açısından yetkisiz olduğunu bildiği durumlardır.<sup>165</sup> Bu bakımdan üçüncü kişinin iyiniyetli olması gerekmektedir. Dolayısıyla giriştiği işlemler ve ilişki bakımından kendisinden beklenen özeni göstermeyen kişinin iyiniyetinden söz edilemez.

---

162 *Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı*, s. 746.

163 *Oğuzman/Öz*, s. 254.

164 *Ergüne*, s. 203.

165 *Kocayusufpaşaoğlu* bu hususta bir ayrıma gitmekte, üçüncü kişinin temsilci olarak hareket eden kişinin yetkisiz olduğunu bilmediği ancak bilmesi gerektiği durumlarda tazminat istenebileceğini ifade etmektedir. Ona göre böyle bir halde, “birlikte (müterafik) kusur” söz konusudur. Bu hususta bkz. *Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı*, s. 746. Kanımızca böyle bir ayrıma gitmek ispatı zorlaştıracaktır; bu sebeple üçüncü kişinin gerek bildiği gerekse bilmek zorunda olduğu yetkisizlik halleri bakımından tazminat sorumluluğunun bulunmadığını söylemek yerinde olacaktır. Aynı yönde bkz. *İnceoğlu*, s. 429.

## C. İcazet Verilmemesiyle Ortaya Çıkan Sonuçlar

### 1. Genel Olarak

Yetki sınırını aşarak üçüncü kişiyle işlem yapana temsil olunanın aşarak yapmış olduğu kısma temsil olunan tarafından icazet verilmez ise, aşan kısım için bu işlem geçmişe etkili olarak geçersiz hale gelir.<sup>166</sup> TBK m. 46/II'de bu husus “...diğer taraf bu işlemle bağlı olmaktan kurtulur.” şeklinde ifade edilmektedir. Dolayısıyla icazet verilmediğinde her iki taraf da sözleşme ile bağlı olmaktan kurtulmaktadır. Burada önemli olan husus temsilcinin yetkisinin içinde kalan işlemin akıbetinin ne olacağıdır. Temsilci, temsil olunan tarafından kendisine verilen yetki sınırını aşmış ve aştığı ölçüdeki işlem icazet verilmemesi dolayısıyla geçersiz olmuş; sınırlar çerçevesinde hareket ettiği kadarıyla da geçerli bir hukuki işlem yapmıştır. Ancak burada gözetilmesi ve uygulanması gereken TBK'nın 27. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.” hükmüdür. O halde aşan kısım olmaksızın yapılan hukuki işlemin geçersiz olması yetki sınırı içinde yapılan işlemi anlamlı kılmayacaksa tüm işlemin geçmişe etkili olarak geçersiz olduğunun kabulü gerekir.<sup>167</sup>

### 2. Üçüncü Kişinin Tazminat Talebinde Bulunması

Temsil olunanın yapılan işleme icazet vermemesinin sonucunda üçüncü kişinin tazminat talep etme hakkı doğmaktadır. Üçüncü kişinin tazminat talebini yönelteceği ilk kimse elbette yetkisini aşarak işlem yapan temsilcidir. TBK m. 47/I uyarınca, “Temsil olunanın açık veya örtülü olarak hukuki işlemi onamaması hâlinde, bu işlemin geçersiz olmasından doğan zararın giderilmesi, yetkisiz temsilciden istenebilir. Ancak, yetkisiz temsilci, işlemin yapıldığı sırada karşı tarafın, kendisinin yetkisiz olduğunu bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse, kendisinden zararın giderilmesi istenemez.” Bu hüküm uyarınca, iyiniyetli üçüncü kişi, yetkisiz temsilciden (kusurlu olsun veya olmasın), işleme

166 Zäch/Künzler, Art. 39, N.14; Violand, s. 143-144; İnceoğlu, s. 434; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 302; Eren, s. 513- 514; Gümüş, s. 415.

167 Mustafa Tiftik/Elif Şen, “Yetkisi Temsilde Culpa In Contrahendo Sorumluluğu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, İstanbul 2016, s. 2649 <https://dergipark.org.tr/pub/maruhad/issue/36500/359632> (Erişim Tarihi: 20.03.2024); Akyol (Temsil), s. 452-453.

icazet verilmemesi dolayısıyla uğramış olduğu menfi zararın tazminini isteme hakkına sahiptir.<sup>168</sup> Kural bu olmakla birlikte temsilcinin kusurunun bulunduğu ve hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda üçüncü kişinin müspet zararını da talep edebileceği kabul edilmektedir.<sup>169</sup> Belirtmek gerekir ki yetkisiz temsilci kusurunun bulunmadığını ispat ederse, müspet zararı tazmin etme yükümlülüğünden kurtulacaktır.

TMK m. 47/I'de düzenlenen tazminat sorumluluğunun temelinde “kusur” bir şart aranmadığı için yetkisiz temsilcinin menfi zararı tazmin etme bakımından sorumluluğunun bir kusursuz sorumluluk olduğu kabul edilmektedir.<sup>170</sup> Doktrinde hakim olan görüş uyarınca bu sorumluluk *culpa in contrahendo* sorumluluğudur; şöyle ki yetkisini aşan temsilci üçüncü kişi ile arasında sözleşme görüşmelerini başlatarak, üçüncü kişide aralarında bir sözleşme kurulacağı yönünde güven yaratmıştır.<sup>171</sup> *Gümüş* ise, “*culpa*” yani kusurun sorumluluğunun doğması bakımından bir kurucu unsur olmaması nedeniyle sözleşmesel sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir.<sup>172</sup> Kanımızca bu durumda yetkisini aşarak üçüncü kişiyle işlem yapan temsilcinin menfi zararı tazmin etme yükümlülüğü sözleşme sorumluluğunun dayandığı aydınlatma ve özen yükümlülüklerinin ihlaline dayanmaktadır.

Üçüncü kişi eğer temsilcinin yetkisiz olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyor ise temsilciden gerek menfi gerekse müspet zararının giderilmesini isteyemez.<sup>173</sup> Burada temsilcinin kusurlu olmasının ya da olmamasının TBK m. 47/I uyarınca bir önemi bulunmamaktadır. Bu hükmün temelinde yetkisiz temsilcinin üçüncü kişiyle yetki sınırı aşılarak işlem yapması halinde üçüncü kişinin temsil olunan tarafından bu işleme icazet verilmemesi halini kabullenip, göze aldığı düşüncesi bulunmaktadır.<sup>174</sup> Yetkisini aşarak işlem yapan kusurlu yetkisiz

---

168 Serap **Helvacı**/Bülent **Karasu**, “Yetkisiz Temsilcinin Hukuki Sorumluluğu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 24, S. 1, 2018, 202; **Ayrancı** (Culpa in Contrahendo), s. 488; **Yelmen**, s. 436.

169 Halit **Ergün**, “Türk Borçlar Hukukunda Yetkisiz Temsil Halleri ve Sonuçları”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1, 2016, s. 282; **Gümüş**, s. 415; **Eren**, s. 515; **Kutlu Sungurbey**, s. 177; **Esener** (Yetkisiz Temsil), s. 283 vd..

170 **Gümüş**, s. 415; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 736; **Eren**, s. 515-516; **Oğuzman/Öz**, s. 253; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner**, s. 305.

171 **Eren**, s. 515; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 736-737.

172 Bkz. **Gümüş**, s. 415-416.

173 **Eren**, s. 515; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 742; **Zäch/Künzler**, Art. 39, N. 20; **Kutlu Sungurbey**, s. 181.

174 **Kutlu Sungurbey**, s. 181.

temsilcinin yetkisizliği bilen veya bilebilecek durumda olan üçüncü kişiye karşı tazminat sorumluluğunu ortadan kaldıran bu hükmün karşısında doktrinde bazı görüşler ileri sürülerek üçüncü kişinin bir şekilde zararının giderilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bir görüşe göre<sup>175</sup>, yetki eksikliğini bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi kusurlu yetkisiz temsilciden iki istisnai durumda zararının giderilmesini talep edebilecektir. Bu istisnalardan ilki, kökeni Roma hukukuna dayanan zarar verenin kastı karşısında zarar görenin ihmâli göz önünde tutulmaz ilkesinin<sup>176</sup> gereği olarak kusurlu hareket eden yetkisiz temsilcinin bu yetki aşımını, yetki eksikliğini üçüncü kişinin bildiğini veya bilmesi gerektiğini ileri sürerek, yani kendi ihmaline dayanarak sorumluluğu bertaraf etmeye çalışmasıdır. İkinci istisna ise temsilci, yetki aşımını dolayısıyla yetki eksikliğini bilen üçüncü kişide özel bir güven oluşturmuşsa ortaya çıkan zararı *culpa in contrahendo* ilkesi kapsamında karşılamalıdır.<sup>177</sup> Bu husus temel olarak aslında Alman Medeni Kanunu'nun 179. paragrafının üçüncü fıkrasında düzenlenmekte ve üçüncü kişide özel güven uyandıran yetkisiz temsilcinin *culpa in contrahendo* çerçevesinde sorumlu olacağı ifade edilmektedir.<sup>178</sup> Diğer görüşe<sup>179</sup> göre, yetki eksikliğini bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi ahlaka aykırı davranış nedeniyle zarara uğradığını ileri sürerek kusurlu yetkisiz temsilciden zararının giderilmesini talep edebilecektir.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin kabul ettiği ve İsviçre doktrininde de son dönemde benimsenen görüş<sup>180</sup> uyarınca, TBK m. 47/I c. 2 hükmü sadece kusursuz temsilci bakımından tazminat sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla kusurlu temsilciye karşı üçüncü kişi zararının tazmini için başvurabilmektedir. Türk hukukunda *Kocayusufoğlu*, üçüncü kişinin yetkisizliği hafif ihmali dolayısıyla fark edemediği; yetkisini aşan yetkisiz temsilcinin kusurunun ise kast ya da ağır ihmâl düzeyinde olduğu durumlarda temsilcinin zararı tazmin etmekle yükümlü

---

175 **Kutlu Sungurbey**, s. 182-183.

176 Bu ilke, zimmetine para geçiren bir veznedarın, meydana gelen zararın, zararın görenin denetimi gereği gibi yapmamasından kaynaklandığını savunamaz şekilde bir örnekle açıklanmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. **Kutlu Sungurbey**, s. 182.

177 **Kutlu Sungurbey**, s. 183.

178 Münchener Kommentar zum BGB, BGB § 179 Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht, 9. Auflage 2021, [https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FMuekoBGB\\_9\\_Band1%2FBGB%2Font%2FMuekoBGB%2EBGB%2Ep179%2Egll%2Ehtm](https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FMuekoBGB_9_Band1%2FBGB%2Font%2FMuekoBGB%2EBGB%2Ep179%2Egll%2Ehtm) (Erişim Tarihi: 18.03.2024).

179 **Zäch/Künzler**, Art. 39, N. 20.

180 BGE 116.II.689 (Kocayusufoğlu, 743, n 72'den naklen); **Watter**, Art. 39, N. 4.



olduğunu ileri sürmektedir.<sup>181</sup> Bizim de katıldığımız ve doktrinde egemen olan görüş<sup>182</sup> uyarınca, yetkisiz temsilci ister kusurlu ister kusursuz olsun, üçüncü kişinin yetki eksikliğini bildiğinin veya bilmesi gerektiğinin kanıtlanması halinde sorumluluktan kurtulması söz konusu olmaktadır. Başka bir ifadeyle, üçüncü kişinin bildiği veya bilmesi gerektiği yetki eksikliğini düzenleyen kuralın temsilcinin kusursuz sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 47/I'de yer alıyor olması, bu hükmün kıyasen TBK m. 47/II için uygulanmayacağı sonucunu doğurmamaktadır. Şöyle ki üçüncü kişi eğer temsilcinin yetkisizliğinden haberdar ise, temsilci ister kusurlu ister kusursuz olsun, temsil olunan tarafından bu işleme icazet verilmeyeceğini kabul etmiş sayılacağından, artık yetkisiz temsilciye özel bir güven duyduğu esastan hareket edilemeyecek ve uğradığı zararlara da katlanması gerekecektir.<sup>183</sup>

Üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bilmesi veya bilmesinin gerekmesi, tazminat sorumluluğunu tümüyle ortadan kaldıran bir sebep olarak kabul edilmemektedir. Kaldı ki TBK m. 47/II uyarınca temsilcinin olumsuz zararı aşan zararlardan sorumlu olabilmesi için hakkaniyetin bunu gerektirmesi ve temsilcinin kusurlu olması aranmaktadır.<sup>184</sup> Bunun yanında tazminat miktarının belirlenmesinde hem üçüncü kişinin hem de yetkisiz temsilcinin kusur derecesi önemlidir.<sup>185</sup> Ayrıca yetkisiz temsilci üçüncü kişide özel bir güven yaratmışsa, *culpa in contrahendo* ilkesi çerçevesinde sorumluluğu gündeme gelecektir.<sup>186</sup>

## SONUÇ

Hayatın olağan akışı içerisinde kişiler arasında pek çok hukuki işlem yapılmaktadır. Bu işlemle iki kişi arasında gerçekleşebileceği gibi, birden fazla kişi arasında da gerçekleşebilecektir. Bu işlemleri kişiler bizzat da yapabilirler veya “temsilci” aracılığıyla yapabilirler. O halde mutlaka tüm hukuki işlemlerin, o işlemin tarafı olan kimseler arasında yapılması zorunluluğu “temsil” kurumu sayesinde ortadan kalkmaktadır.

181 Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 744-745.

182 Violand, s. 186; Kutlu Sungurbey, s. 181; Von Thur, s. 403-404; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 205.

183 Kutlu Sungurbey, s. 181; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 742; İnceoğlu, s. 457; Akyol (Temsil), s. 542.

184 Yelmen, s. 437; Ayrancı, s. 491; Helvacı/Karasu, s. 203; Kutlu Sungurbey, s. 177.

185 Zäch/Künzler, Art. 39, N. 62; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 745; İnceoğlu, s. 481.

186 Zäch/Künzler, Art. 32, N. 154; İnceoğlu, s. 482.

Temsil ilişkisi üçlü bir borç ilişkisi olarak karşımıza çıkar: Temsil olunan, temsilci ve üçüncü kişi. Temsil, başkası ad ve hesabına temsilci sıfatını haiz kişinin üçüncü kişilerle hukuki işlem yapabilme yetkisine sahip olmasıdır. Bu temsil yetkisinin kullanımını sonucunda ise, yapılan ya da yapılacak olan hukuki işlemin tüm sonuçları, adına ve hesabına hareket edilen temsil olunan üzerinde doğacaktır. Bu tanım aslında bize “doğrudan temsil”in tanımını vermektedir. Doktrinde de temsil için yapılan tanımlar bizi doğrudan doğruya temsile götürmektedir. O halde, esas olan doğrudan temsildir.

Doğrudan temsilin varlığı belli şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Bu şartların yokluğunda karşımıza dolaylı temsil çıkar. Doğrudan temsilden bahsedebilmemiz için iki önemli şartın gerçekleşmiş olması gerekir. Bunlar: Temsilcinin temsil olunan adına hareket ediyor olması ve temsilcinin başkası adına hareket ettiğini üçüncü kişilere açıklamasıdır. Temsilcinin temsil yetkisine sahip olmadığı durumlarda yetkisiz temsil hükümleri uygulanır. Temsilcinin temsil olunan adına hareket ettiğini üçüncü kişilere bildirmesine “açıklama ilkesi” denilmektedir. Ancak bazı durumlarda açıklama ilkesine de istisna getirilmiştir. Bunlar ise ilgili için açık işlem ve ilgili için örtülü işlemidir.

Doğrudan temsil yetkisinin verilmesi hususu ise iç temsil yetkisinin verilmesi ve dış temsil yetkisinin verilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. İç temsil yetkisi, temsil olunan ile temsilci arasındaki temel ilişkiye dayanan bir yetki iken; dış temsil yetkisi, temsilcinin temsil yetkisinin üçüncü kişilere bildirmesi ile gerçekleşen bir temsil yetkisidir. İç temsil yetkisinin dış temsil yetkisinden bağımsız yani soyut olduğu kabul edilmektedir.

Doğrudan temsilde temsilcinin temsil olunan tarafından kendisine verilen yetkiyi aşarak üçüncü kişi ile hukuki işlem yapması halinde yetkisiz temsil söz konusu olmaktadır. Yetkisiz temsil, bir kişinin kanundan veya hukuki işleminden doğan herhangi bir temsil yetkisi bulunmadığı durumlarda başka bir kişi adına üçüncü bir kimse ile hukuki işlem gerçekleştirmesini ifade eder. Yetkisiz temsil halinde, kendi adına işlem yapılan kişi yani temsil olunan yetki olmaksızın yapılan bu işleme icazet vermek zorunda değildir. İcazet verirse işlem en baştan itibaren geçerli olmakta ve kendisini bağlamaktadır. İcazet vermez ise, icazet verilinceye kadar askıda olan işlem en baştan itibaren geçersiz olmaktadır. Temsil olunanın icazet vermesinin ya da vermemesinin doğurduğu önemli sonuçlar bulunmaktadır. Öncelikle temsil olunan yetkisini aşarak işlem yapan yetkisiz temsilcinin yaptığı işleme icazet verirse, işlem baştan

itibaren geçerli olur, aynı zamanda icazet verilinceye kadar geçen sürede eğer üçüncü kişinin herhangi bir zararı doğmuşsa, bu zararın da yetkisiz temsilci tarafından karşılanması gerekir. Bu süreçte üçüncü kişinin uğradığı zararın ve talep edeceği tazminatın niteliği bakımından doktrinde tartışma olsa da, kanaatimizce bu bir gecikme tazminatı olup, TBK m. 47’de yer alan tazminatla aynı anlama gelmemektedir. Temsil olunan eğer işleme icazet vermez ise işlem en baştan itibaren geçersiz olacak ve üçüncü kişinin zararının tazmini gerekecektir. Burada yetkisiz temsilcinin TBK m. 47/I uyarınca kusursuz sorumluluğu ve 47/II uyarınca kusur sorumluluğu devreye girmektedir. Üçüncü kişi temsil olunan tarafından icazet verilmemesi dolayısıyla uğramış olduğu menfi zararını kusursuz da olsa yetkisiz temsilciden talep edebilmektedir. Üçüncü kişinin müspet zararını talep edebilmesi ise ancak TBK m. 47/II uyarınca yetkisiz temsilcinin kusurunun bulunduğu durumlarda söz konusu olabilmektedir. Ancak yetkisiz temsilcinin sadece kusurunun bulunması yetmemekte aynı zamanda hakkaniyetin de böyle bir tazminata hükmedilmesini haklı göstermesi gerekmektedir.

**KAYNAKÇA**

**Akbıyık**, Cem, “Temsil Yetkisi ve Temel İlişki”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Orhan Münir Çağıl’a Armağan Sayısı, C. IV, S. 4, 1997, s. 217-232.

**Akçaal**, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.

**Akıncı**, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, Sayram Yayınları, Konya 2022.

**Akıntürk**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, 22. Bası, İstanbul 2009.

**Akyol**, Şener, Türk Medeni Hukukunda Temsil, İstanbul 2009 (Temsil).

**Akyol**, Şener, “Temsil Yetkisinin Yorumu”, Ali Naim İnan’a Armağan, Editörler, Mehmet Ünal/Veysel Başpınar/Hasan Seçkin Ozanoğlu/Süleyman Yılmaz, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 109 (Yorum).

**Akyol**, Şener, “Birlikte Temsil”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 95-104 (Birlikte Temsil).

**Akünel**, Teoman, Türk İsviçre Borçlar Kanununda İlgili İçin İşlem Teorisi, İstanbul 1975.

**Ayan**, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Ankara 2016.

**Antalya**, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. V/1-1, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2019.

**Aybay**, Mehmet Erdem, İsviçre-Türk Borçlar Hukukunda Yetkisiz Temsil ve Hukuki Sonuçları, Filiz Kitapevi, İstanbul 2022.

**Aydoğdu**, Murat/Nart, Serdar, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınları, Ankara 2022.

**Ayrancı**, Mehtap, “Yetkisiz Temsilcinin Culpa In Contrahendo Sorumluluğu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 48, Y. 12, 2021, s. 473-508.

**Ayrancı**, Mehtap, Yetkisiz Temsil ve Temsil Yetkisinin Kötüye Kullanılması, Doktora Tezi, Kırıkkale Üniversitesi SBE, 2022 (Yetkisiz Temsil).

**Baygın**, Cem/Nar, Ahmet, Medeni Hukuk Dersleri I, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.

**Becker**, Hermann, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Obligationenrecht, I. Abteilung, 2. Auflage, Bern 1941; II. Abteilung, Bern 1934.

**Bucher**, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1988.

**Bulut**, Meltem, Yetkisiz Temsil, Doktora Tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi SBE, 2023.

**Buz**, Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.

**Demir**, Bahadır, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Doğrudan Temsil Müessesesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1, 2015, s. 249-278.

**Doğan**, Murat/**Şahan**, Gökhan/**Atamulu**, İsmail, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara 2021.

**Erdoğan**, İhsan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gazi Kitabevi, Ankara 2019.

**Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Legem Yayınevi, Ankara 2023.

**Ergün**, Halit, “Türk Borçlar Hukukunda Yetkisiz Temsil Halleri ve Sonuçları”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1, 2016, s. 271- 289.

**Ergüne**, Mehmet Serkan, Olumsuz Zarar, İstanbul 2008.

**Esener**, Turhan, Mukayeseli Hukuk ve Hususiyetiyle Türk/İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salahiyete Müstenit Temsil, Ankara 1961 (Temsil).

**Esener**, Turhan, “Kime Ait Olacaksa Onun Namına Yapılan Mukaveleler”, Ahmet Esat Arsebük’ün Aziz Hatırasına Armağan, Ankara 1958, s. 619-637 (Kime Ait Olacaksa).

**Esener**, Turhan, Yetkisiz Temsil, II inci Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, (10-18 Mayıs 1961), Ankara 1962, s. 113-136 (Yetkisiz Temsil).

**Feyzioğlu**, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I. Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul 1976.

**Flume**, Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II, Das Rechtsgeschäft, 3. Auflage, Berlin/Heidelberg/New York 1979.

**Furrer**, Andreas/**Müller-Chen**, Markus/**Çetiner**, Bilgehan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2022.

**Gümüş**, Mustafa Alper, Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Ankara 2021.

**Hatemi**, Hüseyin/**Gökyayla**, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Bası, İstanbul 2017.

**Helvacı**, Serap/**Karasu**, Bülent, “Yetkisiz Temsilcinin Hukuki Sorumluluğu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 24, S. 1, 2018, s. 197-214.

**İnceoğlu**, M. Murat, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil C. I, İstanbul 2009.

**Karahasan**, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Notlandırılmış Yasa Maddeleri ve Yargıtay Kararları, C. I, İstanbul 2004.

**Karasu**, Bülent, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Doğrudan ve Dolaylı Temsil, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

**Kılıçoğlu**, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2020.

**Kocayusufpaşaoğlu**, Necip/**Hatemi**, Hüseyin/ **Serozan**, Rona/ **Arpacı**, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4 üncü Bası'dan 7 inci Tıpkı Bası, İstanbul 2017.

**Kutlu Sungurbey**, Ayfer, Yetkisiz Temsil, Özellikle Culpa in Contrehendo ve Olumsuz Zarar, İstanbul 1988.

**Larenz**, Karl/**Wolf**, Manfred, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, München 2004.

**Medicus**, Dieter, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Auflage, Heidelberg 2006.

**Oğuzman**, Kemal/**Öz**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt -1, Güncellenip Genişletilmiş 20. Bası, İstanbul 2022.

**Olgaç**, Senai, Emsal İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu, Ankara 1976.

**Oruç Ömeroğlu**, Handan, Yetkisiz Temsil, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2018.

**Reisoğlu**, Safa, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Yirmi Beşinci Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2014.

**Tandoğan**, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1984.

**Tekinay**, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Altop**, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1993.

**Tercier**, Pierre/**Pichonnaz**, Pascal/**Develioğlu**, H. Murat, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2020.

**Tiftik**, Mustafa/**Şen**, Elif, "Yetkisi Temsilde Culpa In Contrahendo Sorumluluğu", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, İstanbul 2016, s. 2643-2664, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/36500/359632> (Erişim Tarihi: 20.03.2024).

**Tunçomağ**, Kenan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, Sermet Matbaası, İstanbul 1968.

**Tüzüner**, Özlem, "Hukuki İşlem", Medeni Hukuk I Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, (Ed: Metin İkizler, Özlem Tüzüner), Adalet Yayınevi, Ankara 2021.

**Violand**, Georges, Die Stellvertretung ohne Ermächtigung (OR Art. 38 und 39), Bern- Stuttgart 1988.

**Von Thur**, Andreas, Borçlar Hukuku, Cilt I-II, (Çev.: Cevdet Edege), Ankara 1983.

**Watter**, Rolf, Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Herausgeber: Honsell/Vogt/Wiegand), 4. Auflage, Basel 2007.

**Yavuz**, Cevdet, Türk, İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul 1983.

**Yelmen**, Adem, “Yetkisiz Temsil”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 3, 2015, s. 429-448.

**Zäch**, Roger, Berner Kommentar, Band VI, Obligationenrecht, 1. Abteilung, 2. Teilband, 2. Unterteilband, Stellvertretung (Art. 32-40), Bern 1990.







## Mirasbırakanın Anonim ve Limited Ortaklıklardaki Payını Muvazaalı Olarak Devri

### Collusive Transfer of the Legator's Share in the Joint Stock and Limited Partnerships

  Dr. Öğr. Gör. İbrahim Akan ÖZDEMİR\*

 10.60002/ebyuhfd.1476275

#### ÖZ

Mirasbırakanın anonim ve limited ortaklıklarda pay sahibi olduğu hallerde ortaklık paylarını da muvazaalı olarak devretmesi durumuyla ülkemizde gündem güne daha çok karşılaşılmaktadır. Bu halde miras haklarının çiğnendiği iddiasında olan mirasçılar, miras haklarının korunması bakımından birtakım imkanlara sahiptirler. Söz konusu olanaklardan -yasal veya saklı paylı- mirasçılardan hangileri tarafından ve -devredilen payların tenkisi veya devir işleminin hükümsüzlüğünün tespiti gibi- korunma yollarından hangisine dair prosedürün işletilerek kullanılacağı, ortaklık pay senedinin türüne ve devir şekline göre değişkenlik göstermektedir. Mirasbırakanın muvazaalı olarak ortaklık paylarını

\* Gaziantep Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

**Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article**

**Geliş/Received:** 30.04.2024 | **Kabul/Accepted:** 15.06.2024.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

**Atf/Cite as:** İbrahim Akan Özdemir, "Mirasbırakanın Anonim ve Limited Ortaklıklardaki Payını Muvazaalı Olarak Devri", EBYÜ-HFD, C. 28, S. 1, Haziran 2024, s. (309-350).



Bu makale **Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

devrettiği haller ile ortaklık paylarının türleri ve devir şekilleri arasındaki dikkate değer ilişki, konu üzerinde değerlendirme yapılma ihtiyacını gündeme getirmektedir. Bu gereklilikten hareketle çalışmamızda anonim ve limited ortaklıklarda pay devir usulleri açısından şekle bağlılık unsuru ile muvazaalı işlem arasındaki bağlantı ortaya konulmuştur. Bahse konu bağlantı özellikle pay tenkis talebi veya pay devrinin hükümsüzlüğünün ileri sürülmesi bakımından önem taşımaktadır. Konuya dair yapılan teorik değerlendirmeler yanında Yargıtay kararlarından faydalanılarak mirasçıların başvuracakları hukuki yollara dair uygulamaya yönelik muhtemel çözüm imkanlarının irdelenmesine gayret edilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Anonim Ortaklık, Limited Ortaklık, Pay Devri, Mirasbırakan, Muvazaalı İşlem.

### ABSTRACT

In our country, in cases where the legator has shares in joint stock and limited partnerships, the situation of collusionally transferring the partnership shares is increasingly encountered day by day. In this case, heirs who claim that their inheritance rights have been violated have certain opportunities to protect their rights. Which of these opportunities will be used by the heirs and which protection method will be used by them varies depending on the type of partnership share certificate and the method of transfer. The remarkable relationship between the cases where the legator fraudulently transfers the partnership shares and the types and transfer methods of the partnership shares brings up the need for evaluation on the subject. Based on this requirement, in our study, the connection between the formality element and collusive transactions in terms of share transfer procedures in joint stock and limited partnerships is revealed. This connection is especially important in terms of a request for reduction or claiming the invalidity of the share transfer.. In addition to theoretical evaluations on the subject, an effort has been made to examine possible practical solutions regarding the legal remedies to be applied by the heirs by making use of the Supreme Court decisions.

**Keywords:** Joint Stock Company, Limited Partnership, Share Transfer, Deceased, Collusion Transaction.

### GİRİŞ

Mirasbırakanın mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla muvazaalı olarak yaptığı devirlerin konusu uygulamada daha ziyade taşınmaz devirleri açısından gündeme gelmektedir. Muris muvazaası kavramı açısından gerek doktrin ve gerekse uygulamaya yaklaşık elli yıldır rehberlik eden bir karar olarak 01.04.1974 tarih ve 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kurulu (İBK) kararı öne çıkmaktadır. Yargıtay tarafından söz konusu İBK'nin taşınmazlarla ilgili ve kendi alanı ile sınırlı bir ilam olduğu gerekçesiyle -karar ile adeta özdeşleşmiş- muris muvazaası

kavramına dair hükümlerin taşınır devirlerinde uygulanamayacağı ileri sürülmektedir. Son dönemde ise özellikle ticari alanda yaygın şekilde yer almakta olan anonim ve limited ortaklıklarda, pay devirleri açısından muvazaalı devir iddiaları da gündeme gelmeye başlamıştır.

Anonim veya limited ortaklık payının mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla muvazaalı işlem ile devredilmesi halinde Yargıtay, ortaklık paylarının taşınır mal olduğunu kabul etmekte ve böylelikle 01.04.1974 tarih ve 1/2 sayılı İBK'ye göre muris muvazaasına dayalı olarak pay devrinin hükümsüzlüğü iddiasının ileri sürülemeyeceğini ifade etmektedir. Bu yaklaşımın kabulü halinde yalnızca saklı paylı mirasçılar, ileri sürecekleri tenkis talebi ile yasal miras haklarına nispeten daha az miktardaki saklı paylarını elde imkanına kavuşabileceklerdir.

Yargıtay tarafından mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla yapılan pay devirlerinde -saklı paylı olsun olmasın- tüm mirasçıların muris muvazaası yerine genel muvazaa hükümlerine dayanabilecekleri kabul edilmektedir. Yargıtay'ın bu yaklaşımı, her somut olayda mirasbırakan tarafından yapılan devir işleminin 01.04.1974 tarih ve 1/2 sayılı İBK'deki unsurları taşıması halinde "*muris muvazaası*"; devir açısından TBK md. 19 hükümlerinde belirlenen hususların varlığı halinde ise "*genel muvazaa*" olarak nitelendirmesine dayanmaktadır. Doktrine bakıldığında ise mirasçılardan mal kaçırma gayesinin muris muvazaasını, genel muvazaadan ayıran temel ölçüt olduğu ifade edilmektedir.

Anonim ve limited ortaklıklardaki pay türleri ve bu türlere bağlı olarak tercih edilmesi gereken pay devir yöntemine ilişkin ihtimaller, mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla devredilmiş olan pay devrinin hükümsüzlüğünün tespitine veya sağlararası kazandırmanın tasarruf nisabını aşan kısmının tenkisine dair dava imkanından hangisinin tercih edileceği açısından belirleyici bir kriter oluşturmaktadır. Bu dava imkanlarından hangisinin kullanılabilmesi sorusunun yanıtı ayrıca, bu yasal korunmadan yasal mirasçı veya saklı paylı mirasçılardan hangilerinin faydalanabileceğinin tespitine de götürecektir. Pay devrinin şekli ile mirasçıların miras haklarının korunmasına dair imkan arasındaki söz konusu bağlantı, çalışma konusunun tercih edilmesinde de temel motivasyonu oluşturmaktadır. Mirasbırakanın ortaklık pay devrini yaparken, mirasçılardan mal kaçırma gayesinin bulunup bulunmadığına ilişkin miras hukuku alanına dahil unsurların tespiti ise çalışmamızın çerçevesi dışında bırakılmıştır.

## I. ORTAKLIK PAYI KAVRAMI VE DEVREDİLMESİ

### A. Anonim Ortaklıklar Bakımından

#### 1. Ortaklık Payı ve Pay Senedi

Anonim ortaklıklarda ortaklık payı kavramı, “*ortaklık esas veya çıkarılmış sermayesinin belirli sayıda birim değere bölünmüş bir parçası*” olarak tanımlanmakta olan ve devir kabiliyetini kolaylaştırmak üzere pay senedine de bağlanabilen, kendisinden doğan hak ve yükümlülüklerin kaynağı olarak pay sahipliği haklarının bağlı olduğu mevki ifade etmektedir<sup>1</sup>. Anonim ortaklıklarda pay, ortaklığın kurulması veya sermayesinin artırılması halinde, bu durumların tescilinin doğal ve zorunlu bir neticesi olarak kendiliğinden oluşmaktadır<sup>2</sup>.

Pay oluştuktan sonra artık nama veya hamiline olarak yazılı bir senede bağlanabilmektedir. Bununla birlikte, bedelleri tamamen ödenmemiş paylar açısından hamiline yazılı pay senetleri çıkarılması mümkün olamamaktadır (TTK md. 484). Payın senede bağlanmaması halinde bu durumu ifade etmek üzere -kanunda böyle bir ibareye yer verilmemiştir. Senede bağlanmamış pay için doktrin ve uygulamada “*çıplak pay*” tabirinin kullanıldığı görülmektedir<sup>3</sup>.

- 
- 1 Ernst **Hırş**, Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Bası, Hak Kitabevi, İstanbul 1948, s. 274-275; Fritz **von Steiger**, İsviçre’de Anonim Şirketler Hukuku, (Çev. Tahir Çağa), İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, İstanbul 1968, s. 10; Halil **Arslanlı**, Anonim Şirketler I, Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960, s. 143 vd.; Reha **Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu**, Ortaklıklar Hukuku I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 545 vd.; İsmail **Kırca/Feyzan Hayal Şehirali Çelik/Çağlar Manavgat**, Anonim Şirketler Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, C. I, Ankara 2013, s. 97; Hasan **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku Şerhi, C. III, 4. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 1770 vd.; Şükrü **Yıldız**, Anonim Ortaklıkta Yeni Pay Alma Hakkı, Beta Yayıncılık, İstanbul 1996, s. 46; Abuzer **Kendigelen**, Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, Beta Yayıncılık, İstanbul 1994, s. 6 vd.; Mehmet **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, 13. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 111; Mehmet **Bahtiyar**, Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımı, Beta Yayıncılık, İstanbul 1996, s. 9 dph. 18; Ali Murat **Sevi**, Anonim Ortaklıkta Payın Devri, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 27 vd.; Nihat **Taşdelen**, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipliği Sifatının Kazanılması, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, s. 6 vd.
  - 2 **Yıldız**, s. 46,47; **Sevi**, s. 153; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, Ortaklıklar I, prg. 764.
  - 3 **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, Ortaklıklar I, s. 547 prg. 764; “*Ancak, şirket payları henüz senede bağlanmadığı gibi, bunlara ilişkin ilmühaber dahi çıkartılmıyıp, çıplak pay durumundadır.*” Yarg. 11. HD., E. 765, K. 1011, 13.02.2001. (Gönen **Eriş**, Ticari İşletme ve Şirketler, C. 3, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, s.

## 2. Payın Devri

Anonim ortaklıklar açısından hamiline yazılı pay senedinin devri - gerek şirket gerekse ve üçüncü kişiler hakkında- zilyetliğin geçirilmesiyle hüküm ifade eder<sup>4</sup> (TTK md. 489). Nama yazılı pay senedinin devri ise, - yasada veya ortaklık esas sözleşmesinde aksi öngörülmüş olmadıkça- herhangi bir sınırlama söz konusu olmaksızın yapılabilir. Bu ihtimalde payın devri “*ciro edilmiş nama yazılı pay senedinin zilyetliğinin devralana geçirilmesiyle*” mümkün olur (TTK md. 490)<sup>5</sup>. Anonim ortaklıklar açısından çıplak payın devri hususu ise Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenmemiştir. İsviçre - Türk hukukunda, senede bağlanmamış olan çıplak payların, “*alacağın temliki*” hükümlerine göre devredileceği kabul edilmektedir<sup>6</sup>.

---

3185). Pay sahibi haklarını senetsiz olarak da kullanabilecek olup, payın senede bağlanması, açıklayıcı nitelikte ve daha ziyade payın tedavül kabiliyetini artırıcı bir fonksiyon taşımaktadır. Ömer **Teoman**, Bağlı Nama Yazılı Pay (Senedi) ve Halka Açık Anonim Ortaklık Kavramları Üstüne Düşünceler, Otuz Yıl Ticaret Hukuku Tüm Makalelerim, C. I, 1971-1982, Beta Yayıncılık, İstanbul 2000, s. 48; **Sevi**, s. 42; Necdet **Uzel**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununa Göre Anonim Ortaklıklarda Esas Sözleşmesel Bağlam, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 25 dpn. 7. Senede bağlanmamış çıplak payların hukuken nama yazılı olarak kabul edileceği hususunda bkz. Ömer **Teoman**, Hisse Senetlerinin Devri, Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I, Hukuki Mütalaalar, Kitap 8, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 1999, s. 91.

- 4 “*Hisse devir sözleşmesi 22.09.2003 tarihinde düzenlenmiş olup, gerek o tarihlere yürürlükte olan 6762 Sayılı TTK'nın 415. maddesi, gerekse 6102 Sayılı TTK'nın 489. maddesi uyarınca, hamiline yazılı pay senetlerinin devri, şirket ve üçüncü kişiler hakkında, ancak zilyetliğin geçirilmesiyle (teslim ile) hüküm ifade eder.*” Yarg. 11. HD., E. 2019/5401, K. 2021/5514, 15.9.2021, (Yargıtay). Hamiline yazılı pay senedinin devri, bizzat ve doğrudan senedin zilyetliğinin geçirilmesi yoluyla yapılabilmesi yanında, temsilci aracılığı ile iktisap, havale, hükmen teslim ya da kısa elden teslim yoluyla da yapılabilecektir. Beyza Nur **Aydın**, Anonim ve Limited Şirketlerde Pay Kavramı ve Pay Devri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi SBE, 2022, s. 51.
- 5 Cironun buradaki fonksiyonu, ortaklık payını devreden pay sahibinin devir konusundaki iradesinin yazıya dökülmesi, yani senet üzerinde yer alan devir açıklaması olarak ifade edilebilir. Fatih **Bilgili**/Ertan **Demirkapı**, Şirketler Hukuku Dersleri, 7. Bası, Dora Yayıncılık, Bursa 2020, s. 365; **Aydın**, Pay Devri, s. 58. Ciro ile alacağın temliki/devri kavramları arasındaki farklar hususunda bkz. Ahmet M. **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2021, §82 prg. 5267 vd.
- 6 **von Steiger**, s. 182,183; Wolfhart **Bürgi**, Die Aktiengesellschaft, (OR Art. 660-697), 5. Teil, Schulthess&CO AG, Zürich 1957, s. 267, N. 35; Arthur **Meier-Hayoz**/Peter **Forstmoser**, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Auflage, Stämpfli Verlag AG,

Alacağın temliki, alacaklının bir borç ilişkisinden doğan alacağının, devreden taraf ile devralan arasında yapılacak bir tasarruf işlemi niteliğindeki sözleşme neticesinde, borçlunun rızasına gerek olmaksızın devreden malvarlığından devralanın malvarlığına aktarılması olarak nitelenebilir<sup>7</sup>. Alacağın temlikine dair sözleşmenin “yazılı şekilde” yapılması, TBK md. 184 hükmünde açıkça ifade edildiği üzere geçerlilik

---

Bern 2012, §16 N. 319; Hayri **Domanıç**, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi-II, Temel Yayınları, İstanbul 1988, s. 1325; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, I, prg. 767a; **Taşdelen**, s. 115; **Arslanlı**, s. 149, 150; **Pulaşlı**, s. 1900; Oruç Hami **Şener**, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 615; **Bilgili/Demirkapı**, s. 364; Ahmet **Türk**, Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 19; M. Halil **Çonkar**, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipliği Sifatının İspatlanması, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 48-49; Sercan **Uçar**, Anonim Şirket Paylarının Devrinde Önalım ve Öncelik Hakları, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 229-230; M. Kemal **Oğuzman/M. Turgut Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 563 prg. 1661. “*Dava, senede bağlanmamış çıplak payın Ticaret Siciline tesciline ilişkindir. TTK bünyesinde senede bağlanmamış çıplak payın devri konusunda her hangi bir hükme rastlanmamaktadır. Ancak Anonim Ortaklıklar Hukukunda payın pay senedine bağlanması esasen zorunlu olmadığından ötürü, senede bağlanmamış payın da, pay senedi veya ilmuhabere bağlanmış pay gibi her türlü işleme konu edilebileceği kabul edilir. Zira, senedin yokluğu ortaklık haklarının doğumunu engelleyici nitelikte değildir. Çıplak payın konu edileceği en önemli işlemlerden biri devirdir. Çıplak payın devri genel hükümler doğrultusunda yapılır.*” Yarg. 11. HD., E. 2015/4392, K. 2015/11374, 12/11/2014, (Yargıtay). Payları borsada işlem görmekte olan ortaklıklar açısından zorunlu olan kaydı sistemde de, pay sahibi haklarının devri hususunda da TBK md. 183 vd. hükümleri uygulanacak ve paylar “yazılı şekilde düzenlenmiş” bir alacağın temliki sözleşmesi ile devredilecektir. **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 324; **Sevi**, s. 294-295; Harun **Kılıç**, Anonim Ortaklık Paylarının Devrinde Şekil Şartı, Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ’ye Armağan, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 1083; **Aydın**, Pay Devri, s. 64. Bununla birlikte devreden pay sahibinin söz konusu pay nedeniyle ortaklığa borcu bulunması halinde alacağın temliki ile birlikte ortaklığın iştiraki - onayı - ile devralan tarafından ayrıca “*borcun üstlenilmesi*” de gerekmektedir. **von Steiger**, s. 182; **Arslanlı**, s. 149,150; **Pulaşlı**, s. 1900; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, I, prg. 767c; **Bilgili/Demirkapı**, s. 364; **Taşdelen**, s. 117; **Aydın**, Pay Devri, s. 73.

7 **Oğuzman/Öz**, Borçlar II, s. 565 prg. 1665 vd.; Selâhattin Sulhi **Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1988, s. 317,318; Hâluk N. **Nomer**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 491,492 prg. 242; Mustafa Alper **Gümüş**, “Alacağın Temliki Sözleşmesinin Şekli”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, Temmuz 2011, s. 9; Pierre **Tercier/Pascal Pichonnaz/H. Murat Develioğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 517 prg. 1668 vd.; **Kılıçoğlu**, §82 prg. 5146. Alacağın temliki sözleşmesi neticesinde devralan, devredene ait olan alacak hakkını ve tasarruf yetkisini elde etmektedir. Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 1386 prg. 3827.

koşuludur<sup>8</sup>. Yazılı şekil, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun olan hukuki sonuç iradelerini yazılı olarak içeren metin ile imza unsurlarının birleşmesi ile oluşmaktadır<sup>9</sup>.

TBK md. 12/2 hükmüne göre “*Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.*” Böylelikle anonim ortaklıklarda “*çıplak pay*”ın devri, ancak alacağın temlikine dair yazılı bir sözleşmenin yapılması halinde geçerli olabilir<sup>10</sup>. Şekle aykırılığın hukuki müeyyidesi ise hükümsüzlük -butlan- olarak nitelenecektir<sup>11</sup>. Şekle aykırılık, menfaati olan herkesçe ileri sürebileceği gibi bu durum hakim tarafından re’sen de

8 Alacağın temlikine dair sözleşmenin “*adi yazılı*” şekilde yapılması yeterli olacaktır. **Eren**, s. 1396 prg. 3860; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 321; **Nomer**, s. 492 prg. 242.2; **Gümüş**, s. 9 vd.; **Kılıçoğlu**, §82 prg. 5192.

9 Andreas **von Tuhr**, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, (Çev. Cevat Edege), C. I-II, Yargıtay Yayınları, Ankara 1983, s. 234; Necip **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, §26 prg. 1 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 148 vd.; M. Kemal **Oğuzman/ M. Turgut Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 142 prg. 449 vd.; **Eren**, s. 316 vd. prg. 869 vd.; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 211 prg. 683; **Nomer**, s. 113 prg. 73; Şahin **Akıncı**, Borçlar Hukuku Bilgisi, Sayram Yayınları, Konya 2012, s. 78.

10 Bu hususta ayrıca emsal karar niteliği taşıyan Yarg. 11. HD., 13.02.2001 tarih ve 765/1011 sayılı kararda: “*Ancak, şirket payları henüz senede bağlanmadığı gibi, bunlara ilişkin ilmühaber dahi çıkartılmış olmayıp, çıplak pay durumundadır. Senede bağlanmamış payların devri ise, BK'nın 163 ve devamı maddelerinde yer alan alacağın temlik hükümlerine tabidir. Alacağın temlik, temlik tasarrufi bir işlem olduğu için, temlik ile çıplak pay devralana geçer. Bunun için alacağın temlikinde öngörüldüğü gibi, yazılı şekil şarttır.*” ifadeleri yer almaktadır (Karar metni için bkz. **Eriş**, s. 3185). Ayrıca bkz. Yarg. 11. HD., E. 2007/8112, K. 2007/10405, 09.07.2007, (Karar metni için bkz. **Soner Altaş**, Pay Defteri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 85.)

11 TBK md. 12 hükmünde de açıkça dile getirildiği üzere, kanunda sözleşme için öngörülmesi olan şekil, hukuki muamele açısından kural olarak geçerlilik unsurudur. Böylece kurucu unsurların var olduğu ve fakat öngörülen şekle uyulmadan yapılan hukuki işlem artık yokluk değil, butlan yani kesin hükümsüzlük olarak nitelenir. İhsan **Erdoğan**, Hukuki Muamelelerde Şekle Aykırılığın Sonuçları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 1997, s. 117-118. Sözleşmenin kanunda belirlenen şekilde yapılmaması halinde sözleşme baştan itibaren hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacaktır. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, §29 prg. 2,6; **Oğuzman/Öz**, Borçlar I, s. 154 prg. 479; **Eren**, s. 335 prg. 927; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 524 prg. 1693; **Akıncı**, s. 85; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 134.



dikkate alınır<sup>12</sup>. Geçersiz bir sözleşmenin tarafların icazeti ile geçerli hale gelmesi ise mümkün bulunmamaktadır<sup>13</sup>. Tıpkı pay senedinin zilyetliğinin devri veya cirosunda olduğu gibi alacağın temlik işleminde de “geçerlilik koşulu” olarak, devrin “muvazaalı olmaması”, irade beyanlarında yanılma, aldatma veya korkutma sebebiyle bir bozukluğun bulunmaması ve bir bedel karşılığı yapılan devirlerde aşırı yararlanmanın söz konusu olmaması gerekir<sup>14</sup>.

## B. Limited Ortaklıklar Bakımından

Limited ortaklıklarda pay, ortaklık esas sermayesinin toplamını oluşturmak üzere, ayrılmış bölümler olarak nitelenmektedir (TTK md. 537). Böylece esas sermaye payı, bir ortağın taahhüt edebileceği en küçük payı karşılarken<sup>15</sup>, bu payların itibari değerlerinin toplamı da ortaklık sermayesini oluşturmaktadır<sup>16</sup>. Tıpkı anonim ortaklıklarda olduğu gibi burada da ortağın sahibi olduğu sermaye payı, ortaklık ilişkisi açısından hak ve yükümlülüklerinin de dayanağı olarak somutlaşmaktadır<sup>17</sup>. Ancak limited ortaklıklarda ortaklar -anonim ortaklıklardaki TTK md. 486/3 hükmünden farklı olarak- haklarının senede bağlanmasına ilişkin bir talepte bulunamamaktadır. TTK md. 593/2 hükmüne göre limited ortaklıklarda esas sermaye payı, “ispat aracı niteliğinde” veya “nama yazılı pay senedi” şeklinde iki türde senede bağlanabilir.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (eTTK) döneminde limited ortaklıklarda esas sermaye payı bir bütün olarak ispat aracı vasfındaki senetlere bağlanabilmekteydi. Bu nedenle payın hukuki işlemlere konu olması da ancak “bir bütün olarak” mümkündü (eTTK md. 518). Buna karşın TTK md. 593/2 hükmü gereğince artık ortağın “esas sermaye

---

12 Oğuzman/Öz, Borçlar I, s. 154 prg. 479; Kılıçoğlu, 2021, §16 prg. 1102; Akıncı, s. 85; Kocayusufoğlu, Borçlar, §29 prg. 2,6; Eren, s. 335,336 prg. 928,931; O. Gökhan Antalya/İpek Sağlam, Marmara Hukuk Yorumu, Miras Hukuku, C. III, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 314, prg. 1258.

13 von Tuhr, s. 232-233; Oğuzman/Öz, Borçlar I, s. 154 prg. 479; Eren, s. 335 prg. 927; Kılıçoğlu, §16 prg. 1102; Akıncı, s. 85.

14 Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 522 prg. 1688; Oğuzman/Öz, Borçlar II, s. 571 prg. 1690.

15 Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku II, İstanbul 2017, prg. 1643.

16 TTK md. 583/4 hükmüne göre esas sermaye paylarının itibari değerle veya itibari değer üzerinde bir belle çıkarılması mümkündür.

17 Şener, s. 688,689.



*payının bir kısmını*” -örneğin devir gibi- hukuki işlemlere konu edebilme imkanı bulunmaktadır<sup>18</sup>.

Limited ortaklık payının *“ispat aracı niteliğinde”* veya *“nama yazılı”* olmasının payın devri açısından kural olarak herhangi bir fonksiyonu bulunmamaktadır. Yasaya göre *“pay devri ve devir borcunu doğuran işlemlerin”*, tarafların imzalarının noterce onandığı yazılı şekilde yapılma koşulu öngörülmektedir (TTK md. 595/1). Ayrıca limited ortaklıklarda sermaye payının devri -ortaklık sözleşmesinde aksi öngörülmemişse- ortaklar genel kurulunun onayı ile geçerli olabilir (TTK md. 595/2). Ancak esas sözleşmede öngörülmek suretiyle sermaye payının devri hususunda yasada öngörülen genel kurul onayı koşulu kaldırılabilir. Onayın kaldırıldığı ve sermaye payının senede bağlanmış olduğu hallerde, temlik beyanı ile senedin zilyetliğinin geçirilmesi, pay devrinin gerçekleşebilmesi açısından yeterli olur<sup>19</sup>.

## II. ORTAKLIK PAYININ MİRASBIRAKAN TARAFINDAN MUVAZAALI OLARAK DEVRİ

### A. Genel Olarak

Miras hukuku, gerçek kişinin ölümü neticesinde, bu kişiye ait özel hukuk ilişkilerinin hukuki akıbetini düzenlemeyi amaçlayan hukuk dalıdır<sup>20</sup>. Ölümü nedeniyle geriye kalan malvarlığı yani *“tereke”*sinin<sup>21</sup> akıbeti üzerinde düzenlemeler yapılan bu gerçek kişi,

18 **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, Ortaklıklar II, prg. 1643.

19 *Çamoğlu*'na göre devir kaydı ve imzaların TTK md. 595/1 hükmü doğrultusunda noter tarafından onaylanmasına dair işlemin bu ihtimalde senetler üzerinde de gerçekleştirilebileceği ifade edilmektedir. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, Ortaklıklar II, prg. 1665c.

20 Necip **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras Hukuku, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987, s. 3; Hüseyin **Hatemi**, Miras Hukuku, 6. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 1 vd.; Rona **Serozan/Baki İlkay Engin**, Miras Hukuku, 8. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 25; **Antalya/Sağlam**, s. 46 prg. 17,18; Ali Naim **İnan/Şeref Ertaş/Hakan Albaş**, İnan Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku, 12. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 49 prg. 14; Suat **Sarı**, Uygulamalı Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015, s. 15; Mehmet **Ayan**, Miras Hukuku, 9. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 27.

21 Gerçek kişinin ölümünden sonra mirasçılara geçen özel hukuk ilişkilerinin tamamı diğer deyişle geriye kalan malvarlığı- *“tereke”* olarak adlandırılmaktadır. **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 31; **Serozan/Engin**, s. 106 prg. 148; **Hatemi**, s. 7 prg. 12; **Antalya/Sağlam**, s. 69, prg. 76; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 66; **Sarı**, s. 17; **Ayan**, s. 27.

“*mirasbırakan/muris*” olarak nitelenir<sup>22</sup>. Mirasbırakanın malvarlığının intikal ettiği ve böylelikle onun terekesinde hak sahibi olan gerçek veya tüzel kişi ise “*mirasçı*” olarak adlandırılmaktadır<sup>23</sup>.

Mirasçılar “*irâdi/atanmış mirasçı*” ve “*yasal mirasçı*” olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır<sup>24</sup>. Yasal mirasçılar, mirasbırakanın kan hısımları, evlatlık ve altsoyu, sağ kalan eşi ve devlettir<sup>25</sup>. Bunun yanında mirasbırakanın yasal mirasçıları arasından, yakın mirasçısı vasfındaki birtakım kişilere, mirasbırakanın iradesiyle dahi ortadan kaldırılamayacak nitelikte -özel bir korunma imkanı olarak- miras hakkı tanınmıştır<sup>26</sup>. Bu kişiler yasada “*saklı paylı*” mirasçı olarak ifade edilmekle birlikte, söz konusu vasıf yalnızca altsoy, ana ve baba ve sağ kalan eşe ait olabilir (TMK md. 506)<sup>27</sup>. Mirasbırakan kendi malvarlığından, bu kişilerin kanunen sahip oldukları saklı payları haricinde kalan kısım açısından, dilediği şekilde tasarrufta bulunma imkanına sahiptir<sup>28</sup>. Bu bölüm ise yasada “*tasarruf edilebilir kısım*” olarak adlandırılmaktadır (TMK md. 505). Ancak mirasbırakanın bu tasarruf edilebilir kısmı aşmak üzere bazen mirasçıların bir kısmından, -bazen de tamamından- mal kaçırmak maksadıyla muvazaalı tasarruflarda bulunmayı tercih ettiği görülmektedir.

- 
- 22 Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 30; Serozan/Engin, s. 100 prg. 138; Sarı, s. 16; İnan/Ertas/Albaş, s. 66,67 prg. 70; Antalya/Sağlam, s. 75, prg. 93; Ayan, s. 33.
  - 23 İnan/Ertas/Albaş, s. 67 prg. 71; Serozan/Engin, s. 101 prg. 139; Ayan, s. 33; Sarı, s. 19; Antalya/Sağlam, s. 76, prg. 101.
  - 24 Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 38; İnan/Ertas/Albaş, s. 67,68 prg. 74,75; Antalya/Sağlam, s. 107; Serozan/Engin, s. 105 prg. 147; Sarı, s. 19.
  - 25 Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 57; Serozan/Engin, s. 105 prg. 147; Sarı, s. 28; İnan/Ertas/Albaş, s. 80; Antalya/Sağlam, s. 108,109; Ayan, s. 49.
  - 26 Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 356; Hatemi, s. 46 prg. 1; Serozan/Engin, s. 180 prg. 3; İnan/Ertas/Albaş, s. 329 prg. 998; Antalya/Sağlam, s. 321, prg. 1286; Ayan, s. 173; Ali İhsan Özügür, Açıklamalı-İçtihatlı Tenkis Muvazaa Mirasta İade Davaları, Adil Yayıncılık, Ankara 1999, s. 25,26.
  - 27 10.05.2007 tarihli ve 26518 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmış olan 5650 sayılı Kanun md. 2 gereğince yapılmış olan değişiklik neticesinde TMK md. 506/f.1-b.3 düzenlemesinde yer almakta olan kardeşlerin saklı paylı mirasçı olduklarına dair hüküm yasadan çıkarılmıştır.
  - 28 Serozan/Engin, s. 181 prg. 5; İnan/Ertas/Albaş, s. 330 prg. 1004; Ayan, s. 173; Antalya/Sağlam, s. 327, prg. 1326.

## B. Muvazaa Kavramı

Muvazaa terimi danışıklılık kavramını ifade etmek üzere kullanılmaktadır<sup>29</sup>. Hukuk literatüründe ise söz konusu kavram, bir hukuki muamelenin taraflarının, üçüncü kişileri aldatma gayesiyle, bilerek ve isteyerek kendi gerçek iradelerine uymayan bir görünüş oluşturmak üzere beyanda bulunmaları şeklinde nitelendirilmektedir<sup>30</sup>.

Muvazaa kavramı doktrin ve uygulamada basit/mutlak ve nitelikli/nisbî olmak üzere ikili bir ayırıma tabi tutulmaktadır: Basit/mutlak muvazaada, görünüşte oluşturulan hukuki işlemin arkasında gizlenmeye çalışılan bir başka işlem mevcut değilken; nitelikli/nisbî muvazaada görünürdeki işlem ile gizlenmeye çalışılan bir başka hukuki işlem söz konusu olmaktadır<sup>31</sup>. Mirasçılardan mal kaçırmak üzere ortaklık paylarını bağışlamayı amaçlarken satış görüntüsü ile devretmiş olan mirasbırakanın bu yöndeki eylemi, nitelikli muvazaa olarak nitelendirilmektedir<sup>32</sup>. Doktrin ve yargı kararlarında nitelikli muvazaanın varlığından söz edebilmek için gerekli olan unsurlar; görünüşte var

29 <https://sozluk.gov.tr> (E.T. 07.04.2024); **Nomer**, s. 100-102 prg.69-69.4; Aydın **Tekdoğan**, Muris Muvazaası Nedeniyle Açılan Tapu İptal ve Tescil Davaları, 7. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 23.

30 Turhan **Esener**, Türk Hususî Hukukunda Muvazaalı Muameleler, Fakülteler Matbaası, Ankara 1956, s. 7; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, §35 prg. 1; **Oğuzman/Öz**, Borçlar I, s. 127,128 prg. 411; Yaşar **Karayalçın**, Mirasbırakanın Muvazaası mı? Tasarruf Özgürlüğü ve Saklı Payın Korunması mı? Bir Tartışma, Turhan Kitabevi, Ankara 2000, s. 49; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 549,550; **Eren**, s. 406 prg. 1091,1092; **Nomer**, s. 100 prg. 69; M. Kemal **Oğuzman/Özer Selici/Saibe Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, 16. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018, s. 215 prg. 887; Fikret **Eren/Ünsal Dönmez**, Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C. I, m.1-48, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 627 prg. 64; **Kılıçoğlu**, §17 prg. 1261; Süleyman **Yılmaz/Hamdi Pınar**, İnançlı İşlemlerin Muvazaalı İşlemlerle Karşılaştırılması Üzerine Bir Değerlendirme, AÜHFD, C. 68, S. 4, 2019, s. 974; Nihat **Yavuz**, Muvazaa İnançlı İşlem Nam-ı Müstear ve Kanuna Karşı Hile Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 49, 50; Hasan **Kaya/Ayşenur Kaya**, Muris Muvazaası Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 15; Emine **Halman Çetin**, Tasarrufun İptali Muvazaa İnançlı İşlem ve Nam-ı Müstear, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 191. Ayrıca bkz. Yarg. 1. HD., E. 1992/8043, K. 1992/10713, 25.09.1992, (Yargıtay).

31 **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 182 prg. 586,588; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, §35 prg. 3; **Oğuzman/Öz**, Borçlar I, s. 129 prg. 412; **Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir**, s. 215 prg. 888; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 551,552; **Eren**, s. 410 prg. 1102; **Kılıçoğlu**, §17 prg. 1276,1277; **Akıncı**, s. 90,91.

32 **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, §35 prg. 10; **Oğuzman/Selici/Oktay-Özdemir**, s. 216 prg. 891; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 552; **Oğuzman/Öz**, Borçlar I, s. 129 prg. 413; **Eren**, s. 410 prg. 1102; **Akıncı**, s. 91; **Nomer**, s. 101 prg. 69.4; **Kılıçoğlu**, §17 prg. 1284.

olmasına rağmen gerçeğe uygun olmayan işlem; muvazaa konusunda anlaşmanın varlığı; üçüncü kişileri aldatma gayesi ve gizli işlem/sözleşme olarak sayılmaktadır<sup>33</sup>.

Muvazaalı bir hukuki işlem, tarafların açıkladıkları beyanları ile gerçek iradelerinin örtüşmemesi nedeniyle hükümsüzdür (TBK md. 19) ve böylelikle muvazaalı sözleşme kurulduğu andan itibaren geçersiz kabul edilir<sup>34</sup>. Muvazaalı işlemin hükümsüzlüğü, -mirasbırakanın saklı paylı olsun olmasın tüm yasal mirasçuları<sup>35</sup> yanında- bu hususta doğrudan menfaati olan üçüncü kişiler de dahil olmak üzere herkes tarafından ileri sürülebilir<sup>36</sup>. Hükümsüzlük iddiası herhangi bir zamanaşımı veya hak düşürücü süre ile sınırlı değildir<sup>37</sup>. Mahkemece görülmekte olan bir davada muvazaa işleminin tespiti halinde hakim bu durumu kendiliğinden göz önünde bulundurur<sup>38</sup>. Muvazaalı işlemin hükümsüzlüğünün tespitine

33 **Esener**, s.7; **Karayalçın**, s. 49,50; **Eren**, s. 407-409 prg. 1093-1099; Süleyman **Sapanoğlu**, Muvazaa ve İnançlı İşlem Davaları, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 31 vd.; **Eren/Dönmez**, s. 628 vd.; **Yılmaz/Pınar**, s. 975 vd.; Selin **Sert Sütçü**, Miras Bırakanın Muvazaalı Hukuki İşlemleri ve Sonuçları, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 29; **Tekdoğan**, Muvazaa, s. 28 vd.; **Özuğur**, s. 836-838; **Kaya/Kaya**, s. 16 vd.; **Halman Çetin**, s. 193 vd. Ayrıca bkz. Yarg. HGK., E. 2010/1-295, K. 2010/333, 16.06.2010, (Yargıtay).

34 **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 182 prg. 589; BGE 96 II 390 (Bger); Yarg. İBK., 07.10.1953 tarih ve 8/7 sayılı karar (RG, 28.11.1953 tarih ve 8569 sayılı); Yarg. İBK., 01.04.1974 tarih ve 1/2 sayılı karar (RG, 30.05.1974 tarih ve 14900 sayılı). Muvazaalı işlemin *kesin hükümsüz* (batıl) olacağı hususunda bkz. **von Tuhr**, s. 274; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 554; **Oğuzman/Öz**, Borçlar I, s. 130 prg. 415; **Nomer**, s. 100 prg. 69; **Kılıçoğlu**, §17 prg. 1278 vd.; **Sert Sütçü**, s. 178; Esra **Eviz**, Muris Muvazaası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 40 vd. Buna karşın muvazaalı işlemin hiç meydana gelmemiş olduğu görüşü ile bu yöndeki bir hukuki işlem hakkında *yokluk* yaptırımının söz konusu olduğu hususunda bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, §35 prg. 19; **Eren**, s. 413 prg. 1109.

35 Bkz. dpn. 12.

36 **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, §35 prg. 20; **Oğuzman/Öz**, Borçlar I, s. 130 prg. 416; **Hatemi**, s. 61 prg. 38; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 555; **Eren**, s. 414 prg. 1111; **Kılıçoğlu**, §17 prg. 1282.

37 Çünkü kanun, butlan veya yokluk ihtimalinde bir zamanaşımı süresi öngörmemektedir. **Eren**, s. 414 prg. 1110; **Akıncı**, s. 92 dpn. 64. Ayrıca bkz. Yarg. HGK., E. 1981/1-497, K. 1983/719, 22.06.1983; Yarg. 1. HD., E. 1987/9438, K. 1987/11993, 10.12.1987, (Kararlar için bkz. **Tekdoğan**, Muvazaa, s. 55). Ancak butlan ile yokluk arasındaki fark açısından hakkın kötüye kullanılması yasağının fonksiyon içerdiği durumlarda uzun bir süre sonra ileri sürülecek bir butlan iddiasının dürüstlük kuralı perspektifinde değerlendirilmesi gerekebilecektir. **Oğuzman/Öz**, Borçlar I, s. 131 dpn. 326; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 217 prg. 893. Ayrıca bkz. dpn. 105.

38 **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, §35 prg. 20; **Eren**, s. 414 prg. 1110; **Özuğur**, s. 840.

ilişkin mahkeme kararı yenilik doğurucu bir karar olmaktan ziyade açıklayıcı niteliktedir<sup>39</sup>.

Muvazaalı bir hukuki işlemde görünürde olan işlemin arkasında bir gizli işlem bulunmaktadır. Görünürdeki işlemin hükümsüzlüğü aradaki irade beyanlarının uyuşmaması nedenine dayanmaktadır. Ancak görünürdeki işlemin hükümsüzlüğü, kural olarak gizli işlemin geçerliliğini etkilemez<sup>40</sup>. Çünkü tarafların gizli işlem açısından iradeleri birbiriyile örtüşmektedir. Böylece gizli işlem -örneğin kanunun aradığı şekil şartına uyulmamış olması gibi- geçersizliğe sebep olacak bir eksikliği bünyesinde bulundurmadığı durumlarda geçerli olarak kabul edilir ve gizli işlemin muvazaa iddiasıyla hükümsüzlüğü ileri sürülemez<sup>41</sup>. Ancak gizli işlem için kanunun geçerlilik şekli öngördüğü hallerde bu şekle uyulmamış olması, TBK md. 12/2 hükmüne göre gizli işlemi hükümsüz hale getirir<sup>42</sup>. Bu ihtimalde artık satış sözleşmesi için kanunen öngörülmüş olan geçerlilik şekli, bağışlama sözleşmesi için gerekliliği öngörülmüş olan şeklin yerine geçemez<sup>43</sup>. Satış sözleşmesinde taraflar, bir

39 **Özüğür**, s. 840.

40 **Oğuzman/Öz**, Borçlar I, s. 131 prg. 418.

41 **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, §35 prg. 22; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 182 prg. 589; **Eren**, s. 419 prg. 1123; **Akıncı**, s. 92.

42 **Eren**, s. 419 prg. 1123; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 216 prg.891; **Nomer**, s. 101 prg. 69.4; Yarg. İBK., 07.10.1953 tarih, 7/8 sayılı karar; İBK 01.04.1974 tarih, 1/2 sayılı karar; BGE 87 II 28; BGE 92 II 323; BGE 104 II 99, (Bger). Gizli sözleşme şekle tabi değilse bu yönde bir sorun ortaya çıkmayacak ve tarafların iradeleri uyuşmakta olduğundan sözleşme geçerli kabul edilecektir. Bu doğrultuda bkz. Yarg. 1. HD., E. 1984/11652, K. 1984/12356, 22.11.1984; Yarg. 1. HD., E. 1987/14434, K. 1987/978, 12.02.1987, (Lexpera).

43 **Nomer**, s. 102 prg. 69.4. Ayrıca bkz. Yarg. 1. HD., E. 2013/9933, K. 2013/9763, 12.06.2013; Yarg. 1. HD., E. 2014/15593, K. 2014/18223, 24.11.2014, (Lexpera). Bu husustaki aksi görüşe göre ise, TBK md. 288 hükmü gereğince, gizli işlem olan bağışlama sözleşmesinin, resmi şekilde yapılmasının zorunlu olmadığı hallerde geçerli olarak kabul edilmesi gerekeceği ve böylelikle örneğin limited ortaklık payının devri açısından artık muvazaa nedeniyle hükümsüzlük iddiasında bulunulamayacağı ileri sürülmektedir. Ali Haydar **Yıldırım**, “Limited Ortaklık Pay Devirleri Muris Muvazaası Nedeniyle Geçersiz Kılınabilir mi?, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, BTHAE, Ankara 2021, s. 248 vd. Bu doğrultuda bkz. “*Taşınırardan elden bağışlanması şekle bağlı olmayıp; bağışlayanın bu şeyi bağışlanana teslimi ile mülkiyet geçer.(Eski BK m.237, Yeni BK m.289). Tarafların, iradelerini saklamak suretiyle yaptıkları görünürdeki sözleşme geçersiz bulunmakla birlikte, gerçekte amaçladıkları sözleşme geçerlidir. Bunun istisnası ise, gerçek sözleşmenin şekle bağlı bulunması halidir. Somut olayda, miras bırakan ile davalı arasındaki gizli sözleşme menkul mal niteliğindeki traktör ve zirai aletlerin bağışlanmasına ilişkindir. Bu gibi*

bedel karşılığında malın devredilmesine ilişkin iradelerini açıklamaktayken, bağış sözleşmesinde hukuki işlemin esas niteliğini bedelsizlik unsuru oluşturmaktadır ki; bu durumda bedeli içeren açıklama, bedelsiz olarak yapılan bağışlama için gerekli olan irade açıklamasını kapsamayacaktır<sup>44</sup>. Böylece muvazaalı bir devir işleminde, görünürdeki sözleşme, taraflarca açıklanmış olan irade beyanları örtüşmediğinden hükümsüz olmaktadır<sup>45</sup>; gizlenen sözleşmenin şekle bağlı olduğu hallerde şekil unsuru açısından belirlenen koşula uyulmamış olması sebebiyle söz konusu hukuki işlem hükümsüz olur<sup>46</sup>.

## C. Muris Muvazaası

### 1. Kavram

Mirasbırakanın mirasçıları veya alacaklılarına karşı başka bir hukuki işlem görüntüsü ortaya koymak suretiyle, sözleşmenin diğer tarafına karşı olan bağışlamaya yönelik iradesini (gizli işlem)<sup>47</sup>, satış işlemi şeklindeki (görünür işlem) bir hukuki işlemle perdeleyerek malvarlığının bir kısmını

---

*sözleşmeler şekil koşuluna bağlı olmadığından mal elden bağışlanmakla mülkiyeti bağışlanana geçer.” Yarg. 4. HD., E. 2012/13976, K. 2012/19452, 17.12.2012. Ayrıca bkz. “Tarafların belli bir sözleşme yapmak istedikleri halde gerçek sözleşmeyi saklamak üzere diğer bir sözleşme yapmaları halinde görünürdeki sözleşme hükümsüz olduğu halde gerçek sözleşme geçerlidir. Bunun istisnası gerçek sözleşmenin geçerliliğinin şekle bağlı olması halidir.” Yarg. 1. HD., E. 2013/17542, K. 2014/3526, 19.02.2014, (Yargıtay). Ancak Yargıtay tarafından bu fikrin aksi yönünde de kararlar verdiği görülmektedir. Bkz. d.pn.61’de yer alan kararlar.*

44 **Eren**, s. 419 prg. 1124.

45 “...nispi muvazaada ise taraflar gerçekten belli bir hukuki işlem yapmak isterler, ancak onu saklamak amacıyla, bir başka hukuki işlemin kurulduğu görüşünü yaratmak üzere irade açıklamasında bulunurlar...Taraflar ister yalnız bir görünüş yaratmayı, ister ikinci bir gizli işlem yapmayı arzu etmiş olsunlar, görünüşteki (zahiri) işlem tarafların gerçek iradelerine uymadığından, ilke olarak herhangi bir sonuç doğurmaz. Muvazaada görünüşteki işlemin her türlü hukuki sonuçtan yoksun olması, tarafların ortak iradelerinin bu yolda olmasından kaynaklanmaktadır.” Yarg. HGK., E. 2008/1-711, K. 2008/725, 03.12.2008, (Lexpera).

46 **Hatemi**, s. 60 prg. 33; **Özüğür**, s. 843.

47 Gizli işlemin varlığının her durumda hükümsüzlük neticesini doğurduğu söylenemez. Özellikle geçerlilik şekline tabi olmayan devirler açısından mirasbırakanın gizli işlem olarak nitelenecek bağışlamaya yönelik iradeleri mevcut olduğundan bağışlama sözleşmesi geçerli olur. Bu ihtimalde artık devir işleminin hükümsüzlüğü ileri sürülemez.

devretmesi muris muvazaası olarak nitelenmektedir<sup>48</sup>. Böylece mirasbırakanın tarafı olduğu muvazaalı hukuki işlemler, çoğu zaman TBK md. 19 hükmünde düzenlenmiş olan nisbî muvazaa olgusunun özel bir uygulaması olarak gelişerek miras hukukuna özgü bir kavram olarak zuhur etmektedir<sup>49</sup>.

Doktrinde nisbî muvazaanın unsurlarından biri olan “aldatma kastı”nın muris muvazaasında “mirasçılardan mal kaçırma gayesi” yani mirasçıları aldatma şeklinde somutlaştığı, bu hususun muris muvazaasını TBK md. 19 hükmünde düzenlenen genel muvazaadan ayıran temel kıstas olduğu ifade edilmektedir<sup>50</sup>. Ancak mirasçıları aldatmak kastı ile

- 
- 48 Murat **Topuz**, “Yargıtay Kararları Işığında Muris Muvazaasının Varlığını Gösteren Emareler”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 2-2, 2016, s. 711; **Tekdoğan**, Muvazaa, s. 123 vd.; **Serozan/Engin**, s. 200; **Antalya/Sağlam**, s. 338,339 prg. 1381; **Özüğür**, s. 865; Ahmet Cemal **Ruhi/Canan Ruhi**, Muris Muvazaası Davaları, 6. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 327; **Kaya/Kaya**, s. 25. Ayrıca bkz. İBK 01.04.1974 tarih ve 1/2 sayılı karar (Lexpera). “...bir kimsenin mirasçısını miras hakkından yoksun bırakmak amacıyla gerçekte bağışlamak istediği tapulu taşınmaz hakkında tapu sicil memuru önünde iradesini satış doğrultusunda açıklamış olduğunun gerçekleşmesi halinde saklı pay sahibi olsun ya da olmasın, miras hakkı çiğnenen tüm mirasçılar; görünürdeki satış sözleşmesinin muvazaalı olduğunu ve gizli bağış sözleşmesinin de biçim koşulundan yoksun bulunduğunu ileri sürerek dava açabilirler. Uygulamada bu dava muris muvazaası olarak adlandırılmaktadır.” Yarg. HGK., E. 2010/2-648, K. 2010/684, 22.10.2010, (Yargıtay).
- 49 **Antalya/Sağlam**, s. 309; **Sert Sütçü**, s. 67; **Özüğür**, s. 839; **Yılmaz/Pınar**, s. 980. “Bilindiği üzere; uygulamada ve öğretide “muris muvazaası” olarak tanımlanan muvazaa, niteliği itibarıyla nispi (mevsuf-vasıflı) muvazaa türüdür. Söz konusu muvazaada miras bırakan gerçekten sözleşme yapmak ve tapulu taşınmazını devretmek istemektedir. Ancak mirasçısını miras hakkından yoksun bırakmak için esas amacını gizleyerek, gerçekte bağışlamak istediği tapulu taşınmazını, tapuda yaptığı resmi sözleşmede iradesini satış veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi doğrultusunda açıklamak suretiyle devretmektedir.” Yarg. 1. HD., E. 2014/13254, K. 2016/9518, 18.10.2016; Yarg. 1. HD., E. 2014/12402, K. 2015/14618, 15.12.2015, (Yargıtay).
- 50 **Sert Sütçü**, s. 70; Öztürk **Aydın**, Muris Muvazaası, Legal Kitabevi, İstanbul 2023, s. 74 vd.; **Tekdoğan**, Muvazaa, s. 129; **Eviz**, s. 59; **Onur İnci**, Yargıtay Uygulamasında Muris Muvazaası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 73. Yargıtay tarafından verilen bir kararda da muris muvazaasının varlığının kabulü için mirasçılardan mal kaçırma gayesinin tespiti gerektiği ifade edilmektedir. Yarg. 1. HD., E. 2015/13227, K. 2015/12162, 20.10.2015, (Yargıtay). Bununla birlikte bedelsiz devrin tek başına mirasçılardan mal kaçırma gayesi olarak değerlendirilemeyeceği hususunda bkz. “Çekişme konusu taşınmazların davalılara devrinin bedelsiz olduğu kuşkusuzdur. Ne var ki, bedelsizlik muris muvazaasının varlığı için başlı başına bir neden değildir. Başka bir ifade ile mirasbırakanın mirasçılarında mal kaçırma gayesi ile temlikli



mirasbırakan tarafından yapılan sağlararası kazandırmaların konusunu özellikle taşınmaz dışındaki devirlerin oluşturduğu durumlarda da, devrin hükümsüzlüğüne dair iddia, TBK md. 19 hükmü yani genel muvazaaya dayanır<sup>51</sup>.

Muris muvazaasında gizli işlem ise daima bağışlama sözleşmesi şeklinde zuhur etmektedir<sup>52</sup>. Muris muvazaası kavramı, neredeyse elli yıldır emsal niteliğinde kabul edilegelen 01.04.1974 tarih ve 1/2 sayılı İBK hükmüyle birlikte anılmakta ve bu karara göre muris muvazaası iddiasıyla hükümsüzlük iddiası, yalnızca mirasbırakan tarafından muvazaalı olarak yapılan taşınmaz devirleri açısından ileri sürülmektedir<sup>53</sup>. Taşınmazlar haricindeki devir işlemleri açısından muvazaalı işlemlere yönelik başvurulabilecek hükümsüzlük iddialarının, TBK md. 19 hükmünde düzenlenmiş olup, unsurları doktrin ve yargı kararlarıyla belirlenmiş genel muvazaa kıstaslarına dayandırılmaktadır<sup>54</sup>.

## 2. Yargıtay Tarafından Kabul Edilen Yaklaşım

Mirasbırakanın sağlararası işlemleri neticesinde ister saklı pay sahibi olsun isterse olmasın, miras hakkından yoksun kalan mirasçılar tarafından ileri sürülen söz konusu hukuki işlemlerin hükümsüzlüğü talebine dair yargı kararlarının hemen hepsinde<sup>55</sup> 01.04.1974 tarihli Yargıtay İBK'de

---

*gerçekleştirdiği açıkça ortaya konulmalıdır. Yukarıda değinilen somut olgular, açıklanan ilkeler çerçevesinde değerlendirildiğinde devrin mal kaçırma amaçlı olmadığı, temlikin mirasçılar arasında eşitliği sağlamak amacıyla yapıldığı sonucuna varılmaktadır. Hal böyle olunca, davanın reddine karar verilmesi gerekirken yanılığılı değerlendirme ve yazılı gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmesi isabetsizdir.”* Yarg. 1. HD., E. 2018/1968, K. 2019/3725, 12.06.2019, (Yargıtay).

51 Bkz. dpn. 64, 97, 98, 103.

52 **Özğür**, s. 867; **Eviz**, s. 63; **İnci**, s. 73.

53 Bkz. dpn. 62, 64, 71.

54 Doktrin açısından bkz. dpn. 98. Yargıtay kararları için bkz. dpn. 64, 97, 98, 103.

55 Mirasbırakanın taraf olduğu sağlararası devir işleminin hükümsüzlüğü iddiası ile birlikte ayrıca mirasbırakanın tasarruf nisabını aşan kısmının tenkisine ilişkin taleplerin uygulamada terditli olarak da ileri sürüldüğü görülmektedir. “(...)İlk bakışta tenkis davası açan kişinin tasarrufun geçerli bulunduğunu zimnen benimsediği düşüncesi akla gelebilirse de, kendi yararına bir hukuki sonuç elde etmek isteyen ve kapsamları farklı hukuki sonuçlar doğurabilecek birden fazla dava açma durumunda bulunan kimse, bu davalardan birini diğerine tercihen açmaya zorlanamayacağı gibi, yasaların uygulanmasında hakların korunması doğrultusunda hareket etme gereği karşısında, bu davalardan birini açmakla, açık bir irade beyanı olmadan diğerinden feragat edildiğinin kabulü de uygun bulunmamıştır. Bu nedenlerle, miras bırakanın yaptığı temlik tasarruflardan zarar gören mirasçıların tenkis davası ile birlikte



yer alan hususlar belirleyici birer kıstas olarak kullanılmaktadır<sup>56</sup>. Yargıtay Kanunu md. 45 hükmüne göre *ıçtıhadı* birleştirme kararlarının, benzer hukuki konular hususunda “*Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini*” bağlayacağı öngörülmektedir.

Söz konusu İBK’nin muhtevasına bakıldığında mirasbırakanın mirasçılardan mal kaçırmak üzere yapmış olduğu tasarruflara ilişkin önemli birtakım tespitler yapıldığı görülmektedir<sup>57</sup>. Yargıtay tarafından bu kararda işaret edilen hususlardan biri de, gizli sözleşmenin geçersizliği ihtimalinde, bu durumun mirasbırakanın tasarruf özgürlüğüne müdahale olmayacağına dair gerekçedir<sup>58</sup>. Ayrıca kararda, genel muvazaaya ilişkin TBK md. 19 (BK md. 18) hükmünde öngörülen unsurların, mirasbırakan tarafından yapılan işlem açısından var olup olmadığına dair değerlendirilmelerde bulunmaktadır<sup>59</sup>.

---

*kademeli olarak veya tenkis davası açtıktan sonra ayrı bir dilekçe ile Borçlar Kanununun 18. Maddesine dayalı muvazaaya nedeniyle iptal-tescil davası açabileceklerinin kabulü ile ıçtıhat ayrılığının bu suretle giderilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.”* Yarg. İBK., E. 1987/4, K. 1987/5, 22.05.1987; Yarg. 1. HD., E. 2017/2606, K. 2017/3554, 15.06.2017, (Kararlar için bkz. **Özkaya**, s. 503-504, 650.)

- 56 Bkz. dpn. 62, 64, 71, 97, 103. Doktrinin de aynı bakış açısında olduğu hususunda Bkz. dpn. 65.
- 57 “*İçtıhadı Birleştirmeye konu, tapuda kayıtlı bir taşınmaz malın muvazaalı olarak satışıdır. Böyle bir durumda gizli akdin geçerli sayılabilmesi için gizli akit, biçim koşuluna (şekil şartına) bağlı ise biçim koşulunun da gerçekleşmiş olmasında zorunluluk vardır. Aksi durumda hibe sözleşmesinin varlığından söz edilemez. Çünkü Tapu Memuru önünde açıklanan irade, bir ivaz karşılığı mülkiyetin aktarılması iradesidir ki, sadece bu iradeye resmîyet verilmiştir. Satışa ilişkin resmi işlemin gizli akti de içine alacağı kabul edilemez. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi’nin kararlı ıçtıhadları ve yerli ve yabancı bilimsel hakim görüşler de bu doğrultuda yerleşmiştir.”*
- 58 “*Miras hukuku, miras bırakanın iptali mümkün ölüme bağlı tasarruflarında bile onun son arzularına değer vermemiştir. (Medeni Kanunun Md. 499 ve 500.) ölenin son arzularına saygı ilkesi ancak onun hukuka uygun tasarrufları için söz konusudur. Bu bakımdan miras hukukunda ölenin son isteklerine saygısızlık gibi bir düşünce de kabul edilemez.”*
- 59 “*Bir kimsenin; mirasçısını miras hakkından yoksun etmek amacıyla, gerçekte bağışlamak istediği tapu sicilinde kayıtlı taşınmaz malı hakkında Tapu Sicil Memuru önünde iradesini satış doğrultusunda açıklanmış olduğunun gerçekleşmiş bulunması halinde, saklı pay sahibi olsun ya da olmasın miras hakkı çığnemen tüm mirasçılarının, görünürdeki satış sözleşmesinin Borçlar Kanununun 18. maddesine dayanarak muvazaalı olduğunu ve gizli “bağış sözleşmesinin de şekil koşulundan yoksun bulunduğunu ileri sürerek dava açabileceklerine ve bu dava hakkının geçerli sözleşmeler için söz konusu olan Medeni Kanunun 507. ve 603. maddelerinin sağladığı haklara etkili olmayacağına Yargıtay İçtıhatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 1.4.1974 günlü ikinci toplantısında oyçokluğuyla karar verildi.”*

Yıllar sonra 01.04.1974 gün, 1/2 sayılı İBK'nin “adalet duygusu ve kamu vicdanını rahatsız edebilecek sonuçlar doğurduğu” gerekçesiyle değiştirilmesi talep edilerek konu Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'na götürülmüş; yapılan başvuru üzerine verilen 16.03.1990 tarih ve E. 1989/1, K. 1990/2 sayılı İBK ile “1.4.1974 gün ve 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının değiştirilmesini veya kaldırılmasını gerektirecek haklı bir nedenin bulunmadığı” sonucuna varılmıştır<sup>60</sup>. Böylece Yargıtay'ın muris muvazaasına yönelik 01.04.1974 gün ve 1/2 sayılı İBK'de kabul ettiği hususlar yaklaşık elli yıldır geçerliliğini korumaktadır.

Muris muvazaası hususunda Yargıtay yaklaşımına dair değinilmesi gereken bir diğer karar ise, 07.10.1953 tarih ve 8/7 sayılı İBK'dir. Yargıtay tarafından muris muvazaasına dair verilen kararların -başta 01.04.1974 tarihli İBK olmak üzere- birçoğunda 07.10.1953 tarih ve 8/7 sayılı İBK'ye atıf yapıldığı görülmektedir. Karara baktığımızda ise muris muvazaası açısından gizlenen bağış sözleşmesinin satış yerine geçemeyeceği ve muvazaalı devirde gizli işlem olan bağışlamanın yasanın koşul olarak öngördüğü şekil unsuruna aykırı olması sebebiyle hükümsüz olacağı ifade edilmektedir<sup>61</sup>.

---

60 Kararda, söz konusu değişiklik talebinin red gerekçesi olarak şu ifadeler yer verilmektedir: “Bu karar toplumun özel koşul ve gereksinimleri dikkate alınarak çıkarılmıştır. Şöyle ki, özellikle küçük kırsal bölgelerde kız çocuklarını mirastan mahrum etmek amacıyla muris erkek çocuğu ile anlaşarak gerçekte bağışlamak istediği malvarlığını, kötü niyetle satış göstermek suretiyle devir işlemini gerçekleştirmektedir. Bunun yanında eşin ölümü veya boşanma sebebiyle yeniden evlenen erkek, önceki eşinden olma çocuklarını sonraki eşin etkisiyle mirastan mahrum etmek amacıyla sonraki çocuklara gerçekte bağışlamak istediği malvarlığını satış göstermek suretiyle onlara intikal ettirmektedir. İşte 1/4/1974 gün ve 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı esas itibariyle muvazaalı tasarruflar karşısında gerek kız çocuklarını erkek çocuklarla eşit miras hakkına kavuşturmak, ve gerekse murisin çocukları arasında eşitliği sağlamak amacıyla çıkarılmış olup, bu düzenlemenin toplumun ihtiyaçlarına cevap verdiği ve hukuk önünde eşitliği sağladığı tartışma götürmeyecek kadar açıktır. Bu çözüm tarzının değiştirilmesini haklı kılacak hiçbir neden görülmemiştir.” (RG,17.05.1990 gün ve 20521 sayılı).

61 “Borçlar Kanununun 18 inci maddesinde derpiş edilmiş bulunan muvazaa hali ancak âkıdalar arasında tehaddüs edebilir. Bu da zahiri beyanlarının hakiki maksatlarına uymadığı bildirildiği halde âkıdaların kasdettikleri vaziyetten başka bir hukuki münasebette ittifak etmiş gibi kendilerini göstermiş olmaları halidir. Madeni Kanunun 634 üncü maddesi mülkiyeti nakledecek akıtların resmi şekilde yapılmasını âmirdir. Bununla hakiki iradelerinin tam olarak telahuk ettiğini âkıdaların salahiyetli memur huzurunda beyan eylemeleri kasdolunmuştur. Memur huzurunda bey'akdi hakkında iradelerinin telahuk ettiğini âkıdalar beyan eyleseler ve fakat hakiki

#### D. Taşınmaz Mallar Dışındaki Devirler Açısından Muvazaa

01.04.1974 tarih ve 1/2 sayılı İBK’de yer almakta olan “İçtihadı Birleştirmeye konu, tapuda kayıtlı bir taşınmaz malın muvazaalı olarak satışıdır.” ifadesi bu kararın yalnızca taşınmazlar açısından hüküm doğuracağına dair bir sınırlamayı gündeme getirmektedir<sup>62</sup>. Yargıtay tarafından verilen bazı kararlarda ortaklık paylarının “taşınır” mal niteliğinde olduğu ifade edilerek, böylece taşınmaz devrine özgü verilmiş

*kasıtlarının akit yaparken hibe olduğu sabit olsa bey'akdi batıl olur amma yerine hibe akdi kaim olamaz. Çünkü memur huzurunda hibe hakkında tarafların iradeleri telahuk eylememiştir. Bu halde tapu kaydı hali aslisine irca olunmakla iktifa olunur.”* Ancak Yargıtay’ın bu yaklaşımının, özellikle önalım davaları açısından, payın bağışlanmasına dair işlemlerin muvazaalı olduğunun ileri sürüldüğü hallerde farklılaştığı da görülmektedir. Örneğin paylı mülkiyet halindeki taşınmazın paydaşının payını, karı-kocasına, evladına ya da akrabasına temlik ederken satış olarak gösterdiği akdin gerçekte satış değil de miras hakkına bağlı veya (hibe) bağış gayesiyle yapıldığının ispatı halinde, görünürdeki muvazaalı satış işleminin, - taşınmaz devri açısından resmi şekil koşulunun varlığına rağmen- bağış olarak geçerli kabul edildiği ve böylece 27.03.1957 tarih ve 12/2 sayılı İBK doğrultusunda önalım hakkının ileri sürülemediği kabul edilmektedir. “(...)Bu gibi akrabaya satışta ortada satış akdinin bir unsuru olan bedel zikredilmiş olsa bile bunu mücerret bir satış olarak kabul etmeye imkan yoktur. Çünkü burada mümellikin maksadı malının bedelini almak değil, belki akrabalık münasebeti dolayısıyla onu tesahüp etmek ve yerine geçektir” açıklamasına yer verilmiştir.(...) 20.03.1957 tarih 1956/12 E. 1957/2 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının bağlayıcı olan sonuç kısmında “Müşterek mülkün hissedarı, hissesini karı ve kocaya evlada veyahut akrabaya temlik etmesi halinde şeklen satış akdi bulunsa bile hakikatte satıştan gayri miras hukukuna müteferri maksatların veya hibe gibi mülahazaların hakim olduğu ahvalde Medeni Kanunun hakiki satışlarda kabul eylediği şufa hakkının cereyan etmeyeceğine” karar verildiği belirtilmiştir(...) Yapılan açıklamaların ışığı altında somut uyumsuzluğa dönüldüğünde; paylı mülkiyete tabi taşınmazda paydaş olan dava dışı A... davalının eşinin dedesi olduğu ve davalının yeni doğan erkek bebeği nedeniyle doğum hediyesi olarak temlik işleminin yapıldığı, bu nedenle satış şeklinde yapılan temlik işleminin muvazaalı bulunduğu, tarafların gerçek amacının hibe olduğu ve hibe ile yapılan temlikte önalım hakkının kullanılamayacağı, 20.03.1957 tarih 1956/12 E. 1957/2 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının uygulanabilmesi için temlik işleminin tarafları arasında akrabalık ilişkisi bulunmasının yeterli olduğu, doğrudan mirasçılık ilişkisinin aranması gerekmediği dikkate alınarak yerel mahkemece davanın reddedilmesi gerekirken kabulüne dair kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” Yarg. HGK., E. 2013/6-2268, K. 2015/1437, 27.05.2015 (Karar için bkz. Erhan Günay, “Önalımda Muvazaa”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 11, S. 118, 2016, s. 111-112.

62 “Muris muvazaası ile ilgili 1.4.1974 gün ve 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının, tapulu taşınmazın satışı ile ilgili ve konusuyla sınırlı olması nedeniyle, uyumsuzluk konusu olayda uygulanma yeri yoktur. Menkul olan traktörle ilgili ve geçerli olan bu temlik işlemine karşı temlik eden murisin mirasçıları tarafından (muris muvazaasına dayanılarak) iptal davası açılmaz.” Yarg. HGK., E. 1999/4-286, K. 1999/293, 12.5.1999, (Lexpera).

olan 01.04.1974 tarih ve 1/2 sayılı İBK gereğince muris muvazaası gerekçesine dayalı hükümsüzlük iddiasının muvazaalı pay devirlerine ilişkin olarak ileri sürülemeyeceği dile getirilmektedir<sup>63</sup>. Bununla birlikte Yargıtay’ca, taşınır devri için yazılı şekil öngörülmüş olan ve trafik siciline tescil ettirilmesi koşulu bulunan araçların satış görünümlü -gizli-bağış olarak devrinin geçersizliğine hükmedildiği görülmektedir. Bahse konu kararlarda bağış iradesinin muvazaalı olarak satış sözleşmesi arkasına gizlenmiş olduğu durumda, satış sözleşmesinin irade uyumsuzluğu nedeniyle; bağış sözleşmesi açısından ise sözleşmenin şekil unsurundaki eksikliğe dayanan geçersizliği gerekçesiyle, taşınır vasfındaki araçların muvazaalı devirleri açısından genel muvazaa hükümlerine dayanılarak hükümsüzlüğüne karar verilmiştir<sup>64</sup>.

- 63 Yarg. 11. HD., E. 2011/11969, K. 2013/14372, 05.07.2013; Yarg. 11. HD., E. 2014/1769, K. 2015/1330, 05.02.2015. Ayrıca ortaklık pay devirlerinin kişisel hakın temlik olarak nitelendirilerek bahse konu İBK’nin uygulanma imkanının bulunmayacağına ilişkin kararlar için bkz. Yarg. 1. HD., E. 2014/3824, K. 2015/12948, 10.11.2015; Yarg. 1. HD., E. 2016/18552, K. 2020/6288, 26.11.2020, (Yargıtay).
- 64 “*Bilindiği üzere; 01.04.1974 tarihli, 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının, bizzat mirasbırakanın üzerinde tapuda kayıtlı olan taşınmazlarını kendisi ya da vekili (temsilcisi) aracılığıyla aslında bağış olduğu halde satış biçiminde temlik etmesi durumunda uygulama olanağı bulacağına kuşku yoktur. O halde dava konusu 48 F.. ve 48 FF.. plakalı sayılı araçların davalı Sevinç’e devri iddiası bakımından muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptali ve tescil isteğinde bulunulması mümkün değildir. Ancak; BK’nın 18. maddesi (TBK’nın 19. maddesi) ile genel muvazaa düzenlenmiş olup, anılan maddede “..... tarafların akitteki gerçek maksatlarını gizlemek için kullandıkları sözlere ve isimlere bakılmayacağı, gerçek ve ortak maksatların aranması gerektiği” düzenlemesine yer verilmiştir...Sözleşmenin bu biçimde yapıldığı iddiası her türlü delille kanıtlanma olanağına sahiptir. Özellikle, resmi sicillere bağlı tutulan malların muvazaalı devrinde BK’nın 18. maddesinin (TBK’nın 19. maddesi) uygulanabileceği ve muvazaa iddiasının araştırılacağı yasal ve yargısal uygulama gereğidir. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 12.05.2009 günlü ve 1999/4-286 esas, 1999/293 karar sayılı kararında da aynı görüş benimsenmiştir.” Yarg. 1. HD., E. 2015/1635, K. 2015/3655, 17.03.2015, (Yargıtay). Aynı doğrultuda bkz. Yarg. HGK., E. 1999/4-286, K. 1999/293, 12.5.1999. “Eğer bu konuda yanlar arasında bir danişıklık varsa, gerçekten bağış satış gibi gösterilmişse, gerçek iradeleri resmi senette birleşmemiş olması nedeniyle mülkiyette geçmeyecektir. Yanların gerçek iradeleri ile senede yansıyan iradeleri birleşmediğinden, geçerli hukuki bir sonuç ortaya çıkmış sayılmayacak...muvazaalı işlemlerin bağlayıcı bir hukuk sonuç doğurmayacağı, yukarıda ayrıntısıyla ifade edilen Borçlar Kanununun 18. maddesinde genel bir ilke olarak düzenleme altına alınmış bulunmaktadır. Bundan dolayı, somut olaydaki uyumsuzluğun Borçlar Kanununun 18. maddesi kapsamında değerlendirilip çözümlenmesi kaçınılmazdır.” Yarg. HGK., E. 2008/1-711, K. 2008/725, 03.12.2008, (Lexpera).*

Doktrinde yer alan eserlerin neredeyse tamamında 01.04.1974 tarih ve 1/2 sayılı İBK kararı dayanak gösterilerek menkul mallar açısından muris muvazaasına dayalı pay devrine yönelik işlemin hükümsüzlüğünün iddia edilemeyeceği, önerilecek tek çözümün olarak ise saklı paylı mirasçılar tarafından tenkis talebinde bulunulma imkanı olacağı ifade edilmektedir<sup>65</sup>. Ancak anonim ve limited ortaklık paylarının devri hususunda, mirasbırakanın muvazaalı şekilde satış sözleşmesi arkasına gizlemeye çalıştığı bağış sözleşmesinin geçerliliği açısından TBK md. 288 ve md. 289 hükümlerinin değerlendirilmesi gerekir. Ortaklık paylarının elden bağışla imkanıyla devredilip devredilemeyeceğinin tespiti TBK md. 289 hükmündeki ifadeye göre ortaklık payının taşınır vasfında olup olmadığıyla ilgilidir. Taşınır niteliğinde olmayan ortaklık payının bağış yoluyla devri, -TBK md. 288/1 hükmünde yer alan yazılı şekil şartı nedeniyle- gizli bağışlama sözleşmesinde geçerlilik şekline uyulmamış olduğu gerekçesiyle hükümsüz olacaktır<sup>66</sup>.

### III. MUVAZAALI PAY DEVİRLERİNE KARŞI MİRASÇININ KORUNMA İMKANI

Mirasbırakanın sağlararası yapmış olduğu devirlere ilişkin olarak, miras hakkının çiğnendiğini düşünen tüm mirasçılar ve hatta mirasbırakanın alacaklıları gibi menfaati olan herkes tarafından muvazaa nedeniyle söz konusu kazandırmanın hükümsüzlüğü iddiasıyla dava açılması mümkündür. Bunun yanında ayrıca saklı paylı mirasçılar tarafından açılacak bir dava neticesinde, mirasbırakanın tarafı olduğu sağlararası kazandırmanın tasarruf nisabını aştığı ölçüde tenkisi talep edilebilir. Ayrıca bahse konu bu iki talebin aynı davada terditli olarak ileri sürülme imkanı olduğu gibi, birbiri ardına açılması ve hatta söz konusu davaların birleştirilmesi de mümkündür<sup>67</sup>.

65 Özüğür, s. 875; Yıldırım, s. 252-253; Aydın, Muvazaa, s. 173; Ruhi/Ruhi, s. 295 vd.; Aydın Tekdoğan, Mirasta Denkleştirme ve Tenkis Davaları, 7. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 493 vd.; Abdülkadir Yılmaz, Türk Hukukunda Muris Muvazaası, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 109; Merve Arslantürk, Muris Muvazaası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara 2019, s. 92; İnci, s. 72.

66 Konuyla ilgili ayrıntılı incelemeler hususunda bkz. ileride dpn. 84-86.

67 Bu hususa ilişkin açıklamalar ve Yargıtay kararları için bkz. yukarıda dpn. 55.

### A. Muvazaâ İddiasına Dayanıl(a)madığı veya Mahkemece Kabul Edilmediği Haller Bakımından Açılabilir Tenkis Davası

Yasa koyucunun mirasbırakana bir tasarruf nisabı belirlemek suretiyle, malvarlığının bu orana uygun olacak kısmı açısından mirasçılardan bazılarına veya başkaca arzu ettiği kişi veya kurumlara tasarrufta bulunabilme imkanı tanımakta olduğu görülmektedir (TMK md. 508). Mirasbırakan tarafından sahibi olduğu ortaklık payının devir işleminin “saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla” yapıldığı durumlarda, söz konusu pay devri işlemiyle tasarruf nisabını aşmış olması halinde saklı paylı mirasçılar, bahse konu saklı miras paylarının ihlal edildiği iddiasıyla tenkis davası açabileceklerdir (TMK md. 565/4). Tenkis tabiri kelime manası olarak “eksiltme” anlamına gelmektedir<sup>68</sup>. Miras hukuku açısından bakıldığında tenkis kavramı, mirasbırakanın tasarruflarının saklı payları ihlal ettiği ölçüde geçersizleştirilmek üzere eksiltme ve azaltmaya tabi tutulma imkanı olarak nitelenmektedir<sup>69</sup>. Sağlar arası kazandırmalar açısından tenkis imkanının düzenlendiği TMK md. 565/4 hükmüne göre, “(m)irasbırakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yaptığı açık olan kazandırmalar”<sup>70</sup> tenkise tabidir.

Tenkis talebinin ileri sürülmesi açısından, doktrinde bazı yazarlar tarafından tıpkı Yargıtay’ca verilen kararlarda<sup>71</sup> ifade edildiği gibi,

68 <https://sozluk.gov.tr> (E.T. 07.04.2024).

69 **Sarı**, s. 77; **Sert Sütçü**, s. 184; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 376 prg. 1166; **Ahmet Nar**, Türk Miras Hukukunda Tenkis, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 14,57; **Ayan**, s. 173.

70 Mirasbırakan tarafından taraf olunan hukuki işlemin saklı pay kurallarını etkisizleştirmek kastıyla yapılıp yapılmadığının tespitine ilişkin ayrıntılı değerlendirme ve örnekler hususunda bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 399 vd.; **Ömer Uğur Gençcan**, Miras Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 554 vd.

71 “Muris muvazaası ile ilgili 1.4.1974 gün ve 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının, tapulu taşınmazın satışı ile ilgili ve konusuyla sınırlı olması nedeniyle, uyumsuzluk konusu olayda uygulanma yeri yoktur. Menkul olan traktörle ilgili ve geçerli olan bu temlik işlemine karşı temlik eden murisin mirasçıları tarafından (muris muvazaasına dayanılarak) iptal davası açılmaz.” Yarg. HGK., E. 1999/4-286, K. 1999/293, 12.5.1999, (Lexpera). Ayrıca bkz. “Bilindiği üzere, 01.04.1974 tarihli, 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı, bizzat mirasbırakanın üzerinde tapuda kayıtlı olan taşınmazların mirasbırakan ya da vekili (temsalcisi) tarafından aslında bağış olduğu halde satış biçiminde temlik edilmesi durumunda uygulama olanağı bulur. İçtihadı birleştirme kararları kapsamları ile sınırlı gerekçeleri ile yol gösterici ve sonuçları ile bağlayıcı kararlar olduğundan tapuda yapılan temlikler dışındaki işlemler yönünden belirtilen içtihadı birleştirme kararı uygulanamaz. Ancak, böyle hâllerde

01.04.1974 tarihli İBK'nin taşınmaz devirlerine ilişkin ve bu konuyla sınırlı olduğu ve böylece taşınırlara ilişkin devirler hususunda bu karara ve muris muvazaası iddiasına dayanılmayacağı ifade edilmektedir<sup>72</sup>. Bu fikre göre ortaklık payının mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla devri ihtimalinde dahi miras haklarının çiğnendiği iddiasındaki mirasçılar arasından yalnızca saklı paylı olanlar tarafından başvurulacak yegane yolun tenkis talebinde bulunma imkanı olduğu ileri sürülmektedir.

Bir diğer ihtimal ise, saklı paylı mirasçının, mirasbırakanın devir işlemini muvazaalı olarak gerçekleştirdiği iddiasıyla devir işleminin hükümsüzlüğü talebiyle birlikte -bu iddiasını kanıtlayamama rizikosunu nedeniyle- terditli olarak tenkis talebinde bulunduğu durumdur<sup>73</sup>. Saklı paylı mirasçının muvazaa iddiasını ispat edememesi halinde, devir işleminin hükümsüzlüğüne ilişkin talebi reddedileceğinden, bu ihtimalde artık tenkis talebinin kabulü halinde yasal miras hakkına göre daha sınırlı miktardaki saklı payına kavuşması mümkündür.

Tenkis talebine dair öngörülen yasal koşullarının oluşması halinde saklı pay sahibi mirasçılar tarafından haklarının ihlal edildiği iddiasıyla yenilik doğurucu -inşâf- dava niteliğinde olan “*tenkis davası*” açılabilir ve söz konusu davanın kabulü halinde bu durum yalnızca davayı açan kişiler açısından sonuç doğurur<sup>74</sup>. Tenkis kararı ile saklı payı ihlal eden kazandırmalar, ihlal oranında ve mirasın açıldığı yani mirasbırakanın öldüğü andan itibaren -geçmişe etkili şekilde- hükümsüz hale gelir<sup>75</sup>.

Söz konusu dava açısından yetkili mahkeme TMK md. 576 hükmü gereğince mirasbırakanın son yerleşim yeri mahkemesi, görevli mahkeme ise tenkis davası malvarlığına ilişkin bir dava türü olduğundan HMK md. 2/1 hükmü doğrultusunda asliye hukuk mahkemesidir<sup>76</sup>. Tenkis davasının açılma süresi yasa koyucu tarafından “*mirasçıların saklı paylarının zedelendiğini öğrendikleri tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde*

---

*genel muvazaa hükümlerinin uygulanması gerekir.”* Yarg. 1. HD., E. 2016/16425, K. 2020/1318, 26.02.2020, (Yargıtay).

72 **Özüğür**, s. 875; **Yıldırım**, s. 252-253; **Aydın**, Muvazaa, s. 173; **Ruhi/Ruhi**, s. 295 vd.; **Tekdoğan**, Tenkis, s. 493 vd.; **Yılmaz**, s. 109; **Arslantürk**, s. 92; **İnci**, s. 72.

73 Hükümsüzlük ve tenkis taleplerinin aynı davada terditli olarak ileri sürülebileceğine ilişkin açıklamalar için bkz. dpn. 55.

74 **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 411 vd.; **Serozan/Engin**, s. 224 prg. 94 vd.; **Hatemi**, s. 53 prg. 1; **Antalya/Sağlam**, s. 348, prg. 1423; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 392 vd.; **Sarı**, s. 91; **Ayan**, s. 218; **Sert Sütçü**, s. 185-186; **Nar**, s. 14 vd.

75 **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 412; **Serozan/Engin**, s. 225 prg. 97; **Sarı**, s. 92; **Ayan**, s. 218; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 393 prg. 1193; **Antalya/Sağlam**, s. 348, prg. 1423.

76 **İnan/Ertas/Albaş**, s. 400 prg. 1220; **Ayan**, s. 224; **Sert Sütçü**, s. 186; **Nar**, s. 305.



*vasiyetnamelerde açılma tarihinin, diğer tasarruflarda mirasın açılması tarihinin üzerinden on yıl*” olarak belirlenmiş olup, madde başlığında da açıkça belirtildiği üzere bu süreler “*hak düşürücü süre*” niteliğinde ihdas edilmiştir (TMK md. 571/1).

### **B. Muvazaanın Mevcudiyeti Halinde Açılabilir Pay Devrinin Hükümsüzlüğünün Tespiti Davası**

Öncelikle dile getirilmesi gereken husus, mirasbırakanın tasarruf nisap oranı içerisinde kalan miktardaki tasarrufları bakımından, geçerlilik şekli öngörüldüğü hallerde şekle uyularak gerçekleştirilmiş devirler için - geçerli bir devir sözleşmesinin varlığı sebebiyle- hükümsüzlük iddiasında bulunulamaz. Örneğin mirasbırakanın sahip olduğu ortaklık payını, “*hukuken gerekli tüm şartları taşıyan ve böylece geçerli şekildeki*” bir bağış sözleşmesiyle devretmiş olması halinde<sup>77</sup> ortaklık pay devrinin hükümsüzlüğü ileri sürülemez, koşulları varsa saklı paylı mirasçılar tarafından yalnızca tenkis talep edilebilir<sup>78</sup>.

Çalışmamızın başından bu yana sıklıkla değindiğimiz üzere, ortaklık pay devri açısından nitelikli muvazaanın varlığı halinde görünürdeki satış işleminin arkasına bağış sözleşmesinin gizlendiği durumlarda devir sözleşmesinin hükümsüzlüğü gündeme gelebilir. Örneğin görünürde satış yoluyla devredilen ortaklık payının, bedeli muhataptan alınmaksızın veya piyasa değerinin çok altında bir bedelle devredildiğinin tespit edildiği durumlarda devrin muvazaalı olduğu yönünde ciddi bir karine oluşur<sup>79</sup>.

77 Örneğin tasarruf nisabı aşılmaksızın ve devir için geçerlilik koşulunun yasa da öngörülmediği hallerde pay devri geçerli olacaktır. Hamiline senede bağlanmış bir anonim ortaklık payı mirasbırakanın tasarruf nisabını aşmamış olması kaydıyla elden teslim yoluyla geçerli şekilde devredilebilecektir. Tasarruf nisabını aşan ortaklık payı devirlerinde ise, -ispatlanması durumunda-nisabı aşan kısmı saklı paylı mirasçılarca talep halinde tenkise tabi olacaktır. Bunun yanında pay devrinin bedelsiz ya da gerçek değerinin altında yapılmış devirlerde somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılması gerekecektir. Bkz. d.pn. 50, 100.

78 Aynı doğrultuda bkz. **Sapanoğlu**, s. 40.

79 Bu karinenin aksi ise ispat edilebilir. Örneğin mirasçılardan mal kaçırdığı iddia edilen devir işleminin gerekçesinin, mirasbırakanın sağlığında mirasçılığında adaletli bir denkleştirme ile paylaşım yapmaya yönelik olduğu tespit edilmiş olabilir. Bu halde para alınmaması veya satış bedeli ile devredilenin gerçek değeri arasındaki farkın mirasçılığın miras haklarının gözetilmesine yönelik olduğunun dürüstlük kuralı doğrultusunda somut delillerle ortaya konulması gerekir. Böylece mirasbırakanın mirasçılardan mal kaçırma yani aldatma kastının bulunmadığının tespiti ile muvazaa iddiası ortadan kalkacak ve artık TBK md. 19 hükmüne göre hükümsüzlük iddiasında da bulunulamayacaktır. Bu hususa ilişkin bkz. Yarg. 1. HD., E. 2018/1968, K. 2019/3725, 12.06.2019, (Yargıtay).



Her iki durumda da gündeme gelecek olan mirasçılardan mal kaçırma amacı, muvazaanın koşullarından olan aldatma kastının varlığı unsurunu oluşturur ve bahse konu pay devri hükümsüz olur.

Gerek Yargıtay ve gerek doktrinde kabul gördüğü üzere mirasbırakan tarafından muvazaalı olarak yapılan pay devrinde, görünürdeki satış sözleşmesi, taraf iradelerinin satış hususunda karşılıklı örtüşmemesi nedeniyle hükümsüzdür<sup>80</sup> (TBK md. 19). Ancak satış sözleşmesi arkasına saklanan gizli sözleşme olan bağışlama açısından, elden bağışlamada olduğu gibi yasada öngörülmuş bir geçerlilik şekli bulunmuyorsa, bu ihtimalde tarafların gizli bağış sözleşmesi açısından iradeleri uyusmaktadır. Böylece bağış yoluyla devir sözleşmesinin hükümsüzlüğü ileri sürülemez ve ortaklık pay devri sözleşmesi geçerli olur. Örneğin mirasbırakan, hamiline yazılı senede bağlanmış anonim ortaklık payını devretmesi halinde, satış sözleşmesinin hükümsüzlüğü iddia edilirken gizli bağış sözleşmesinin hükümsüzlüğü ileri sürülemez<sup>81</sup>. Hamiline yazılı senede bağlanmış anonim ortaklık payının devri için teslim dışında herhangi bir devir koşulu yasada öngörülmediğinden, TBK md. 288/3 hükmünün atfı ile birlikte TBK md. 289 düzenlemesine göre, payın devri elden bağışlama ile yapılabilir. Böylece pay senedinin teslimi ile bağışlama sözleşmesi geçerli olarak kurulur ve pay devri de geçerli şekilde gerçekleşir<sup>82</sup>. Artık burada da -mirasbırakanın tasarruf nisabını aşmış olması halinde- saklı paylı mirasçılar açısından başvurulacak tek yol pay devrine dair işleme yönelik tenkis talebi olabilir.

Pay devri hususunda yasada geçerlilik şeklinin öngörüldüğü hallerde ise, devir sözleşmesinin uygun şekilde yapılmaması durumunda devrin hükümsüzlüğü gündeme gelir<sup>83</sup>. Nitelikli muvazaa bakımından gizli

80 Bkz. dpn. 34.

81 Aynı doğrultuda bkz. **Sapanoğlu**, s. 40.

82 Aynı doğrultuda bkz. **Eren**, s. 419 prg. 1123.

83 Bu anlamda yeri gelmişken, pay devrinin yasada belirlenmiş koşullara uygun devri gerçekleştikten sonra, ortaklık açısından neticelerine de kısaca değinmek gerekir. Anonim ortaklıklarda senede bağlanmış olsun ya da olmasın "*payın devredilebilirliği ilkesi*" geçerlidir. Esas sözleşmede zorlaştırıcı hükümler öngörülebilecektir. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, Ortaklıklar I, s. 555 prg. 722b. Ancak TTK md. 499/1'de, senede bağlanmamış veya nama yazılı pay senedi sahiplerinin pay defterine kaydını öngörmektedir. Hükmün ikinci fıkrasında, "*Payın usulüne uygun olarak devredildiği veya üzerinde intifa hakkı kurulduğu ispat edilemediği sürece, devralan ve intifa hakkı sahibi pay defterine yazılamaz.*" ifadelerine yer verilmiştir. Hükmün gerekçesinde pay defterine kaydın kurucu nitelik taşımadığı belirtilmektedir. Bununla birlikte dördüncü fıkrada dile getirilen "*Şirketle ilişkilerde, sadece pay defterine kayıtlı*

sözleşmenin şekle tabi olduğu ihtimalde, TBK md. 12/2 hükmünde dile getirilen “(k)anunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.” ifadesinden hareket edilmelidir. Burada mirasbırakan ortaklık payını satış görünümlü gizli bağış yoluyla devrederken, görünürdeki satış işlemi burada da tarafların satış iradesi bulunmadığından hükümsüzdür. Gizli bağış sözleşmesi ise şekle tabi olduğundan, yazılı şekilde yapılması gereken gizli bağış sözleşmesinde bağış iradesi yer almalıdır. TBK md. 288/1 hükmüne göre bağış sözleşmesinin “geçerliliği, bu sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasına” bağlanmıştır. Taraflar bağış hususundaki iradelerini yazılı olarak ortaya koymadıkları sürece geçerli bir bağış sözleşmesinden bahsedilemez<sup>84</sup>. Burada görünürdeki satış

---

*bulunan kimse pay sahibi veya intifa sahibi olarak kabul edilir.”* hükmünden ve gerekçeden anlaşıldığı üzere pay sahibinin ortaklıkla ilişkileri açısından devir neticesindeki yeni pay sahibinin pay defterine yazılmasının önemi vurgulanmaktadır. Limited ortaklık esas sermaye payının yasaya uygun şekilde devri neticesinde, devrin geçerli olabilmesi için tamamlayıcı bir unsur olarak ayrıca genel kurul tarafından bu devre onay verilmesi gerekir (TTK md. 595/2). TTK md. 595/2’de ayrıca genel kurul onayının ortaklık esas sözleşmesinde kaldırılabilceği ve bu halde artık onaya gerek kalmaksızın devir sözleşmesi yapılmasıyla limited ortaklık payı devralana geçebileceği öngörülmektedir. Hükmün devamında ise pay devrinin limited ortaklığa bildirilmesi hususundaki başvurudan itibaren üç aylık süre içerisinde ortaklık genel kurulunun ret kararı vermemesi durumunda bu suskunluk devir işlemine onay verilmesi olarak kabul edilmektedir (TTK md. 595/7).

- 84 Aksi görüşte olan Yıldırım tarafından devir sözleşmesinin yazılı ve noter onaylı olma koşulunun resmi şekil koşulu olarak kabul edilemeyeceği, ayrıca sözleşme içeriğinde devir sebebinin belirtilme zorunluluğunun bulunmadığı ve böylece de pay devrine dair sözleşmenin ve pay devrinin muvazaa nedeniyle geçersizliğinin gündeme gelebileceği ileri sürülmektedir. Yazar limited ortaklık payının kıymetli evraka bağlanamayacağını ve taşınır mal olarak nitelendirilmesinin mümkün olamayacağını belirtmesine rağmen, limited ortaklık payının bağış yoluyla devrinin, yasanın taşınırlara özgü elden bağışlamaya yönelik tanıdığı imkan nedeniyle geçerli olacağını ileri sürmektedir. **Yıldırım**, s. 250-251. Ancak kanaatimizce limited ortaklık payının, gizli sözleşme açısından taşınırlara özgü elden bağışlama yoluyla devri mümkün değildir. Yine aynı şekilde anonim ortaklıklarda senede bağlanmamış çıplak payların da “gizli sözleşme açısından” elden bağışlama yoluyla devredilme olanağı bulunmamaktadır. Çünkü TBK md. 288/1 hükmü gereğince bağışlama vaadi sözleşmesinin yazılı şekilde yapılma koşulu, pay devrinin bağış konusu yapıldığı durumlarda bağış iradesinin bu yazılı sözleşme içeriğinde yer almasını gerekli kılacaktır. Burada artık bağış taahhüdü ile tasarruf işlemi arasındaki sebebe bağlılık, devir sözleşmesinin yazılı olma koşulu nedeniyle, sözleşmenin geçerliliği açısından gerekli olacaktır. Aksi durumda ortada yazılı bir devir sözleşmesinin varlığına rağmen, söz konusu devir sözleşmesi, içeriğinde tarafların bağış iradelerini ihtiva etmediğinden geçerli bir bağıştan söz edilemez. Dolayısıyla taraf iradelerinin satış

sözleşmesinin yazılı olarak yapılmış olmasının, gizli bağış sözleşmesindeki geçerlilik şekli yerine geçeceği iddiası da kabul edilemez<sup>85</sup>. Böylece gizli sözleşmenin geçerlilik şekline uygun olmaması nedeniyle hükümsüzlüğü<sup>86</sup> ile görünürdeki satış sözleşmesinin muvazaa nedeniyle hükümsüzlüğü birleşerek, ortaklık pay devrinin hükümsüzlüğünün tespitine dair açılacak bir davanın hukuki gerekçesini oluşturur. Oysa ki anonim ortaklıklarda çıplak payların devri için yazılı bir alacağın devri sözleşmesi bulunması koşulu bulunmaktadır. Bununla birlikte limited ortaklık sermaye payının devrinin geçerliliği hususunda da TTK md. 595/1 hükmü gereğince yine imzaları noterce onanmış bir yazılı devir sözleşmesi koşulu bulunmaktadır. Böylelikle bahsi geçen pay devirlerinde, TBK md. 289 hükmünde dile getirilen mirasbırakanın bağışlanan ortaklık pay senetlerini “*elden teslim etmesi*”, geçerli bir pay devri sözleşmesi için yeterli olamayacaktır. Gizli bağış sözleşmesi açısından şekil, geçerlilik koşulu oluşturduğu ve ortaklık pay devri açısından gerekli olan yazılı şekilde yapılmış bir bağış sözleşmesi de mevcut olmadığından pay devri hükümsüz olacaktır.

Anonim ortaklıklarda çıplak pay devrinin, limited ortaklıklarda gerek ispat vasıtası gerekse nama yazılı payların yasada devir sözleşmesinin yazılı olması gerekliliği öngörülmekle, elden bağışlamaya konu olması kanaatimizce mümkün değildir. Böylece satış görünümlü ve gizli bağışlamaya konu olan muvazaalı devir bakımından; bağış sözleşmesinin safhalarında yer alan olan borç doğuran sözleşme olan bağış taahhüdü açısından gerekli olan yazılı şekil şartı ile tasarruf işlemi olan pay devri açısından zorunlu olan yazılı şekil şartının yerine getirilmemiş olması, adeta birbirlerini tamamlayarak hükümsüzlüğün gerekçesini oluşturur<sup>87</sup>.

---

konusunda uyuşmadığı geçersiz bir satış sözleşmesinin varlığı yanında, taraf iradelerinin pay devrinin bağış yoluyla yapıldığı hususunda yazılı bir bağış sözleşmesi de mevcut olmadığından, pay devri işlemi hükümsüz olacaktır. Hükümsüzlük ise, miras hakkı zedelenen mirasçılar yanında hukuki menfaati bulunan üçüncü kişiler tarafından ileri sürülebilecektir.

85 Bkz. d.pn. 43, 61.

86 **Eren/Dönmez**, s. 646,647 prg. 102. Gizli sözleşme, ancak esas ve şekil şartlarına riayet edilmiş olmak koşuluyla geçerlidir. **Esener**, s. 61, 62.

87 Taşınır mülkiyetinin devri ve alacağın temlikinin sebebe bağlı olduğu ve böylece tasarruf işleminin geçerliliğinin borçlandırıcı işlemin geçerliliğine bağlı olduğu ve böylece borçlandırıcı işlemdeki geçersizlik tasarruf işleminin de geçersiz olması neticesini doğurur. **Eren**, s.199 prg.532; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 319. Soyutluk ilkesine rağmen, işlemin somut olay adaletine ters düştüğü hallerde, “*tasarruf sözleşmesinin, borçlanma sözleşmesindeki hukuki eksiklik ve aksaklığın*

Söz konusu hükümsüzlüğün tespiti davası ise, herhangi bir süreyle bağlı olmaksızın -her zaman- ve menfaati olan herkes tarafından açılabilir.<sup>88</sup>

Devir işleminin hükümsüzlüğüne yönelik dava, TTK md. 4/1 hükmüne göre, “ *tarafların sıfatına, uyumsuzluğun ticari işletmeyle ilgili olup olmadığına bakılmaksızın*” TTK’de düzenlenen hususlardan doğan bir hukuk davası niteliğinde olacağından, -mutlak ticari dava vasfı nedeniyle- görevli mahkeme ticaret mahkemesidir<sup>89</sup>. Yetkili mahkeme ise, terekenin tespit edildiği ve yönetildiği, ayrıca tenkis davası açısından da yetkili olan mirasbırakanın son yerleşim yeri mahkemesi<sup>90</sup>, bu davada da yetkili mahkemedir.

### 1. Anonim Ortaklıklar Bakımından

Anonim ortaklıklarda hamiline ve nama yazılı payların devri, zilyetliğin devalana geçirilmesiyle gerçekleşir (TTK md. 489, 490). Hamiline veya nama yazılı şekilde senede bağlanmış olan anonim ortaklık

---

*altında kalarak geçersizlik özdeşliği*” oluşacağı hususunda bkz. Rona **Serozan**, Taşınır Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2002, s. 203. Aksi görüş için bkz. Abuzer **Kendigelen**/İsmail **Kırca**, Şirketler Hukuku, C. III, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 169 prg. 352; Uçar, s. 241.

88 **Antalya/Sağlam**, s. 314, prg. 1258; **İnan/Ertay/Albaş**, s. 452 prg. 1362. Ayrıca bkz. dpn. 12, 99.

89 Yargıtay 11. HD. tarafından verilmiş olan pay devrinin hükümsüzlüğünün tespitine dair ulaşılabildiğimiz bir kararda, ticaret mahkemesi tarafından verilmiş olan bir kararın incelendiği ve görev yönünden herhangi bir bozmanın söz konusu olmadığı görülmektedir. Yarg. 11. HD., E. 2014/17754, K. 2015/12494, 24.11.2015, (Yargıtay). Ancak, terditli olarak açılmış olan -muvazaalı kolektif şirket pay devrinin hükümsüzlüğünün tespiti, bu talebin kabul edilmemesi halinde ise tenkis talepli- dava açısından, Yargıtay tarafından farklı bir yaklaşım ortaya konulmuştur: “*Mahkemeye, kolektif şirketlerde pay devrine ilişkin sözleşmelerin özel bir şekle tabi olmamaları nedeniyle muvazaa iddiasının dinlenemeyeceği, terditli olarak açılan tenkis davasının ise ticari dava niteliğinde bulunmadığı gerekçeleri ile asıl davanın reddine, tenkis davası yönünden mahkemenin görevsizliğine karar verilmiştir. Bilindiği ve 6100 sayılı HMK 2.maddesinde düzenlendiği üzere “Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir”. Eldeki dava, ticari nitelikte bir dava olmadığına göre, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptal, tescil isteği bakımından Ticaret Mahkemesi’nin görevli olmadığı açıktır. Hâl böyle olunca, her iki istek bakımından görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yazılı olduğu üzere hüküm kurulması isabetsizdir.*” Yarg. 1. HD., E. 2014/11204, K. 2015/14214, 08.12.2015, (Yargıtay). Yargıtay’ın burada kolektif şirket pay devri açısından kanunen gerekli bir geçerlilik koşulu bulunmadığından pay devrine ilişkin iptal davası açılmayacağı yorumundan hareketle, davayı yalnızca “tenkis” davası olarak nitelenmek suretiyle bu yönde bir karara vardığı kanaatindeyiz.

90 Bkz. yukarıda dpn. 76.

pay senetleri kıymetli evrak niteliğini haizdir<sup>91</sup>. Ortaklık payının muvazaalı olarak devredilmesi durumunda, görünürdeki satış iradelerinin satış hususunda uyuşmaması nedeniyle geçersiz olmasına rağmen, pay devrine yönelik kanunen bir geçerlilik şekli öngörülmediğinden, gizli işlem olan bağış sözleşmesi TBK md. 288/3'ün atfıyla TBK md. 289 hükmü gereğince elden bağışlama imkanının mevcudiyeti nedeniyle geçerli olur<sup>92</sup>. Böylece geçerli olan gizli bağış sözleşmesine dayalı devir geçerli olur ve devrin hükümsüzlüğü ileri sürülemez. Bu ihtimalde mirasbırakanın yalnızca saklı paylı mirasçuları tarafından ileri sürülebilecek tek yol tenkis talebi olur. Mirasbırakanın sağlararası kazandırıcı devir işlemi açısından tasarruf nisabı aşılmış ise saklı paylı mirasçılar tarafından, kendi saklı paylarına düşen miktarın talep edilmesi gündeme gelir<sup>93</sup>.

Anonim ortaklık payının senede bağlanmadığı yani “*çıplak pay*” olarak nitelendiği durumda payların devri açısından ise netice farklıdır. Çünkü bu ihtimalde çıplak pay devrinin “*alacağın temliki*” hükümlerine göre yapılması gerekeceğinden pay devrinin “*yazılı şekilde*” yapılma zorunluluğu söz konusudur<sup>94</sup>. Mirasbırakanın mirasçılarında mal kaçırmak üzere, maliki olduğu senede bağlanmamış olan anonim ortaklık çıplak payını bir başka kişiye görünürdeki işleme göre satış yoluyla devrediyor olmasına rağmen muvazaalı işlem neticesinde gizli bağış olarak devretmesi hali değerlendirilmelidir. Bu durumda da görünürdeki işlem olan satış sözleşmesi, tarafların iradelerinin satış sözleşmesi yapma hususunda uyuşmaması nedeniyle geçersizdir<sup>95</sup>. Muvazaa nedeniyle gizli sözleşme açısından bakıldığında ise<sup>96</sup>; tarafların, görünürdeki sözleşme arkasına gizledikleri ve bağış yönündeki iradelerini ortaya koymuş oldukları gizli bağış sözleşmesi, TBK md. 288/1 hükmünde belirtildiği üzere yazılı şekilde mevcut olmadığından geçerli bir bağıştan da söz edilemez. Böylece muvazaalı olarak yapılmış olan anonim ortaklık çıplak

91 Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Arslan Kaya/N. Füsün Nomer Ertan, Kıymetli Evrak Hukuku, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s. 24.

92 Hamiline yazılı kıymetli evrak elden bağışlamanın konusunu oluşturabilir. Mustafa Alper Gümüş, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, md. 289, s. 1538, N.2.

93 Bkz. yukarıda dñn. 58.

94 Bkz. dñn. 10, 11.

95 Tekdoğın, Muvazaa, s. 188. Ayrıca bkz. yukarıda dñn. 34.

96 Bkz. yukarıda dñn. 42, 46.

payının devrinin hükümsüzlüğü neticesi doğar<sup>97</sup> (TBK md. 19). Bir diğer deyişle senede bağlanmamış olan anonim ortaklık çıplak payının elden bağışlama yoluyla devredilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla anonim ortaklık paylarının senede bağlanmadığı yani çıplak pay olarak nitelendiği durumlarda, murisin sahip olduğu payları muvazaalı olarak satış sözleşmesi görünümündeki bir sözleşme ile mirasçılardan mal kaçırmak üzere devredilmesi halinde, bahse konu işleminin hükümsüzlüğü, TBK md. 19'da düzenlenen “*genel muvazaa*”nın varlığı gerekçesi ile<sup>98</sup> mirasbırakanın saklı paylı olsun ya da olmasın tüm mirasçıları ve hatta hükümsüzlüğün tespiti menfaati olan herkes tarafından<sup>99</sup> ileri sürülebilir<sup>100</sup>.

97 “*Hâl böyle olunca, davanın konusunu oluşturan şirket hisselerinin devri yönünden TBK'nın 19. maddesi (mülga BK 18. madde) kapsamında değerlendirme yapıp sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, bu hususta herhangi bir inceleme ve değerlendirme yapılmadan yanılığın değerlendirilmesi ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.*” Yarg. 1. HD., E. 2018/1458, K. 2020/6738, 15.12.2020, (Yargıtay). “*...öte yandan şirket hissesi devredilen davalı ...'in bu devir sebebi ile ilgili olarak bedelin ödendiği şeklinde bir savunması olmadığı gibi buna ilişkin bir delilin de sunulmadığı, mirasbırakanın ekonomik durumunun iyi olduğu ve mal satmaya ihtiyacının bulunmadığı hususları birlikte değerlendirildiğinde, dava konusu 1572 parsel yönünden 1/4/1974 tarih 1/2 sayılı İBK kapsamındaki muris muvazaası şartlarının, dava konusu ... şirketindeki pay devrinin ise Borçlar Kanunu 19. maddesi gereğince genel muvazaa şartlarının oluştuğu, anılan taşınmaz ve şirket payı yönünden davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçelerle reddine karar verilmesi hatalıdır. Hal böyle olunca, 1572 parsel ve ... Giyim şirketindeki pay devri yönünden davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken davanın tümünden reddine karar verilmiş olması doğru değildir.*” Yarg. 1. HD., E. 2019/4025, K. 2020/6725, 14.12.2020, (Karar metni için bkz. **Ruhi/Ruhi**, s. 300). Aynı doğrultuda bkz. Yarg. 1. HD., E. 2020/1271, K. 2021/2484, 21.04.2021, (Yargıtay)

98 **Kaya/Kaya**, s. 153; **Tekdoğan**, Tenkis, s. 485,486; **Tekdoğan**, Muvazaa, s. 239; Dilan **Can Bayhan**, “Yargıtay Kararları Işığında Muris Muvazaası Olarak Değerlendirilmeyen İşlemler”, Dicle Akademi Dergisi, C. 2, S. 2, s. 190; **Yılmaz**, s. 109, 110; **Aydın**, Muvazaa, s. 173. Anonim ortaklıklarda muvazaanın mevcut olduğu pay devirleri açısından bkz. Yarg. 1. HD., E. 2012/2118, K. 2012/4102, 19.03.2012; Yarg. 1. HD., E. 2014/17754, K. 2015/12494, 24.11.2015; Yarg. 1. HD., E. 2017/2861, K. 2017/4477, 18.09.2017, (Yargıtay). Limited ortaklıklar açısından ise TTK md. 595 hükmünde ifade edildiği üzere devir sözleşmesinin yazılı şekil şartı koşuluna tabi olması nedeniyle TBK md. 19 hükmüne aykırılık nedeniyle devir işleminin iptal edilebileceği hususunda bkz. Yarg. 11. HD., E. 2015/612, K. 2015/5279, 15.04.2015, (Yargıtay).

99 Bkz. dpn. 12.

100 “*...muvazaada, gizli işlem şekle bağlansa ve bu gizli işleme ilişkin irade açıklamaları şekle uygun yapılmamışsa, görüntüdeki işlem yapılırken yasaların öngördüğü şekle uyulmuş olması, gizli işlemdeki şekle aykırılığı gidermez. Bu durumda, görüntüdeki*

## 2. Limited Ortaklıklar Bakımından

Limited ortaklıklar açısından bakıldığında pay devri, TTK md. 595/1 hükmüne göre -ister “*ispat aracı niteliğinde*” olan pay senedi ister “*nama*

*işlem tarafların gerçek iradelerini yansıtmadığından her hangi bir sonuç doğurmadığı gibi, gizli işlem dahi şekle aykırılıktan dolayı geçersizdir. Anonim şirket hisse(senede bağlanmamış) devrinin geçerli olmasının yazılı şekil koşuluna bağlı olduğu kuşkusuzdur. Aynı hükümler gereği hisse devrinin bağışlanmasına dair sözleşmelerin de yazılı yapılması zorunludur. Görüldüğü gibi hisse devrinin nitelikleri itibariyle mülkiyetlerinin devri taşınır ve taşınmazlardan farklı olarak, özel bir düzenleme ile yazılı geçerlilik koşuluna bağlanmıştır. Bunun sonucu olarak, alıcı ancak satış senedinde belirtilen hukuki neden gereğince hisse senedinin mülkiyetini kazanabilecektir. O nedenle, satış ise satış, bağış ise bağış sözleşmesinin yazılı olarak düzenlenmesi sonucunda devri gerçekleşebilecektir. Eğer bu konuda yanlar arasında bir danışıklık varsa, gerçekte bağış yapıldığı halde görünürde geçerli olarak yazılı devir sözleşmesi ile satış gibi gösterilmişse ve gerçek iradeleri yazılı olarak düzenlenen senette birleşmemiş olması nedeniyle hisse senedine ilişkin mülkiyet devralan alıcıya geçmeyecektir. Yanların gerçek iradeleri ile senede yansıyan görünürdeki iradeleri birleşmediğinden, geçerli hukuki bir sonuç ortaya çıkmış sayılmayacak ve delillerin imkân vermesi koşulu ile 818 sayılı BK 18. maddesi anlamında danışıklı bir işlemin varlığının kabul edilmesi gündeme gelecektir. Bu sonuçta işlemin iptaline neden olacaktır.” Yarg. 11. HD., E. 2017/2861, K. 2017/4477, 18/09/2017, (Yargıtay). Aynı doğrultuda bkz. “Dava, davacıların murisi ile davalı arasında yapılan anonim şirket hisse devrinin muvazaalı olduğu iddiasına dayalı, tespit ve tescil istemine ilişkin olup, mahkemece yukarıda anılan gerekçe ile davanın reddine karar verilmiştir. Ancak, mahkemece davalı ile davacıların murisi arasında yapılan pay devrinin ne şekilde gerçekleştiği araştırılmamıştır. Bu itibarla mahkemece öncelikle şirketin ticaret sicilindeki tüm kayıplarının getirilmesinin ardından, davalının davacıların murisinden aldığı hisseleri yazılı bir pay devri ile mi aldığı yoksa başka bir şekilde mi aldığı hususlarının araştırılması sonucu ortaya çıkacak duruma göre muvazaalı iddiasının ne şekilde ispat edileceğinin belirlenmesi gerekirken, bu husus araştırılmadan eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru bulunmamış hükmün davacılar yararına bozulması gerekmiştir.” Yarg. 11. HD., E. 2014/17754, K. 2015/12494, 24.11.2015, (Yargıtay). Ayrıca bkz. “Dava, anonim şirket hisselerinin muris muvazaasına dayalı olarak iptaliyle tescili istemine dair olup, mahkemece davalının muristen intikal eden 1/2 hissesinin iptaliyle davalı adına tesciline karar verilmiştir. Ayrıca, anonim şirketlerde ortağın vefatı sonrası hisseleri doğrudan mirasçılara intikal etmeyip, miras taksimine kadar tereke adına kayıtlıdır. Bu itibarla mahkemece, davalının muristen intikal edip iptaline karar verilen hisselerin, tereke adına iştirak halinde mülkiyet olarak tespitine karar vermek gerekirken, yazılı olduğu şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir.” Yarg. 11. HD., E. 2012/2118, K. 2012/4102, 19.03.2012, (Lexpera). Ayrıca pek tabiidir ki bu yöndeki bir davada, mirasbırakanın bu devir işlemini mirasçılardan mal kaçırmak üzere yaptığının ve örneğin devir işleminin bedelsiz veya payın piyasa değerinin çok çok altında bir bedelle üçüncü şahsa devredildiğinin ispatı gerekecektir. Mirasçılardan mal kaçırmak amacının tespitine yönelik kıstaslar hususunda bkz. **Ruhi/Ruhi**, s. 339 vd.; **Tekdoğan**, Muvazaalı, s. 129 vd.; **İnci**, s. 72. Ayrıca bkz. d.pn. 70, 77.*



yazılı” pay senedinde olsun- devir borcunu doğurmakta olan işlemlerin noter onaylı şekilde yazılı olarak yapılması halinde geçerli olur<sup>101</sup>.

Böylelikle murisin mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla sahip olduğu limited ortaklık sermaye payını muvazaalı olarak devrettiği durumlarda, noter onaylı olarak yapılmış satış sözleşmesinde, -pay bedelinin tahsil edildiği beyanına rağmen payı devreden tarafça gerçekte bir bedelin tahsil edilmemiş olması nedeniyle- satış hususunda tarafların karşılıklı iradelerinin mevcut olmaması neticesinde muvazaalı sözleşme hükümsüzdür<sup>102</sup>. Diğer açıdan burada da tarafların satış sözleşmesi arkasına gizledikleri gerçek iradelerini yansıtan yazılı bir bağış sözleşmesi, yasanın geçerlilik şekli olarak öngördüğü noter onaylı ve yazılı olarak düzenlenmiş şekilde mevcut değildir. Bu nedenle muvazaalı bir satış sözleşmesinde, limited ortaklık payının gizli bağış yoluyla devri bu açıdan da hükümsüz olur<sup>103</sup> (TBK md. 19). Çünkü limited ortaklık payı kıymetli evraka bağlanmadığı gibi taşınır mal olarak

101 TBK md. 27’de öngörülen durumlar yanında, devir işleminin muvazaalı olduğu veya devrin şekle uygun olarak yapılmadığı hallerde devir sözleşmesi geçersiz olur. Kemal Çağrı **Derekaya**, Limited Şirketlerde Pay Devri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 109.

102 “(...)limited şirket hisse devir sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve tarafların imzalarının noterce onaylanmış olması, niteliği itibariyle bir geçerlilik şartı olup anılan şekilde gerçekleştirilmeyen hisse devir sözleşmesi taraflar arasında hüküm ifade etmez. Bu kapsamda akdedilecek limited şirket hisse devir sözleşmesi 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK) ilkelerine göre devredilen sermaye hisse miktarı, devreden ve devralan taraf ile kararlaştırılmışsa devir bedelinin belirtilmesi gerekir.” Yarg. HGK., E. 2017/2905, K. 2021/1214, 12.10.2021, (Yargıtay).

103 Bkz. dpn. 87. “Davacılar vekili, gerek dilekçesinde gerekse aşamalarda, davanın hukuki sebebinin, hem dayanağını 01.04.1974 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı’ndan alan muris muvazaası hukuksal nedenine hem de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun (TBK) 19. maddesi hükmünde düzenlenen genel muvazaa hukuksal nedenine dayandırması, ön inceleme tutanağında ise hukuki sebebin açıkça tespit edilmediği anlaşılmıştır. Hemen belirtilmelidir ki, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 11.04.1990 gün ve 1990/1-152-1990/236 sayılı kararında da vurgulandığı üzere; davada dayanan maddi olaylar bakımından birkaç hukuki nedenin bir arada gösterilmesinde ilke olarak usul ve yasaya aykırı bir yön yoktur. O halde, davacıların muris muvazaası ve TBK m. 19 hükmünde düzenlenen genel muvazaa hukuksal nedenlerine dayandığı kabul edilmelidir. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 12.05.2009 günlü ve 1999/4-286 Esas, 1999/293 Karar sayılı kararında da aynı görüş benimsenmiştir...Hâl böyle olunca, davanın konusunu oluşturan şirket hisselerinin devri yönünden TBK’nın 19. maddesi kapsamında değerlendirme yapıp karar verilmesi gerekirken, sadece muris muvazaası kapsamında değerlendirilerek yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir.” Yarg. 1. HD., E. 2016/16425, K. 2020/1318, 26.02.2020. Aynı doğrultuda bkz. Yarg. 11. HD., E. 2011/11969, K. 2013/14372, 05.07.2013; Yarg. 11. HD., E. 2015/612, K. 2015/5279, 15.04.2015, (Yargıtay).



nitelendirilmeyeceğinden, bahse konu payın devri hususunda TBK md. 288/3 ve md. 289 hükümlerinde yer alan elden bağışlama prosedürünün uygulanma imkanı yoktur. Böylece mirasbırakanın sahip olduğu limited ortaklık payını, mirasçılardan mal kaçırmak üzere muvazaalı olarak devretmiş olması halinde devir işleminin hükümsüzlüğünün tespiti, menfaati olan herkesçe dava yoluyla ileri sürülebilir.

Şekle aykırılık iddiasının hakkın kötüye kullanımı teşkil edeceği hallere de değinmek gerekir. Örneğin mirasbırakan tarafından tüm yasal mirasçuları arasında yaptığı ve mirasçılarının da razı olduğu dürüstlük kuralına uygun ve adaletli paylaşım sonrasında, paylaştırıldığı dönemde eşit bedellere sahipken aradan geçen zaman sürecinde paylaştırılanlar arasında fark oluşması halinde, şekle aykırılık iddiasıyla ortaklık pay devrinin muvazaalı olduğu iddiası hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilebilir<sup>104</sup>. Bu durumda ise mirasbırakanın pay devrini muvazaalı olarak gerçekleştirdiği iddiası, mirasbırakanın devir işlemini diğer mirasçılara verdiği oranda mirasçısına da payını devretme iradesi taşıdığı için “gizli işlem/bağışlama” söz konusu olmaz ve böylelikle muvazaa iddiası da dayanaksız kalır.

### C. Muhtemel Dava İmkanlarının Karşılaştırılması

Mirasbırakan tarafından gerçekleştirilen ortaklık pay devrinin muvazaalı olduğu iddiasıyla devir işleminin hükümsüzlüğünün tespitine yönelik davanın sonuçlarıyla, tenkis talebi ile açılacak davanın sonuçları arasında önemli farklar vardır.

Devir işleminin hükümsüzlüğünün tespiti davasının kabulü neticesinde, mirasçılardan mal kaçırmak üzere muvazaalı olarak devredilmiş olan ortaklık payının tamamı murisin terekesine döner. Böylece saklı paya sahip olmayan mirasçılar ve hatta -mirasbırakandan alacaklı olan üçüncü kişiler gibi- menfaat sahibi olan üçüncü kişiler de bu karardan faydalanabilir. Tenkis talebinin kabulü halinde ise, devredilen ortaklık paylarının piyasa değeri hesaplanarak, bu bedelden, mirasbırakanın tasarruf nisabını aşan kısmından yalnızca dava açmış olan saklı paylı mirasçılar haklarına düşen kısmın davacı mirasçılara verilmesi söz konusu olabilir. Böylelikle örneğin pay devrinin murisin tasarruf nisabı dahilinde kalması halinde tenkis davasında davacı saklı paylı mirasçılarının davalarının reddi gündeme gelebilir.

---

104 Eraslan Özkaya, İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 197-198; Eren/Dönmez, s. 643 prg.97.

Bir diğer fark saklı paya sahip mirasçılarının söz konusu davalarının kazanılması neticesinde ellerine geçecek miktar açısından oluşur. Saklı paylı mirasçılarının saklı miras payına ilişkin hakları, TMK md. 506 hükmü gereğince “*altsoy için yasal miras payının yarısı, ana ve babadan her biri için yasal miras payının dörtte biri, sağ kalan eş için, ana ve baba zümresiyle birlikte mirasçı olduğu haller dışında yasal miras payının dörtte üçü*” oranında belirlenmiştir. Tenkis yoluna başvurma imkanının kullanılması halinde saklı paylı mirasçılarının eline geçecek miras payı, TMK md. 506 hükmünde belirlenmiş oranlara göre azalmış olur. Bu durumda saklı paylı mirasçılarının, pay devrinin hükümsüzlüğünün tespiti davasının kazanılması halinde ellerine geçecek miras payı daha fazla olacağından hükümsüzlüğün tespitine yönelik davanın, tenkis talebine nazaran daha avantajlı olacağı ortadadır. Çünkü hükümsüzlüğün tespiti davası neticesinde mirasbırakanın tasarruf nisabını kullanma imkanı dahi etkisizleşmektedir.

Tenkis davası açma hakkının, TMK md. 571 hükmü gereğince, “*mirasçılarının saklı paylarının zedelendiğini öğrendikleri tarihten başlayarak bir yıl ve her halde vasiyetnamelerde açılma tarihinin, diğer tasarruflarda mirasın açılması tarihinin üzerinden on yıl geçmekle*” ortadan kalkacağı öngörülmektedir. Bu süre söz konusu yasa hükmünün başlığında da açıkça belirtildiği üzere hak düşürücü süre niteliğindedir. Buna rağmen muris muvazaasına dayalı pay devri işleminin hükümsüzlüğünün tespiti davası açısından herhangi bir hak düşürücü süre veya zamanaşımı süresi bulunmamaktadır<sup>105</sup>. Mirasbırakanın ölümünden

---

105 Yarg. HGK., E. 1981/1-497, K. 1983/719, 22.06.1983; Yarg. 1. HD., E. 1987/9438, K. 1987/11993, 10.12.1987, (Karar için bkz. **Tekdoğan**, Muvazaa, s. 55). Ayrıca bkz. yukarıda dñn. 37. “*Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında bir kısım üyeler tarafından temliklere 33 yıl ses çıkarılmamış olmasının ve malikin devamlı dava tehdidi altında bulunmasının 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 2.maddesine aykırılık teşkil edeceği görüşü dile getirilmiş ise de, bu görüş Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.*” Yarg. HGK., E. 2013/1-2302, K. 2015/1313, 06.05.2015. Yargıtay tarafından verilmiş olan bir diğer kararın gerekçesinde ise şu ifadeler yer almaktadır: “*Mahkemece, davacıların dava açma hakkını kullanmalarının TMK'nın 2. maddesinde düzenlenen "dürüst davranma" ilkesine aykırılık teşkil ettiği, ayrıca davanın makul süre içerisinde açılmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir(...)*Muvazaa iddiasına dayalı davaların da zamanaşımına ve hak düşürücü süreye tabi olmaksızın her zaman açılabileceği yargısal uygulamayla benimsenmiştir. Hukuk Genel Kurulunun 22.6.1983 gün ve 479/719 sayılı kararında da belirtildiği üzere muvazaa sebebinin ortadan kalkması veya bir zamanın geçmesi ile görünürdaki işlemin geçerli hale gelemeyeceği kuşkusuz

*bulduğundan, muvazaa iddiası her zaman ileri sürülebilir. Bu nedenle muvazaa iddialarında zamanaşımı kabul edilmemiştir. Öyle ise yasanın kişilere tanıdığı bir hakkın kullanılması da kötü niyetle bağdaştırılmaz. Kaldı ki, işlemin muvazaalı olduğunun belirlenmesi durumunda işlemin tarafı olan kişiler iyi niyetli olamayacakları gibi süre geçmekle de iyi niyetli kabul edilmelerine yasal olanak bulunmamaktadır. (...)bir kısım davacıların babası tarafından sağlıklarında dava açılmadığı, bu nedenle temliklerden uzun yıllar sonra dava açılmasının hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu görüşünü benimseyen direnme kararının isabetli bulunduğu bildirilmişse de, bu görüş kurul çoğunluğu tarafından yukarıda açıklanan nedenlerle benimsenmemiştir.” Ancak karardaki karşı oy gerekçesinde şu ifadeler yer almaktadır: “Sayın özel Dairenin bozma gerekçesindeki TMK.nun 2.maddesinin uygulama alanı bulmayacağına ilişkin gerekçesi kanımca, TMK.nun 2/2.maddesindeki “hakkın kötüye kullanılması yasağı” ile ilgili olmayıp; TMK.nun 2/1.maddesindeki “dürüstlük kuralıyla ilgili açıklamalar niteliğindedir. Somut olayda TMK.nun 1/1.maddesinin uygulama alanı yoktur. Değerlendirilmesi gereken kural, TMK.nun 2/2.maddesidir. Açıkladığım nedenlerle, somut olayda, davacıların hakkı ileriye sürmesinin tipik bir “hakkın kötüye kullanılması” niteliğinde ve bu nedenle yerel mahkemenin direnme kararının yerinde olduğunu; teyiz edilen hükmün onanması gerektiğini düşünüyor; benim dışımda kalan Yüksek Genel Kurul Değerli çoğunluğunun bozma kararına katılmıyorum.” Yarg. HGK., E. 2014/1-560, K. 2015/2371, 04.11.2015. Ancak Yargıtay tarafından, tıpkı yukarıda HGK kararının karşı oy yazısında ileri sürüldüğü doğrultuda, yargılama konusu edilen devir işlemi üzerinden çok uzun bir zamanın geçmiş olduğu hallerde muvazaa iddiasının hakkın kötüye kullanılması anlamına gelecek nitelikte olduğuna dair kararlar verildiği de görülmektedir: “miras bırakan F. K. ise öldüğü 06.04.1991 tarihinden dava tarihi olan 10.02.2010 tarihine kadar dava açılmadığı, her ne kadar muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı açılan davalarda zamanaşımı ve hak düşürücü süre sözkonusu değil ise de; aradan bunca zaman geçtikten sonra dava açılmasının Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi hükmü ile bağdaşmadığı açıktır.” Yarg. 1. HD., E. 2013/21600, K. 2014/1631, 30.01.2014. Aynı doğrultuda bkz. “Somut olaya gelince; çekişme konusu payın davalıya temlikinin 1971 yılında gerçekleştirildiği, miras bırakanın öldüğü 12.03.1981 tarihinden itibaren yaklaşık 30 yıldır dava açılmadığı, her ne kadar muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı açılan davalarda zamanaşımı ve hak düşürücü süre sözkonusu değil ise de; aradan bunca zaman geçtikten sonra dava açılmasının Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi hükmü ile bağdaşmadığı gibi muvazaa iddiasının da kanıtlanamadığı açıktır.” Yarg. 1. HD., E. 2013/8456, K. 2013/14534, 24.10.2013. Ayrıca bkz. “Davacı tarafça muvazaalı olduğu ileri sürülen limited şirket hisse devri, 1985 yılında gerçekleşmiş, muris ise 1991 yılında ölmüştür. Murisin ölümü ile dava dışı şirkette bulunan hisselerinin bir kısmı ölüm tarihinde davacıya ve diğer mirasçılara intikal etmiş olup davacı ölüm tarihinden itibaren dava dışı şirkete ortak olmuştur. Murisin ölümünden yaklaşık 20 yıl sonra, murisin davalıya yaptığı hisse devrinin muvazaalı olduğu iddiası ile işbu iptal davasının açılmasının MK'nın 2. maddesi ile bağdaşığı söylenemez.” Yarg. 11. HD., E. 2014/8406, K. 2014/19689, 12.12.2014, (Yargıtay). Bu hususla ilgili olarak yukarıda dpn. 88'de de değindiğimiz üzere Özkaya'nın ifade ettiği örneğe yeniden dönülecek olursa, miras bırakanın sağlığında mirasçıları açısından yaptığı paylaşımı kabul etmiş mirasçının, miras bırakanın vefatından uzun bir süre sonra,*

sonraki bir tarihte hukuki işlemin muvazaalı olduğu öğrenilmiş ise, herhangi bir süre sınırlaması söz konusu olmaksızın bu işlemin hükümsüzlüğü hususunda tespit dava açılabilir. Bu fark özellikle tenkis davası açısından geçerli olan “*her halde 10 yıllık sürede açılma gerekliliği*” karşısında, bu sürenin geçmiş olduğu durumlarda daha da önemli hale gelecektir<sup>106</sup>.

Tüm bu hususlar, mirasbırakan tarafından muvazaalı olarak yapılmış ortaklık pay devri işleminin hükümsüzlüğünün tespitine yönelik dava imkanını, davacıların menfaatleri açısından doğuracağı daha makul neticeler açısından ön plana çıkarmaktadır.

## SONUÇ

Anonim veya limited bir ortaklıkta pay sahibi olan bir mirasbırakanın, mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla muvazaalı olarak payını devretmesi durumunda miras paylarının ihlal edildiğini ileri süren mirasçılar, şayet saklı pay sahibi iseler, tercih edebilecekleri yollardan biri tenkis talebi olacaktır. Ancak bu yol devir sözleşmesinin hükümsüzlüğü ihtimaline göre elde edilebilecek miras hakkının hacmi açısından daha dezavantajlı olacaktır. Çünkü tenkis talebinin kabulü neticesinde ellerine geçecek miras payı TMK md. 506 gereği, yasal miras paylarına göre daha az olacaktır. Bu durum ise mirasçılar açısından başvurulacak yol olarak pay devrinin hükümsüzlüğüne dair talebi daha cazip hale getirmektedir.

Mirasbırakanın muvazaalı olarak devrettiği paylar, anonim ortaklık payı ise pay devrinin hükümsüzlüğü, devredilen payın senede bağlanmamış çıplak pay olması halinde ileri sürülebilecektir. Çıplak payın ancak alacağın devri hükümlerine göre devredilebilme usulü nedeniyle yazılı bir sözleşme ile devredilmesi zorunludur. Yazılı devir sözleşmesi açısından ise devir sözleşmesinin taraflarının görünürdeki işlem olan satış hususunda iradeleri uyuşmadığından, satışın arkasına gizlenen bağış iradesi açısından yazılı bir bağış sözleşmesinin de mevcut olmaması nedeniyle devir sözleşmesi hükümsüz olacaktır. Gizli bağış sözleşmesinin geçersizliğinin gerekçesi, anonim ortaklık çıplak payının TBK md. 288/3

---

diğer mirasçıya verilen ile kendisine verilen arasında çok büyük fark olduğu gerekçesine dayanarak, muvazaalı şekilde mirasçılardan mal kaçırıldığı iddiasında bulunması hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmelidir. **Özkaya**, s. 197-198; Semih **Akkök**, Türk Hukuku’nda Miras Bırakanın Muvazaalı İşlemleri ve Buna Bağlı Hukuki Sonuçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 167.

106 **Karayalçın**, s. 9.

ve md. 289 hükümleri doğrultusunda elden bağışlama yolu ile devir imkanının bulunmamasına dayanır.

Devredilen anonim ortaklık payının hamiline veya nama yazılı olması durumunda ise bu payların devri için yazılı şekil koşulu bulunmadığından, mirasbırakanın elden teslim yoluyla bağışlama imkanı söz konusu olabilecektir. Bu ihtimalde artık pay devrine dair görünürdeki satış sözleşmesi satış iradelerinin uyuşmaması sebebiyle hükümsüz olsa bile, gizli bağış sözleşmesi geçerli olacağından devir sözleşmesinin hükümsüzlüğü ileri sürülemeyecektir.

Limited ortaklık paylarının muvazaalı devri açısından bakıldığında, esas sermaye pay senedi ispat aracı şeklinde veya nama yazılı olarak düzenlenmiş olsun fark etmeksizin, payın devri tarafların imzaları noterce onaylanmış bir devir sözleşmesi ile yapılır. Böylece gizli bağış sözleşmesinin burada da elden bağış yoluyla yapılamaması nedeniyle, payın bedelsiz olarak devrini içeren bağış hususunda taraf iradelerini içerir yazılı bir devir sözleşmesinin bulunmaması nedeniyle muvazaalı pay devri hükümsüz olur.

Yargıtay tarafından verilen kararlarda da pay devirlerinin hükümsüzlüğünün TBK md. 19 hükmünde yer alan genel muvazaa kavramı çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Kararların gerekçesinde dile getirilen gizli bağış sözleşmesinin hükümsüzlüğüne dair yaklaşım, bağış sözleşmesi açısından Yargıtay tarafından da borçlanma işlemi ile tasarruf işlemleri açısından sebebe bağlılığı prensibinin kabul edildiğini göstermektedir. Bağış taahhüdü ile tasarruf işlemi arasındaki illiyet, muvazaa nedeniyle şekle aykırılıktan kurtulamayan borçlanma işlemindeki hükümsüzlüğü, tasarruf işlemine aksettirir ve böylece devir sözleşmesinin hükümsüzlüğü söz konusu olur.

Netice olarak senede bağlanmamış -çıplak- anonim ortaklık payı ve limited ortaklık paylarının mirasçılardan mal kaçırmak üzere bedelsiz veya çok düşük bedelli olarak muvazaalı devirlerinde mirasbırakanın tüm yasal mirasçıları yanında, mirasbırakanın alacaklıları da dahil olmak üzere menfaati olan herkes tarafından pay devrinin hükümsüzlüğü ileri sürülebilir. Böylelikle devredilen paylar terekeye döner ve mirasçılar yasal miras hisseleri oranında ortaklık payı üzerinde hak sahibi olurlar.

**KAYNAKÇA**

- Akıncı**, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, Sayram Yayınları, Konya 2012.
- Akkök**, Semih, Türk Hukuku'nda Miras Bırakanın Muvazaalı İşlemleri ve Buna Bağlanan Hukuki Sonuçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Altaş**, Soner, Pay Defteri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Antalya**, O. Gökhan/Sağlam, İpek, Marmara Hukuk Yorumu, Miras Hukuku, C. III, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Arslanlı**, Halil, Anonim Şirketler I, Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960.
- Arslantürk**, Merve, Muris Muvazaası, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara 2019.
- Ayan**, Mehmet, Miras Hukuku, 9. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- Aydın**, Beyza Nur, Anonim ve Limited Şirketlerde Pay Kavramı ve Pay Devri, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi SBE, Ankara 2022 (*Pay Devri*).
- Aydın**, Öztürk, Muris Muvazaası, Legal Kitabevi, İstanbul 2023 (*Muvazaa*).
- Bahtiyar**, Mehmet, Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımı, Beta Yayıncılık, İstanbul 1996.
- Bahtiyar**, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, 13. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2019 (*Ortaklıklar*).
- Bilgili**, Fatih/Demirkapı, Ertan, Şirketler Hukuku Dersleri, 7. Bası, Dora Yayıncılık, Bursa 2020.
- Bürge**, Wolfhart, Die Aktiengesellschaft (OR Art. 660-697), 5. Teil, Schulthess&CO AG, Zürich 1957.
- Can Bayhan**, Dilan, "Yargıtay Kararları Işığında Muris Muvazaası Olarak Değerlendirilmeyen İşlemler", Dicle Akademi Dergisi, C. 2, S. 2, s. 179-200.
- Çonkar**, M. Halil, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipliği Sıfatının İspatlanması, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.
- Derekaya**, Kemal Çağrı, Limited Şirketlerde Pay Devri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Domanıç**, Hayri, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi-II, Temel Yayınları, İstanbul 1988.
- Erdoğan**, İhsan, "Hukuki Muamelelerde Şekle Aykırılığın Sonuçları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 1997, s. 114-123.
- Eren**, Fikret/ Dönmez, Ünsal, Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C. I, m.1-48, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.

**Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

**Eriş**, Gönen, Ticari İşletme ve Şirketler, C. 3, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.

**Esener**, Turhan, Türk Hususî Hukukunda Muvazaalı Muameleler, Fakülteler Matbaası, Ankara 1956.

**Eviz**, Esra, Muris Muvazaası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

**Gençcan**, Ömer Uğur, Miras Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

**Gümüş**, Mustafa Alper, “Alacağın Temliki Sözleşmesinin Şekli”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, Temmuz 2011, s. 9-34.

**Gümüş**, Mustafa Alper, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.

**Günay**, Erhan, “Önalımda Muvazaa”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 11, S. 118, 2016, s.109-118.

**Halman Çetin**, Emine, Tasarrufun İptali Muvazaa İnançlı İşlem ve Nam-ı Müstear, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.

**Hatemi**, Hüseyin, Miras Hukuku, 6. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

**Hırş**, Ernst, Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Bası, Hak Kitabevi, İstanbul 1948.

**İnan**, Ali Naim/**Ertas**, Şeref/**Albaş**, Hakan, İnan Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku, 12. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.

**İnci**, Onur, Yargıtay Uygulamasında Muris Muvazaası, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

**Karayağın**, Yaşar, Mirasbırakanın Muvazaası mı? Tasarruf Özgürlüğü ve Saklı Payın Korunması mı? Bir Tartışma, Turhan Kitabevi, Ankara 2000.

**Kaya**, Hasan/**Kaya**, Ayşenur, Muris Muvazaası Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.

**Kendigelen**, Abuzer, Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, Beta Yayıncılık, İstanbul 1994.

**Kendigelen**, Abuzer/**Kırca**, İsmail, Şirketler Hukuku, C. III, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.

**Kılıç**, Harun, Anonim Ortaklık Paylarının Devrinde Şekil Şartı, Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ’ye Armağan, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.

**Kılıçoğlu**, M. Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2021.

**Kırca**, İsmail/**Şehirali Çelik**, Feyzan Hayal/**Manavgat**, Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku, C. I, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2013.

**Kocayusufpaşaoğlu**, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017 (*Borçlar*).

**Kocayusufpaşaoğlu**, Necip, Miras Hukuku, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987 (*Miras*).

**Meier-Hayoz**, Arthur/**Forstmoser**, Peter, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2012.

**Nar**, Ahmet, Türk Miras Hukukunda Tenkis, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

**Nomer**, N. Hâluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018.

**Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018 (*Borçlar I*).

**Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018 (*Borçlar II*).

**Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay-Özdemir**, Saibe, Eşya Hukuku, 16. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018.

**Özkaya**, Eraslan, İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.

**Özüğür**, Ali İhsan, Tenkis Muvazaa Mirasta İade Davaları, Adil yayıncılık, Ankara 1999.

**Poroy**, Reha/**Tekinalp**, Ünal/**Çamoğlu**, Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014 (*Ortaklıklar I*).

**Poroy**, Reha/**Tekinalp**, Ünal/**Çamoğlu**, Ersin, Ortaklıklar Hukuku II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017 (*Ortaklıklar II*).

**Pulaşlı**, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, 4. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.

**Ruhi**, Ahmet Cemal/**Ruhi**, Canan, Muris Muvazaası Davaları, 6. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.

**von Steiger**, Fritz, İsviçre’de Anonim Şirketler Hukuku, (Çev. Tahir Çağa), İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, İstanbul 1968.

**Sapanoğlu**, Süleyman, Muvazaa ve İnançlı İşlem Davaları, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

**Sarı**, Suat, Uygulamalı Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015.

**Sert Sütçü**, Selin, Miras Bırakanın Muvazaalı Hukuki İşlemleri ve Sonuçları, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.

**Serozan**, Rona, Taşınır Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2002.



**Serozan, Rona/Engin,** Baki İlkay, Miras Hukuku, 8. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

**Sevi,** Ali Murat, Anonim Ortaklıkta Payın Devri, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.

**Şener,** Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

**Taşdelen,** Nihat, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipliği Sıfatının Kazanılması, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.

**Tekdoğan,** Aydın, Muris Muvazaası Nedeniyle Açılan Tapu İptal ve Tescil Davaları, 7. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024 (*Muris Muvazaası*).

**Tekdoğan,** Aydın, Mirasta Denkleştirme ve Tenkis Davaları, 7. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024 (*Tenkis*).

**Tekinay,** Selâhattin Sulhi/**Akman,** Sermet/**Burcuoğlu,** Halûk/**Altop,** Atillâ, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1988.

**Teoman,** Ömer, Hisse Senetlerinin Devri, Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I, Hukuki Mütalaalar, Kitap 8, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 1999.

**Teoman,** Ömer, Bağlı Nama Yazılı Pay (Senedi) ve Halka Açık Anonim Ortaklık Kavramları Üstüne Düşünceler, Otuz Yıl Ticaret Hukuku Tüm Makalelerim, C. I, 1971-1982, Beta Yayıncılık, İstanbul 2000.

**Tercier,** Pierre/**Pichonnaz,** Pascal/**Develioğlu,** H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

**Topuz,** Murat, “Yargıtay Kararları Işığında Muris Muvazaasını Gösterir Emareler”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 15, S. 2-2, 2016, s. 709-727.

**Türk,** Ahmet, Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

**Uçar,** Sercan, Anonim Şirket Paylarının Devrinde Önalım ve Öncelik Hakları, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

**Ülgen,** Hüseyin/**Helvacı,** Mehmet/**Kaya,** Arslan/**Nomer Ertan,** N. Füsün, Kıymetli Evrak Hukuku, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.

**von Tuhr,** Andreas, (Çev. Cevat EDEGE), Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. I-II, Yargıtay Yayınları, Ankara 1983.

**Yavuz,** Nihat, Muvazaa İnançlı İşlem Nam-ı Müstear ve Kanuna Karşı Hile Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

**Yıldırım,** Ali Haydar, “Limited Ortaklık Pay Devirleri Muris Muvazaası Nedeniyle Geçersiz Kılınabilir mi?”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, BTHAE, Ankara 2021, s. 235-261.

**Yılmaz**, Abdülkadir, Türk Hukukunda Muris Muvazaası, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.

**Yılmaz**, Süleyman/**Pınar**, Hamdi, “İnançlı İşlemlerin Muvazaalı İşlemlerle Karşılaştırılması Üzerine Bir Değerlendirme”, AÜHFD, C. 68, S. 4, 2019, s. 959-998.

**Yıldız**, Şükrü, Anonim Ortaklıkta Yeni Pay Alma Hakkı, Beta Yayıncılık, İstanbul 1996.

[www.bger.ch](http://www.bger.ch) (Bger)

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

[www.karararama.yargitay.gov.tr](http://www.karararama.yargitay.gov.tr) (Yargıtay)