

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

The Journal of Akdeniz University Faculty of Law



Cilt: XIV - Sayı: I - Yıl: Haziran - 2024

Volume: XIV - Issue: I - Year: June - 2024

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

- Doç. Dr. Süleyman DOST
Savaş Esirleri Konusunda İslam Hukuku Kuralları ile Uluslararası İnsancıl Hukuk Kurallarının Karşılaştırılması
Comparison of Islamic Law Rules with International Humanitarian Law Rules on Prisoners of War
- Dr. Öğr. Üyesi Hakan KAŞKA
Kendini Askerliğe Yaramayacak Hâle Getirmek ve Rıza ile Bu Hâle Getirtmek ile Başkasını Askerliğe Yaramayacak Hâle Getirmek Suçları (1632 Numaralı Askerî Ceza Kanunu Madde 79, 80)
Crimes of Making Yourself Unfit for Military Service and Making Yourself to This Situation with Consent and Making Someone Else Unfit for Military Service (Military Penal Code No. 1632 art.79, 80)
- Dr. Öğr. Üyesi A. Aslı ŞİMŞEK ÖNER
Engelli Kadınlar İçin Engelsiz Adalet Mümkün Mü?: Adalete Erişim Hakkı Çerçevesinde Bir İnceleme
Is Barrier-Free Justice Possible for Women with Disabilities?: A Review within the Framework of the Right to Access to Justice
- Dr. Mustafa GÖKER
The Issues of Scope and Legal Status in WTO - IMF Consultations
DTÖ - IMF Danışmalarında Kapsam ve Hukuki Statü Meseleleri
- Arş. Gör. Dr. Damla AKKAYA
Irak-Türkiye Ham Petrol Boru Hattı Uyuşmazlığına İlişkin Hakem Kararı ve Rebus Sic Stantibus İlkesi
Arbitration Award on the Iraq-Türkiye Crude Oil Pipeline Dispute and the Principle of Rebus Sic Stantibus
- Arş. Gör. İpek Nur GÜMÜŞAY
İptal Davasında Kişisel Menfaat Unsuru Açısından Barolar Üzerine Bir Değerlendirme
An Evaluation on Bar Associations in Terms of the Element of Personal Interest in Annulment Action
- Ömrüm Dilek ERSOY
7338 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Vergi İncelemesine Başlamanın Hukuki Niteliği
Legal Nature of Initiating a Tax Audit within the Scope of the Amendment Made to Law which No. 7338
- Feyza Elif CANBAZ KARACİF
İletişimin Tespiti Kayıtları (HTS) ve Haberleşme Özgürlüğü
Historical Traffic Search (HTS) and Freedom of Communication

ANTALYA 2024

ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW

- Prof. Dr. Mehmet Fahrettin ÖNDER - Enes Talha EĞİLMEZ
Limited Şirket Sözleşmesinde Emredici Hükümler İlkesi
The Principle of Mandatory Provisions in the Limited Company Contract
- Dr. Öğr. Üyesi Dilşah Buşra KARTAL
İpotekli Taşınmazın Devri Halinde Borcun Üstlenilmesi
Assumption of Debt in Case of the Transfer of a Mortgaged Immoveable Property
- Dr. Öğr. Üyesi Gökmen GÜNDOĞDU
Güncel Yargıtay Kararları Işığında Rekabet İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davalarında Zamanlaşımı Sorunu
The Statute of Limitations in Actions for Damages for Breach of Competition Law in the Light of Recent Decisions of the Court of Cassation
- Dr. Öğr. Üyesi Mesut KÖKSOY
Arbululukta Tarafların Anlaşmasına Rağmen Anlaşma Belgesi Düzenlenmemesi
Not Regulate an Agreement Document Despite the Agreement of the Parties in Mediation
- Dr. Öğr. Üyesi Ramazan KORKMAZ
Alman Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak İflâs İdare Memurunun Seçimi ve Görevlendirilmesi
Selection and Appointment of Bankruptcy Administrator in Comparison with German Law
- Dr. Öğr. Üyesi Cansu KORKMAZ
İhalenin Feshi Bakımından Hukukî Yarar Şartının Özellikle Zarar Kavramı Yönünden Değerlendirilmesi
Evaluation of the Legal Interest Condition for Termination of the Tender, Especially in Terms of the Concept of Damages
- Dr. Öğr. Üyesi Meltem KARATEPE KAYA
Bir Kıymetli Evrak Türü Olarak Sukukun Sürdürülebilir Hedefler İçin Kullanılması: Yeşil Sukuk Üzerine Bir Analiz
An Analysis on the Use of Sukuk as a Financial Instrument for Sustainable Goals: A Study on Green Sukuk
- Arş. Gör. Dr. Bünyamin KARTAL
İhalenin Feshi Taleplerinde Hukukî Yarar
Legal Interest in Requests for Invalidation of Auction
- Onur MEMİŞOĞLU
Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunda Azınlığın Temsili
Representation of Minority in Joint Stock Company Board of Management
- Elif BİLEN
Taşınmaz Satış Sözleşmelerinin Noterlerde Düzenlenmesi
Notarization of Real Estate Sale Agreements

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi yılda iki sayı (Haziran, Aralık) olarak yayımlanan,
Index to Foreign Legal Periodicals'ta ve 2013 yılından bu yana
TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizini Hukuk Veritabanı'nda taranan hakemli bir dergidir.*

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı

Adına Sahibi

Prof. Dr. Necla ÖZTÜRK

Sorumlu Müdür ve Editör

Doç. Dr. Ayşe ARAT

Editör Yardımcısı

Arş. Gör. Dr. Melih İŞİK

Arş. Gör. Yakup ÇOKKAŞ

Arş. Gör. Dr. Bülent Ferat İŞÇİ

Arş. Gör. Rahman İRİ

İletişim Adresi

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı PK. 10

Dumlupınar Bulvarı 07070 Kampus/ANTALYA

Tel: 0242 227 69 75-76

Faks: 0242 227 69 77

E-posta: hukukdergi@akdeniz.edu.tr

Elektronik Ağ: www.akdeniz.edu.tr/hukuk

Sayfa & Kapak Tasarımı

Emre KIZMAZ

Yayıncısı

Seçkin Yayıncılık A.Ş. (Sertifika No: 45644)

Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13

Çankaya / ANKARA

Tel: 0312 435 30 30

Faks: 0312 435 24 72

Yayın Yeri | Yılı

ANKARA | Haziran 2024

ISSN

2147-3854

E-ISSN

2979-9325

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bütün sayılarına HeinOnline ve Jurix veri tabanları üzerinden ulaşılabilmektedir.

The Journal of Akdeniz University Faculty of Law is a refereed journal, published biannually (June, December) and cited in the Index to Foreign Legal Periodicals (IFLP) and since 2013 in the TUBITAK ULAKBIM TR Index Legal Database.*

Publisher

Akdeniz University Faculty of Law

Representative of the Publisher

Prof. Dr. Necla ÖZTÜRK

Managing Director and Editor in Chief

Assoc. Prof. Dr. Ayşe ARAT

Vice Editor

Res. Asst. Dr. Melih İŞİK

Res. Asst. Yakup ÇOKKAŞ

Res. Asst. Dr. Bülent Ferat İŞÇİ

Res. Asst. Rahman İRİ

Contact Information

Deanery of Akdeniz University Faculty of Law
Dumlupınar Blvd. 07070 Campus / Antalya / Turkey

Phone: 0242 227 69 75-76

Fax: 0242 227 69 77

E-mail: hukukdergi@akdeniz.edu.tr

Website: www.akdeniz.edu.tr/hukuk

Layout and Cover Design

Emre KIZMAZ

Publisher

Seçkin Yayıncılık A.Ş. (Sertifika No: 45644)

Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13

Çankaya / ANKARA

Tel: 0312 435 30 30

Faks: 0312 435 24 72

Publication Location | Date

ANKARA | June 2024

ISSN

2147-3854

E-ISSN

2979-9325

* All issues of the Journal of Akdeniz University Faculty of Law are accessible via HeinOnline and Jurix Databases.

YAYIN KURULU
(Publishing Board)

Prof. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
Antalya / Türkiye

Prof. Dr. Mustafa Erdem CAN

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
Antalya / Türkiye

Prof. Dr. Andreas EICKER

Luzern Üniversitesi Hukuk Fakültesi
(Universität Luzern, Rechtswissenschaftliche Fakultät)
Ceza, Ceza Muhakemesi ve Uluslararası
Ceza Hukuku ve Kriminoloji Öğretim Üyesi
Luzern / İsviçre

Prof. Dr. iur. Ulrich M. GASSNER

Ausburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi
(Universität Ausburg, Juristische Fakultät)
Kamu Hukuku Öğretim Üyesi
Ausburg / Almanya

Prof. Dr. Hayri KESER

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
Antalya / Türkiye

Prof. Dr. Nedim MERİÇ

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi
Antalya / Türkiye

Doç. Dr. Esra CENKÇİ

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
Antalya / Türkiye

Doç. Dr. Ahmet Kürşat ERSÖZ

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
Antalya / Türkiye

Doç. Dr. Loïc LEVOYER

Poitiers Üniversitesi Hukuk Fakültesi
(Université de Poitiers, Faculté de Droit)
Kamu Hukuku Öğretim Üyesi
Poitiers / Fransa

Doç. Dr. Karine MICHELET

Poitiers Üniversitesi Hukuk Fakültesi
(Université de Poitiers, Faculté de Droit)
Kamu Hukuku Öğretim Üyesi
Poitiers / Fransa

Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
Antalya / Türkiye

Dr. Öğr. Üyesi Ramazan Barış ATLADI

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi
Antalya / Türkiye

Dr. Öğr. Üyesi Furkan KARARMAZ

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi
Antalya / Türkiye

Dr. Öğr. Üyesi Bilge BİNGÖL SCHRIJER

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
Antalya / Türkiye

Dr. Öğr. Üyesi Yılmaz YURTSEVEN

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
Antalya / Türkiye

DANIŞMA KURULU

(Advisory Board)

Prof. Dr. Şahin AKINCI

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi
İstanbul / Türkiye

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK

Medipol Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ceza Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi
İstanbul / Türkiye

Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN

Medipol Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Hukuk Tarihi Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi
İstanbul / Türkiye

Prof. Dr. Enver BOZKURT

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi
Gaziantep / Türkiye

Prof. Dr. Arslan KAYA

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi
İstanbul / Türkiye

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi
İstanbul / Türkiye

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi
Ankara / Türkiye

Prof. Dr. Aziz TAŐDELEN

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Mali Hukuk Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi
Antalya / Türkiye

Prof. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAG

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi
İstanbul / Türkiye

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi
Ankara / Türkiye

Prof. Dr. Turan YILDIRIM

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi
İstanbul / Türkiye

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
YAYIN İLKELERİ

1. Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yılda iki sayı (Haziran, Aralık) olmak üzere 2011 yılından bu yana “Hakemli Dergi” statüsünde yayımlanan, 2013 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM TR Dizin Hukuk Veri Tabanında dizinlenen bir dergidir.
2. Dergiye gönderilecek yazılar özgün, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Gönderilen makale hakkında öncelikle benzerlik raporu alınır ve yayın ilkelerine göre incelenir. Benzerlik oranı % 20'nin üzerinde olan çalışmalar hakkında yayın talebi sırf bu nedenle reddedilebilir. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan ve derginin yayın ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
4. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan ve derginin yayın ilkelerine uygun olan yazılar hakeme gönderilir. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesince düzeltme istenmesine ya da yazının yayımlanması talebinin reddine karar verilir ve durumdan yazar en kısa sürede haberdar edilir.
5. Yazarlar, unvanları, görev yaptıkları kurumları, ORCID numarası, telefon numarası ve e-posta adresi içeren yazarlık katkısı dosyasını Dergipark'a yüklemelidir. Gönderilen çalışmalarda ilk olarak benzerlik raporu alınacak olup benzerlik oranı %20'nin üzerinde olan çalışmalar inceleme sürecine dahil edilmez. İlk sayımız (Haziran) için son tarih 15 Nisan, ikinci sayımız (Aralık) için son tarih 15 Ekim'dir. Bu tarihlerden sonra gönderilen çalışmalar, sonraki sayı için işleme alınır.
6. Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde yayımlanmak üzere gönderilen eserler, Chicago stili (Notes and Bibliography / Dipnotlar ve Kaynakça) ile uyumlu olmalıdır. Yazılar bilgisayarda, Times New Roman, ana metin 11 punto, dipnot 9 punto; yazı aralığı ana metin 1,5 aralık, dipnot 1 aralık şeklinde hazırlanıp Dergipark üzerinden gönderilmelidir.
7. Derginin yazı dili Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızcadır. Makalelerde en az 250, en fazla 300 kelimedenden oluşan Türkçe veya ilgili dilde öz bölümlerine yer verilmeli ve en az 5, en çok 15 anahtar kelimenin de Türkçe veya ilgili dilde yazıya eklenmesi gerekmektedir. Özetleri takiben tüm makaleler için ayrıca 600 ila 800 kelime arası İngilizce genişletilmiş özet yer almalıdır. Yayın başvurusuna konu edilen makalenin -dipnotlar dahil olmak üzere- en fazla 20.000 kelimedenden oluşması gerekmekte olup asgari bir kelime sınırı yoktur.
8. Yazının başlığı, siyah ve tümü büyük harf karakterinde olmalıdır. Başlığın hemen altında sayfa sağına yanaştırılmış olarak yazar adı belirtilmelidir ve soyadın sonuna bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta ise; yazarın üniversitesi veya bağlı olduğu kurumu ile unvanı, e-mail adresi ve ORCID ID bilgileri belirtilmelidir.

Örn.: Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, xyz@gmail.com, ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-5077-4747>.

9. Metin içerisindeki başlıklar aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

I. KOYU VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

A. KOYU VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

1. Koyu ve Sadece İlk Harfler Büyük

a. Beyaz ve Sadece İlk Harfler Büyük

a.1. Beyaz ve Sadece İlk Harfler Büyük

“GİRİŞ” başlığı kullanıldığı takdirde numaralandırılmamalıdır.

10. Kısaltmalar cetveline ve içindekiler kısmına yer verilmemelidir.

11. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Kullanılan her bir kaynak bakımından ilk atıf, kaynağı tanıtıcı tam bilgiyi içermelidir.

a) Kitaba yapılan atıflarda;

i. Tek yazarlı kitaplarda ilk ve sonraki atıf: yazarın Adı Soyadı, *Kitabın Adı* (Basıldığı Yer: Yayınevi, Basıldığı Yıl), Sayfa numarası yazılmalıdır; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın Soyadı, kitabın *Kısaltılmış Adı* ve sayfa numarası belirtilmelidir.

Örn.: Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: Yetkin Yayınları, 2010), 178.

Sonraki atıf: Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 178.

ii. Çok yazarlı kitaplarda ilk ve sonraki atıf: Yazarın Adı Soyadı ve Diğer Yazarın Adı Soyadı, *Kitabın Adı* (Basıldığı Yer: Yayınevi, Basıldığı Yıl), Sayfa numarası yazılmalıdır; aynı esere yapılan sonraki atıflarda yazarların Soyadları, kitabın *Kısaltılmış Adı* ve sayfa numarası belirtilmelidir.

Örn.: Bahtiyar Akyılmaz; Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (Ankara: Savaş Kitabevi, 2021), 222.

Sonraki atıf: Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *İdare Hukuku*, 222.

iii. Editörlü kitaplarda ilk ve sonraki atıf: Editörün Adı Soyadı, editör, *Eserin Adı* (Basıldığı Yer: Yayınevi, Basıldığı Yıl), Sayfa numarası yazılmalıdır; sonraki atıflarda Editörün Soyadı, *Eserin Kısaltılmış Adı*, Sayfa numarası belirtilmelidir.

Örn.: Richmond Lattimore, editör, *The Iliad of Homer* (Chicago: University of Chicago Press, 1951), 91–92.

Sonraki atıf: Lattimore, *Iliad*, 24.

b) Makaleye yapılan ilk atıflarda, yazarın Adı Soyadı, “Makalenin Başlığı”, *Yayımlandığı Derginin İsmi* Derginin Cilt Numarası, Sayı (Yıl Bilgileri): Atıf yapılan sayfa/lar gösterilmelidir. Yazarın ad ve soyadı kalın ve küçük harfle belirtilmelidir. Aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın Soyadı, gerekliyse makalenin *Kısaltılmış Adı* ve sayfa numarası belirtilmelidir.

Örn.: İlk atıf: Merih Öden, “Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnemelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi”, *AÜHFD* 58, S.3 (2009): 659-691.

- Sonraki atıf: Merih Öden, “Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi”, 660.
- c) İnternet sitesine yapılan atıflarda; “Hukuk Fakültesi Tarihçesi,” Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Erişim Tarihi: Haziran 25, 2021, <http://hukuk.akdeniz.edu.tr/tarihce/>.
- d) Yargı kararlarının ve davaların dipnotta gösterim şekli;
Y11.HD, 11.11.2021, E.2021/12, K.2021/15
D10.D, 11.11.2021, E.2021/12, K.2021/15
AYM Kararı, Başvuru No: 2021/12, 11.11.2021, §30
12. Makalenin sonunda kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir.
- a) **Kitaplar** kaynakçada aşağıdaki şekilde gösterilmelidir:
- i. Tek yazarlı kitaplarda: Yazarın Soyadı, Adı. *Kitabın Adı*. Basıldığı Yer: Basıldığı Yer: Yayınevi, Basıldığı Yıl.
Örn.: Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2020.
- ii. Birden çok yazarlı kitaplarda: Yazarın Soyadı, Adı. *Kitabın Adı*. Basıldığı Yer: Yayınevi, Basıldığı Yıl.
Örn.: Akyılmaz, Bahtiyar; Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Savaş Kitabevi, 2021.
- iii. Editörlü kitaplarda: Yazarın Soyadı, Adı, editor. *Eserin Adı*. Basıldığı Yer: Yayınevi, Basıldığı Yıl
Örn.: Lattimore, Richmond, editör. *The Iliad of Homer*. Chicago: University of Chicago Press, 1951
- b) **Makaleler** kaynakçada aşağıdaki şekilde gösterilmelidir:
Yazarın Soyadı, Adı. “Makalenin Başlığı.”, *Yayımlandığı Derginin İsmi Derginin Cilt, Sayı (Yıl Bilgileri)*: Makalenin ilk ve son sayfa numaraları.
- c) **İnternet sitesi**, kaynakçada şu şekilde gösterilmelidir:
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi. “Hukuk Fakültesi Tarihçesi.” Erişim Tarihi: Haziran 25, 2021. <http://hukuk.akdeniz.edu.tr/tarihce/>.
13. Dipnotta birden fazla esere atıf yapıldığı takdirde, bunlar birbirinden noktalı virgülle ayrılmalıdır.
14. 25 Şubat 2020 tarihli ULAKBİM kararıyla getirilen "Tüm bilim dalları için (Sosyal Bilimler dahil), etik kurul kararı gerektiren klinik ve deneysel insan ve hayvanlar üzerindeki çalışmalar için ayrı ETİK KURUL ONAYI alınmış olmalı, bu onay makalede belirtilmeli ve belgelendirilmelidir." şartı bakımından; yazar tarafından, bu şartı ilgilendiren çalışmalarında ilgili belgelerin temin edilmesi ve çalışmalarıyla beraber sisteme yüklenmek üzere dergiye gönderilmesi gerekmektedir. Bu şartı sağlamayan yayınlar dergiye kabul edilmeyecektir.

15. Dergide yayımlanması talebiyle editöre gönderilen eserler iki hakemin olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakem tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayımlanmaz.
16. Dergide yayımlanan yazılar karşılığında yazara telif ücreti ödenmez. Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı ve/veya Dekanlığın yetkilendirdiği kişi ve/veya kurum, yayımlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur. Dekanlık bu konuda münhasır yetkilidir. Yazar, dergide yayımlanması talebiyle yazı göndermekle bu hususu kabul etmiş sayılır.
17. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında *kitap incelemesi*, *mevzuat değerlendirmesi* ve *bilgilendirici notlara* da yer verilir. Bu nitelikteki yazıların değerlendirilmesi Yayın Kurulu tarafından yapılır.

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

Savaş Esirleri Konusunda İslam Hukuku Kuralları ile Uluslararası İnsancıl Hukuk Kurallarının Karşılaştırılması

Doç. Dr. Süleyman DOST 3

Kendini Askerliğe Yaramayacak Hâle Getirmek ve Rıza ile Bu Hâle Getirtmek ile Başkasını Askerliğe Yaramayacak Hâle Getirmek Suçları (1632 Numaralı Askerî Ceza Kanunu Madde 79, 80)

Dr. Öğr. Üyesi Hakan KAŞKA 57

Engelli Kadınlar İçin Engelsiz Adalet Mümkün Mü?: Adalete Erişim Hakkı Çerçevesinde Bir İnceleme

Dr. Öğr. Üyesi A. Aslı ŞİMŞEK ÖNER 85

The Issues of Scope and Legal Status in WTO - IMF Consultations

Dr. Mustafa GÖKER 117

Irak-Türkiye Ham Petrol Boru Hattı Uyuşmazlığına İlişkin Hakem Kararı ve *Rebus Sic Stantibus* İlkesi

Arş. Gör. Dr. Damla AKKAYA 149

İptal Davasında Kişisel Menfaat Unsuru Açısından Barolar Üzerine Bir Değerlendirme

Arş. Gör. İpek Nur GÜMÜŞAY 175

7338 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Vergi İncelemesine Başlamann Hukuki Niteliği

Ömrüm Dilek ERSOY 209

İletişimin Tespiti Kayıtları (HTS) ve Haberleşme Özgürlüğü

Feyza Elif CANBAZ KARACİF 233

ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW**Limited Şirket Sözleşmesinde Emredici Hükümler İlkesi**

Prof. Dr. Mehmet Fahrettin ÖNDER - Enes Talha EĞİLMEZ 259

İpotekli Taşınmazın Devri Halinde Borcun Üstlenilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Dilşah Buşra KARTAL 287

Güncel Yargıtay Kararları Işığında Rekabet İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davalarında Zamanaşımı Sorunu

Dr. Öğr. Üyesi Gökmen GÜNDOĞDU 301

Arabuluculukta Tarafların Anlaşmasına Rağmen Anlaşma Belgesi Düzenlenmemesi

Dr. Öğr. Üyesi Mesut KÖKSOY 337

Alman Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak İflâs İdare Memurunun Seçimi ve Görevlendirilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Ramazan KORKMAZ 361

İhalenin Feshi Bakımından Hukukî Yarar Şartının Özellikle Zarar Kavramı Yönünden Değerlendirilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Cansu KORKMAZ 401

Bir Kıymetli Evrak Türü Olarak Sukukun Sürdürülebilir Hedefler İçin Kullanılması: Yeşil Sukuk Üzerine Bir Analiz

Dr. Öğr. Üyesi Meltem KARATEPE KAYA 443

İhalenin Feshi Taleplerinde Hukukî Yarar

Arş. Gör. Dr. Bünyamin KARTAL 473

Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunda Azınlığın Temsili

Onur MEMİŞOĞLU 511

Taşınmaz Satış Sözleşmelerinin Noterlerde Düzenlenmesi

Elif BİLEN 545

CONTENTS

PUBLIC LAW

Comparison of Islamic Law Rules with International Humanitarian Law Rules on Prisoners of War

Assoc Prof. Dr. Süleyman DOST 4

Crimes of Making Yourself Unfit for Military Service and Making Yourself to This Situation with Consent and Making Someone Else Unfit for Military Service (Military Penal Code No. 1632 art.79, 80)

Asst. Prof. Dr. Hakan KAŞKA 58

Is Barrier-Free Justice Possible for Women with Disabilities?: A Review within the Framework of the Right to Access to Justice

Asst. Prof. Dr. A. Aslı ŞİMŞEK ÖNER 86

DTÖ - IMF Danışmalarında Kapsam ve Hukuki Statü Meseleleri

Dr. Mustafa GÖKER 118

Arbitration Award on the Iraq-Türkiye Crude Oil Pipeline Dispute and the Principle of *Rebus Sic Stantibus*

Res. Asst. Dr. Damla AKKAYA 150

An Evaluation on Bar Associations in Terms of the Element of Personal Interest in Annulment Action

Res. Asst. İpek Nur GÜMÜŞAY 176

Legal Nature of Initiating a Tax Audit within the Scope of the Amendment Made to Law which No. 7338

Ömrüm Dilek ERSOY 210

Historical Traffic Search (HTS) and Freedom of Communication

Feyza Elif CANBAZ KARACİF 234

ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW**The Principle of Mandatory Provisions in the Limited Company Contract**

Prof. Dr. Mehmet Fahrettin ÖNDER - Enes Talha EĞİLMEZ 260

Assumption of Debt in Case of the Transfer of a Mortgaged Immoveable Property

Asst. Prof. Dr. Dilşah Buşra KARTAL 288

The Statute of Limitations in Actions for Damages for Breach of Competition Law in the Light of Recent Decisions of the Court of Cassation

Asst. Prof. Dr. Gökmen GÜNDOĞDU 302

Not Regulate an Agreement Document Despite the Agreement of the Parties in Mediation

Asst. Prof. Dr. Mesut KÖKSOY 338

Selection and Appointment of Bankruptcy Administrator in Comparison with German Law

Asst. Prof. Dr. Ramazan KORKMAZ 362

Evaluation of the Legal Interest Condition for Termination of the Tender, Especially in Terms of the Concept of Damages

Asst. Prof. Dr. Cansu KORKMAZ 402

An Analysis on the Use of Sukuk as a Financial Instrument for Sustainable Goals: A Study on Green Sukuk

Asst. Prof. Dr. Meltem KARATEPE KAYA 443

Legal Interest in Requests for Invalidation of Auction

Res. Asst. Dr. Bünyamin KARTAL 473

Representation of Minority in Joint Stock Company Board of Management

Onur MEMİŞOĞLU 512

Notarization of Real Estate Sale Agreements

Elif BİLEN 545

KAMU HUKUKU

PUBLIC LAW

SAVAŞ ESİRLERİ KONUSUNDA İSLAM HUKUKU KURALLARI İLE ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUK KURALLARININ KARŞILAŞTIRILMASI^(*)

Doç. Dr. Süleyman DOST^(**)

Öz

Uluslararası alanda ortaya çıkan hukuki sorunlar, yazılı ve yazılı olmayan uluslararası hukuk kurallarının uygulanmasıyla ile çözülmeye çalışılmaktadır. Ancak mevcut ilke, kural ve uygulamaların bu sorunları her zaman çözmeye yetmediği görülmektedir. Yetersiz kalınan işbu alanlardaki sorunların çözümü için dünyadaki farklı hukuk sistemlerinden yararlanılmaktadır. Bu farklı hukuk sistemlerinden birisi de ihtiva ettiği ilke, kural ve uygulamaları ile İslam Hukuk sistemidir. Kelime olarak, "barış, kurtuluş ve esenlik" anlamlarına gelen İslam'ın ortaya çıkış amacı, insanlığın barışı, kurtuluşu ve esenliğidir. İnsanlığın karşılaştığı sorunların çözümü için, bütün alanlarda olduğu gibi uluslararası insancil hukukta da, İslam'ın getirdiği ilke, kural ve uygulamalardan yararlanılmaktadır. Çünkü İslam hukukunda esirlerle ilgili yazılı ve yazılı olmayan kurallar 1400 yıl önce konulmuştur. Buna karşılık modern uluslararası insancil hukukta esirlere dair kurallar, ancak 20. yüzyıl başlarında yazılı hale getirilmeye başlanmıştır. Bu yönüyle İslam hukukunun esirler ile ilgili bu birikiminden yararlanılması gerektiği söylenmelidir. Şimdiye kadar bu konuda yapılan çalışmalar, daha çok İslam hukukçuları tarafından ele alınmıştır. Bu nedenle esirler ile ilgili insancil hukuk kurallarını daha ayrıntılı ele alan çalışma ihtiyacı kendini göstermektedir. Bu amaçla hazırlanan çalışmada, esirler konusunda İslam hukukunda öngörülen ilke ve kurallar ile insancil hukukta bulunan ilke ve kurallar karşılaştırılmaktadır. Bu karşılaştırma, kaynaklar, esir kavramı, ilkeler, esirlere uygulanacak muamele ve esirliğin sona ermesi halleri bakımından yapılmaktadır. Bu kapsamda İslam hukukunun esirlere ilişkin kurallarının kaynakları olan ilgili ayet, hadis ve diğer kaynaklar ile insancil hukukun esirlere ilişkin temel kaynakları olan 1949 tarihli Harp Esirlerine Yapılacak Muamele ile İlgili Cenevre Sözleşmesi (III. Sözleşme) ve 1977 tarihli Silahlı Çatışmalarda Mağdurların Korunmasına İlişkin I. Ek Protokol'deki ilgili ilke ve kurallar incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler

Esir, Esirlerle İlgili İlke ve Kurallar, Esirlere Yapılacak Muamele, İslam Hukuku, Uluslararası İnsancil Hukuk, Savaş.

^(*) [Makalenin Dergiye Geliş Tarihi:](#) 04.03.2024 - [Makalenin Kabul Edildiği Tarih:](#) 03.04.2024, [DOI No:](https://doi.org/10.54704/akdhfd.1446652) <https://doi.org/10.54704/akdhfd.1446652>.

Bu makale, 24-26 Mayıs 2023 tarihlerinde düzenlenen ASOS9. Uluslararası Hukuk Sempozyumu'nda "Savaş Esirlerine Yapılacak Muamele Konusunda İslam Hukuku Kuralları ile Uluslararası İnsancil Hukuk Kurallarının Karşılaştırılması" başlığı ile sunulan tebliğin, yeni başlığı ile makale formatında yazılmış halidir.

^(**) Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı / Isparta, Türkiye. [E-posta:](mailto:suleymandost@sdu.edu.tr) suleymandost@sdu.edu.tr, [Orcid Id:](https://orcid.org/0000-0003-0317-6389) <https://orcid.org/0000-0003-0317-6389>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

COMPARISON OF ISLAMIC LAW RULES WITH INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW RULES ON PRISONERS OF WAR

Abstract

Legal problems arising in the international area are tried to be solved by applying written and unwritten rules of international law. However, it seems that current principles, rules and practices are not always sufficient to solve these problems. Different legal systems around the world are used to solve problems in these areas where they are inadequate. One of these different legal systems is the Islamic Legal System with its principles, rules and practices. The purpose of the emergence of Islam, which literally means "peace, salvation and well-being", is the peace, salvation and well-being of humanity. In order to solve the problems faced by humanity, the principles, rules and practices brought by Islam are used in international humanitarian law, as in all fields. Because written and unwritten rules regarding captives in Islamic law were established 1400 years ago. On the other hand, the rules regarding prisoners in modern international humanitarian law began to be written down only in the early 20th century. In this respect, it should be benefited from the accumulation of Islamic law regarding captives. The studies carried out on this subject so far have been handled mostly by Islamic jurists. For this reason, there is a need for a study that addresses the humanitarian law rules regarding prisoners in more detail. In the study prepared for this purpose, the principles and rules stipulated in Islamic law regarding prisoners are compared with the principles and rules in humanitarian law. This comparison is made in terms of resources, the concept of captivity, principles, the treatment to be applied to captives and the ending of captivity. In this context, relevant verses, hadiths and other sources, which are the sources of the rules of Islamic law regarding captives, are discussed. Similarly, the relevant principles and rules in the 1949 Geneva Convention Concerning the Treatment of Prisoners of War (Convention III) and the 1977 Additional Protocol I Concerning the Protection of Victims in Armed Conflicts, which are the main sources of humanitarian law regarding prisoners, are examined.

Keywords

Prisoner, Principles and Rules Regarding Prisoners, Treatment of Prisoners, Islamic Law, International Humanitarian Law, War.

Extended Abstract

In this article, the principles and rules of humanitarian law regarding prisoners are compared with the principles and rules of Islamic law. This comparison was made in terms of resources, the concept of captivity, principles, the treatment to be applied to captives and the end of captivity.

1. *In terms of sources*, the primary sources of humanitarian law are international agreements, customary rules and general principles of law. The rules emerging as a custom regarding captivity have been codified since the beginning of the 20th century.

The sources of Islamic law regarding captivity, as in other subjects, are the Quran, sunnah, ijma and qiyas. Unfortunately, these principles and rules, as in other issues, have not been brought to the attention of the international community as a universal system.

2. There are some differences between Islamic law and humanitarian law *in terms of the concept of captive*. In humanitarian law, prisoners are combatants who fall into the hands of an enemy during an international armed conflict. For this reason, people without warrior status, spies and mercenaries are not considered prisoners.

However, in Islamic law, as a rule, men are considered captives. However, anyone who actually participates in the war and falls into the hands of the opposing party, regardless of their status and gender, whether male, female, spy or mercenary, is considered a prisoner. The decisive criterion here is that the person actually participates in the war and is not a Muslim.

3. *In terms of basic principles regarding captives*, humanitarian law and Islamic law are similar in many issues. For example, the prisoner is under the authority of the state. The prisoner cannot be punished just because he participated in the war. Torture of captives, reprisals, insults and rape of women are prohibited.

However, there are some unique principles adopted by Islamic law. For example, women and children cannot be separated from each other. No ransom can be taken for women, children and elderly captives. As a rule, captured Muslims are not considered prisoners. A deceased prisoner cannot be cremated, even if his own religion requires it.

4. There are many similar or identical issues between humanitarian law and Islamic law *in terms of the treatment of prisoners of war*. For example, captives must be informed and questioned in a language they understand. Minimum humane conditions must be met in terms of shelter, nutrition, clothing and health of the prisoners. Prisoners have the right to communicate, access justice, make demands, complain and practice their religion. Prisoners cannot be tortured, ill-treated or mutilated.

There are also humanitarian law rules regarding the treatment of captives that are not foreseen in Islamic law, but cannot be considered contrary to it. For example, prisoners may be kept in a camp. Precautions and rules can be put in place to ensure discipline in the camp and prevent the prisoner from escaping. The captive must abide by the laws of the captive state. The principle of legality is applied in the trial of prisoners, crime and punishment.

Islamic law also has its own rules regarding the treatment of captives: For example, captives who are family members cannot be separated from each other. Prisoners have the right to continue their daily lives, provided that they comply with security measures. Health and religious officials cannot be taken captive, even to help prisoners. As a rule, prisoners cannot be forced to work.

5. There are some differences between Islamic law and humanitarian law *in terms of ending captivity*. In humanitarian law, the only condition for the end of captivity is the end of active conflict. Islamic law, on the other hand, has adopted as ways to end captivity of free release without ransom, release with ransom, release through exchange, killing of captives and enslavement.

Islamic law gives the captive state the right of discretion regarding the fate of the captives: The state can release the captives without ransom, in exchange for ransom or through exchange. If the conditions are met, the state can kill or enslave its captives. The state (head) will be able to use its discretion regarding one of these options, considering the public interest. Release without ransom from these situations is a general practice in Islamic law and has also been adopted by humanitarian law. Releasing the prisoner for ransom is a practice that can be considered reasonable considering the conditions of the period in which it was implemented. The release of captives through exchange is a practice that is still used today, although it is not foreseen by humanitarian law.

At first glance, it can be said that the killing and enslavement that Islamic law envisages to end captivity is incompatible with today's understanding of humanitarian law. However, it should be noted that the provisions regarding war and captives, Hz. It was placed in order to ensure the order of the army in the context of the war conditions between the Muslim army and its enemies during the period of the Prophet (pbuh). In addition, when these provisions are made, enemy armies are not subject to the same rules and there is no agreement regarding this. The aim of Islamic law to protect the rights of its followers should not be forgotten. In addition, at that time there were no prisons or camps to hold prisoners.

Killing captives is not an established rule in Islamic law. According to Islam, killing captured women, children and the elderly is strictly prohibited. The killing of male captives was carried out by Hz. It was applied in only a few of the many wars fought during the reign of Muhammad (PBUH). In these examples, it is seen that prisoners are implemented exceptionally, either because of their criminal acts before the war or in cases of necessity, such as the danger of harm to the Islamic community, depending on the concrete situation. Therefore, apart from these exceptions, killing captives is not a general rule and practice in Islamic law. Within the scope of his authority, the head of state can use his discretion to completely prohibit the killing of captives.

Enslavement is the practice of ending the status of captivity and granting a new status. There is no provision in the Quran regarding the enslavement of captives. Islamic law applied the existing practice of enslavement, which was in effect at that time, by making it very humane and limiting it. Islamic jurists also accepted this practice as legitimate, in accordance with the international practice of their time. The door of *ijtihad* is open in Islamic law. Subjects about which there are no clear orders or prohibitions in the Quran and the Sunnah can be interpreted in accordance with the rules by competent people (*mujtahid*). Since the slave ban has been adopted as a universal rule today, it can be said that the practice of slavery has completely disappeared in Islamic law.

GİRİŞ

Bilindiği gibi savaşlar, insanlık tarihi kadar eski bir olgudur. Eskiden savaşlarda devletler, bütün varlıklarıyla meydana çıkarlardı ve bazen her şeyini kaybedebirdi. Savaşta mağlup olan tarafın malvarlığına galip devlet tarafından el konulur, askerler öldürülür veya esir alınır. Esir alınan kişilere her türlü kötü muamele adeta meşru sayılırdı. Mesela bu kişiler, öldürülür, asılır, yakılır, derisi soyulur, filere ezdirilir, aslanlara atılır, organları kesilir, kadınlara tecavüz edilir veya köleleştirilirdi Bu uygulamaların tümünü veya bir kısmını Asurlularda, Farslarda, Eski Yunan ve Roma'da, İslam'dan önce Arap toplumunda ve hatta eski Yahudi ve Hristiyan devletlerde görmek mümkündür¹. Böyle bir ortamda İslam dini ortaya çıkmış ve tabiri yerinde ise esirler ile ilgili iyileştirme yönünde ilk defa bazı ilke ve kurallar getirmiştir². Modern hukukta ise esirlikle ilgili çok sayıda ilke ve kural, İslam dininin de etkisiyle öncelikle teamül olarak ortaya çıkmış, 19. yüzyılın sonlarından itibaren kod haline getirilmeye başlanmıştır. Oysa “günümüz uluslararası insancıl hukukunda yer alan sivillerin, onların mallarının ve savaş esirlerinin korunması gibi pek çok önemli konu, 1400 yıl önce İslam hukuku tarafından ele alınmış ve Hz. Muhammed (asm) ve arkadaşları tarafından uygulanmıştır”³.

Savaş hukukuna ilişkin Cenevre Sözleşmelerinin kabul edildiği 1949 yılından günümüze kadar geçen süre içinde bölgesel çapta çok sayıda uluslararası nitelikte olan ve olmayan silahlı çatışma meydana gelmiştir. Bu çatışmalarda Cenevre Sözleşmeleri ve ek Protokollerine uyulduğunu söylemek pek mümkün değildir. Bu nedenle günümüz insancıl hukuku ile İslam hukuku arasındaki uçurumun kapatılmasını gerekli kılmaktadır⁴. Aslında İslam hukuku ile uluslararası hukuk, pek çok açıdan birbiri ile uyumlu doktrinlere sahiptir⁵. Bu kapsamda diğer konular gibi esirlik konusunda da İslam hukukunun esirlere ilişkin kural ve uygulamalarından yararlanılabilir.

Günümüz insancıl hukukunda öngörülen ilke ve kurallar elbette insanlığın ortak değerlerinden, diğer hukuk sistemlerinden ve İslam hukukundan etkilenmiştir. Ancak 20. yüzyılda yaşanan iki dünya savaşı ve diğer bölgesel savaşlar,

¹ Ahmet Özel, “İslam'da ve Günümüz Devletler Hukukunda Savaş Esirleri”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 1, (2003): 105-122, s. 105-107; Mohammed Fawaz Abdo Ali, “İslam Hukuku ve Uluslararası Hukukta Esir Hakları”, *Din ve Bilim - Muş Alparslan Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi Dergisi*, 4(1), (Haziran-2021): 71-96, s. 74; Ünal Kılıç, “Düşmanlarına Bile Merhametli Muhammed (sav) (Savaşlar Çerçevesinde)”, *C.Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. XVII, S. 2, (2013): 11-34, s. 30.

² Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-i İslamiye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, 3. Cild, İstanbul, Ravza Yayınları, 2018, s. 400.

³ Miebaka Nabiebu, “Comparative Study of Islamic and International Humanitarian Law”, *International Journal of Law and Society (IJLS)*, 2(3), (2023): 238-256, s. 248.

⁴ Karima Bennoune, “As-Salāmu `Alaykum? Humanitarian Law in Islamic Jurisprudence”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 15, Iss. 2, (1994): 605-643, s. 638.

⁵ Patrick B. Grant, “Islamic Law, International Law, And Non-International Armed Conflict in Syria”, *Boston University International Law Journal*, Vol. 35:1, (2017): 1-37, s. 35.

insancıl hukukun insanlık üzerinde yeterince etkili olmadığını göstermektedir. Bu bağlamda esirlere muamele konusunda günümüz insancıl hukukunda bulunan bu ilke ve kurallara rağmen “ABD’nin Irak’lı esirleri tuttuğu Ebu Gureyb kampında savaş esirlerine uygulanan barbarca muamele herkesçe bilinen bir gerçektir ve Hz. Peygamber döneminde asla bulunamayacak bir durumdur⁶”.

Esirlik konusunda İslam hukuku ile insancıl hukukun karşılaştırılması, şimdiye kadar genelde İslam hukukçuları tarafından ele alınmıştır. Bu da konunun insancıl hukuk tarafının yeterince incelenememesi sonucunu doğurmuştur. İşbu çalışma karşılaştırma yaparken, konunun insancıl hukuk yönünü daha ayrıntılı şekilde ele almıştır. Haddi zatında mukayeseli çalışmaların her iki alanda uzman kişiler tarafından veya ortak çalışma şeklinde yapılması bilimsel açıdan daha uygundur. Bu nedenle işbu çalışmada İslam hukuku kısmında görülebilecek eksikliklere bu gözle bakılmasını temenni ederim⁷.

İşbu makalede esirler konusunda günümüz insancıl hukukunda bulunan ilke ve kurallar İslam hukukunda öngörülen ilke ve kurallarla karşılaştırılacaktır. Bu karşılaştırma, kaynaklar, esir kavramı, ilkeler, esirlere uygulanacak muamele ve esirliğin sona ermesi halleri başlıkları altında yapılacaktır.

I. KAYNAKLAR

A. İNSANCIL HUKUKUN ESİRLİK İLE İLGİLİ KAYNAKLARI

Bilindiği gibi insancıl hukukun temel hedefi, çatışmaların yürütülmesinde bazı insani kısıtlamalar getirmek ve bazı kişileri, nesnelere ve çevreyi savaş dışı kabul ederek korunmasını sağlamaktır. Tabiri yerindeyse savaş zamanında savaş hukukunun insan hakları bileşenini oluşturmaktır⁸. İşte ayrı bir statü ve belirli bazı temel haklar verilerek korunması gereken kişi gruplarından birisi de savaş esirleridir.

İnsancıl hukukta genel olarak savaş esirleri ile ilgili başlıca şu düzenlemeleri saymak mümkündür: 1899 tarihli La Haye Sözleşmeleri, 1907 tarihli La Haye Sözleşmeleri, 1929 tarihli Cenevre Nihai Senedi ve Sözleşmeleri, 1949 tarihli Harp Esirlerine Yapılacak Muamele ile İlgili Cenevre Sözleşmesi (III. Sözleşme) ve 1977 tarihli I. Protokol’ün savaş esirleri ile ilgili hükümleridir.

Savaş esirleri ile ilgili ilk kapsamlı temel uluslararası hukuk düzenlemeleri, 29 Temmuz 1899 tarihli Kara Savaşının Kurallarını Düzenleyen 1899 tarihli La

⁶ Ancak günümüzde IŞİD gibi bazı terör örgütlerinin İslami ilke ve kuralları yanlış yorumladıkları da inkar edilemez bir gerçektir. Bakınız: Nabiebu, “Comparative Study of Islamic and International Humanitarian Law”, s. 252.

⁷ Bu çalışmada yer alan hadislerin kaynaklarına ulaşmada ve genel olarak hadislerin yorumlanması ile ilgili tavsiyeleri için SDÜ, İlahiyat Fakültesi, Hadis Anabilim Dalı Başkanı Prof. Dr. Talat Sakallı’ya teşekkür ederim.

⁸ Bennoune, “As-Salāmu `Alaykum? Humanitarian Law in Islamic Jurisprudence”, s. 608.

Haye Sözleşmeleri ile 10 ve 18 Ekim 1907 tarihli La Haye Sözleşmeleridir. Özelikle IV Sayılı Kara Harbinin Kanunları ve Adetleri Hakkında Sözleşme Ekinin II. Bölümü savaş esirleriyle ilgili hükümler içermektedir. Bu hükümler, esirlerle ilgili daha sonra yapılan uluslararası düzenlemelere esas teşkil etmiştir. Her iki La Haye Sözleşmeleri, savaş ile ilgili o güne kadar oluşan teamülleri oldukça ayrıntılı bir şekilde kod haline getirmiş, hukuksal boşlukları gidermeye çalışmış ve askerlerin bilgisine sunmuştur⁹.

I. Dünya savaşından sonra 27 Temmuz 1929 tarihli Cenevre Nihai Senedi ve Sözleşmeleri ile savaş alanındaki savaş esirlerinin tabi tutulacağı işlemler düzenlenmiş, savaş alanında bulunan orduların yaralıları ve hastalarının durumlarını düzeltmeye yönelik hükümler öngörülmüştür. Bu kapsamda Sözleşme, savaş esirlerine karşı misilleme tedbirleri alınmasını yasaklamıştır¹⁰.

II. Dünya savaşından sonra her iki dünya savaşında yaşanan acı tecrübelerden yola çıkılarak silahlı çatışma kuralları 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ile kapsamlı bir şekilde yeniden düzenlenmiştir. Bu bağlamda savaş esirleriyle ilgili *Harp Esirlerine Yapılacak Muamele ile İlgili Cenevre Sözleşmesi* (III. Sözleşme) adı altında 143 maddeden oluşan müstakil bir düzenleme yapılmıştır. Bu çalışmada verilen madde numaraları, farklı belirtilmedikçe III. Sözleşme'deki madde numaralarıdır. Diğer Sözleşmelerin madde numaraları verilirken yanında hangi Sözleşme olduğu belirtilmiştir.

Ve nihayet 1977 tarihli I. Protokol'ün 43-47. maddeleri ile, savaş esirlerinin durumunu iyileştirme kapsamında Cenevre Sözleşmeleri'ne ek olarak bazı hükümler öngörülmüştür.

B. İSLAM HUKUKUNUN ESİRLİK İLE İLGİLİ KAYNAKLARI

İslam hukukunun kaynaklarını, Kur'an, Hz. Peygamber'in (asm) söz ve uygulamalarından oluşan sünnet, hüküm çıkarabilme kapasitesine sahip hukukçuların (müçtehit) ilmi görüşleri (icma)¹¹ ve hukukçuların (fakih) kıyasları (kıyas-ı fukaha) şeklinde saymak mümkündür¹². Bu kapsamda esirlere ilişkin kurallar bakımından öncelikli kaynak Kur'an ve sünnettir. Eğer bu iki kaynakta konuya

⁹ M. Yasin Aslan, "Savaş Hukukunun Temel Prensipleri", *TBB Dergisi*, S. 79, (2008): 235-274, s. 240.

¹⁰ İbrahim Abdullahi, "Principles Regulating the Conduct of Hostilities Under Islamic Law Compared to the International Humanitarian Laws of the Geneva Conventions (Principles)", *Global Journal of Politics and Law Research*, Vol. 3, No. 1, (March-2015): 1-20, s. 13.

¹¹ İcma hakkında geniş bilgi için bakınız: Talip Türcan, "Dini ve Dini Temsil eden Kaynakları Tanımlayıcı Bir Yöntem Olarak Sahâbe İcmâi", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 27, (2016): 57-67.

¹² Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-i İslamiye ve Istilahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, 1. Cild, İstanbul, Ravza Yayınları, 2018, s. 16; Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 1. Cild, İstanbul, Nesil Yayınları, 1991, s. 77 vd.; Servet Armağan, *İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, Ankara, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 1987, s. 15 vd.; Henry Iwansyah, "Islam and the Provisions of War", *Al-Adalah*, Vol. 15, Nomor 2, (2018): 325-344, s. 330-331; Bennoune, "As-Salâmu `Alaykum? Humanitarian Law in Islamic Jurisprudence", s. 613.

ilişkin hüküm yoksa veya yoruma ihtiyaç varsa hukukçuların görüşleri (icma ve kıyas) ve varsa mahkeme kararları dikkate alınmaktadır¹³. İslam hukukunun savaş kuralları ilk olarak, Cenevre Sözleşmelerinin kabul edilmesinden yaklaşık bin yıl önce, Müslüman hukukçu Şeybani tarafından derlenmiştir¹⁴.

C. KAYNAKLAR AÇISINDAN KARŞILAŞTIRMA

İnsancıl hukukun asli kaynakları, uluslararası andlaşmalar, teamül kuralları ve hukukun genel ilkeleridir. Hukuk alanında yaşanan gelişmeler uluslararası hukuk kurallarının da kod haline getirilmesini gerekli kılmıştır. Bu bağlamda teamül olarak ortaya çıkan esirlikle ilgili ilke ve kurallar, 20. yüzyılın başından itibaren kod haline getirilmiştir. Sözleşmelerin getirdiği temel ilke ve kuralların çoğu, İslam hukukunda zaten bulunmaktadır. İslam hukukunun öngördüğü bu kurallarda, belirli fiiller yasaklanmış, kısıtlanmış ve amaca ulaşmak için gerekenden daha fazla zarar vermemenin önemi vurgulanmıştır¹⁵.

İslam hukukunun esirlikle ilgili kaynakları ise, diğer konularda olduğu gibi, Kur'an, sünnet, icma ve kıyastır. Bu ilke ve kurallar da bazı noktalarda özellikle ilk iki kaynağın farklı yorumlanması ile ortaya çıkan mezheplere göre farklılık göstermiştir. Bu nedenle de esirlikle ilgili kurallar, diğer konularda olduğu gibi, maalesef evrensel nitelikli bir sistem olarak uluslararası topluma sunulamamıştır. Hatta İslam hukuku ilke ve kuralları ile günümüz insancıl hukuk ilke ve kurallarının mukayesesi yeterince yapılamamıştır. Özellikle kodifikasyon çalışmaları sırasında bu karşılaştırmanın yapılması son derece önem taşımaktadır. Çünkü 1400 yıl boyunca insanlığın beşte birini kuralları ile idare etmiş bir dinin kaynak, ilke, kural ve uygulamalarından yararlanmaya çalışmak insanlığın ve bilimin gereği olarak görülmelidir.

II. ESİR KAVRAMI

A. İNSANCIL HUKUKTA ESİR KAVRAMI

Günümüz insancıl hukuk kurallarına göre bir çatışmada karşı tarafın eline düşen şu kişiler, savaş esiri statüsüne hak kazanırlar: Silahlı kuvvet mensubu veya milis veya gönüllü birlik mensubu savaşçılar, silahlı kuvvetlere eşlik etmeye resmi olarak yetkili siviller, işgal altındaki topraklarda terhis edilen askeri personel ve tarafsız bölgede tutulan askeri personel¹⁶.

¹³ Armağan, *İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, s. 17 vd.

¹⁴ Troy S. Thomas, "Jihad's Captives: Prisoners of War in Islam", (2005): 1-11, s. 3. <https://apps.dtic.mil/sti/tr/pdf/ADA435829.pdf> (Erişim Tarihi: Mart 2, 2024).

¹⁵ Nehaluddin Ahmad, Gary Lilienthal, and Siti Sara Ahmad, "Islamic Laws of War and Contemporary International Humanitarian Law: Discrimination and Proportionality", *J. East Asia & Int'l L.*, Vol. 16, No. 1, (2023): 105-124, s. 106.

¹⁶ Nils Melzer and Etienne Kuster, *International Humanitarian Law a Comprehensive Introduction*, Geneva, International Committee of the Red Cross, 2016, s. 178.

Silahlı kuvvet mensupları: Düşman eline düşen bir kişinin esir statüsünde sayılabilmesi için öncelikle karşı devletin silahlı kuvvetlerine mensup olması gerekir. Silahlı kuvvetler tanımına, tanınmamış hükümet veya otorite olsa bile sorumlu bir komutanın emri altındaki silahlı kuvvetler, gruplar ve birimler dâhildir¹⁷. Bu kuvvetler, uluslararası hukuk kurallarını uygulayacak iç disiplin sistemine tabi olması gerekir (I. Protokol, m.43/1). Çünkü disiplin olmadan Protokolün gereklerine uymanın mümkün olmadığı açıktır¹⁸. İşbu silahlı kuvvetlere mensup personel (tıbbi ve dini personel hariç) *savaşçı* sayılır ve çatışmaya katılma hakkına sahiptir (I. Protokol, m.43/2). Bu kapsamda çatışmalara doğrudan katılma hakkı için a) çatışmanın bir tarafına tabi olmak, b) askeri nitelikte bir organizasyon c) örgütün üyeleri üzerinde etkin kontrol uygulayan sorumlu bir komutanlık ve d) silahlı çatışmalarda uygulanan uluslararası hukuk kurallarına saygı şartlarının etkili ve birlikte bulunması gerekir¹⁹. Ayrıca bünyesine yarı silahlı örgüt ve kolluk gücü katan tarafın bu durumu diğer tarafa bildirme yükümlülüğü vardır (I. Protokol, m.43/3).

Milis veya gönüllü birlik mensupları: Silahlı kuvvetlere dâhil milis veya gönüllü birliklere mensup olan ve düşman eline düşen kişilere esir statüsü verilebilmesi için ek şartlar vardır. Buna göre milis veya gönüllü birliğin a) sorumlu bir kişi tarafından komuta edilmesi, b) sabit ve uzaktan seçilebilir bir işaret bulunması, c) açıkça silah taşınması, d) savaş kurallarına uyması gerekmektedir²⁰ (m.4/A). Bu şartlar, savaşçıların sivil oldukları izlenimini vermelerini engellemeye hizmet etmektedir²¹.

I. Protokol, esir kavramındaki bazı belirsizliklere açıklık getirmiştir. Buna göre I. Protokol m.43'te tanımlanan ve karşı tarafın eline düşen savaşçı, *esir* sayılır (I. Protokol, m.44/1). Savaşçılar geçerli uluslararası hukuk kurallarını ihlal etseler bile karşı tarafın eline düşerse istisnalar hariç savaş esiri olma hakkına sahiptir (I. Protokol, m.44/2). Kural olarak savaşçıların kendilerini sivillerden ayırt etme yükümlülüğü vardır. Ancak çatışma şartları gereği sivillerden ayırt edemeyeceği durumlarda angajman ve araziye yayılma sırasında görünür şekilde silah taşıma zorunluluğu bulunmaktadır. Buna uydukları takdirde bu hareketler hainlik sayılmaz ve bu savaşçılar karşı tarafın eline düşerse esir sayılır (I. Protokol, m.44/3). Bu şartlara uymayan savaşçı, karşı tarafın eline düşerse esir sayılmaz,

¹⁷ Eğer bir direniş hareketi, Protokol anlamında çatışmanın tarafı olarak kabul edilemiyorsa, III. Sözleşme'nin 4/A-2. maddesi anlamında çatışmanın taraflarından birine ait olmalıdır. "Commentary of 1987, Article 43 of I. Protocol, para. 1662.", Erişim Tarihi: Mart 2, 2024), <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/api-1977>.

¹⁸ Commentary of 1987, Article 43 of I. Protocol, para. 1675.

¹⁹ Commentary of 1987, Article 43 of I. Protocol, para. 1681.

²⁰ Melzer and Kuster, *International Humanitarian Law a Comprehensive Introduction*, s. 174; Abdullahi, "Principles", s. 13-14; Hamza A. K. Salman, Shahrul Mizan Ismail and Rohaida Nordin, "Prisoners of war: Classification and legal protection under International Humanitarian Law", *UUM Journal of Legal Studies*, 14(2), (2023): 677-708, s. 684-685.

²¹ Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 3rd edition, Cambridge University Press, 2016, s. 39.

ancak yine de muadil muamele yapılacaktır (I. Protokol, m.44/4). Henüz saldırıya geçmemiş savaşçılar, karşı tarafın eline düşerse savaşçı ve esir olma hakkını kaybetmez (I. Protokol, m.44/5).

Bu hükümler, III. Sözleşmenin 4. maddesinde sayılan kişilerin esir sayılma hakkını etkilemez (I. Protokol, m.44/6). Yine bu madde devletlerin genel üniforma uygulamasını değiştirmez (I. Protokol, m.44/7). Silahlı kuvvet mensupları yaralı ve hasta olmaları halinde ilgili Cenevre Sözleşmelerine tabi olacaklardır (I. Protokol, m.44/8).

Silahlı kuvvetlere eşlik eden siviller: Ayrıca, esir alan devlet tarafından tanınmamış devletin silahlı kuvvetleri (m.4/A-3), askerî uçakların sivil mürettebatı, savaş muhabirleri, müteahhitler, askerin istirahatini temine memur çalışma birlik veya hizmetlerinin mensupları gibi, silahlı kuvvetlere doğrudan doğruya dahil olmamakla beraber bu kuvvetleri takip eden kişiler de (m.4/A-4), karşı tarafın eline düşmeleri halinde (savaşçı olmamalarına rağmen) esir sayılırlar. Yine, komutanlar, pilotlar ve pilot adayları ile silahlı kuvvetlere eşlik eden sivil havacılık mürettebatı²² da esir statüsü alır (m.4/A-5). Aynı şekilde kendiliklerinden silaha sarılan (henüz) işgal edilmemiş bir ülkenin ahalisi de düşman eline düştüğü takdirde esir kabul edilir (m.4/A-6).

Diğer askeri personel: İşgal altındaki topraklarda terhis edilen askeri personel ile tarafsız bölgede tutulan askeri personel, aktif çatışma sırasında olmasa bile karşı tarafın eline düşmesi halinde esir statüsü elde edecektir.

Çatışmalara katılan ve karşı tarafın eline düşen kişi *savaş esiri* farz edilir. Bu konuda şüphe duyulması halinde statü, yetkili bir mahkeme kararı ile belirlenecektir (I. Protokol, m.45/1). Karşı tarafın elinde savaş esiri olarak kabul edilmeyen ve çatışmadan kaynaklanan bir suçtan dolayı yargılanan kişi, esir statüsünde olduğunu iddia ederse, bu tür belirleme asıl yargılamadan önce sonuçlandırılması gerekir (I. Protokol, m.45/2). Çatışmalara katılan ve fakat esir de sayılmayan ve IV. Sözleşme'ye uygun olarak daha iyi bir muameleden de yararlanamayan kişi ise 75. madde gereği korunacaktır (I. Protokol, m.45/3).

Casusluk²³ yaparken karşı tarafın eline düşen kişiler kural olarak esir sayılmaz (I. Protokol, m.46/1). Düşman tarafça kontrol edilen bölgede bilgi toplarken üniforma giyen kişi casus sayılmaz, dolayısıyla esir kabul edilir (I. Protokol, m.46/2). Düşman tarafında ikamet eden ve açıkça bilgi toplayan kişi bu faaliyeti kasten gizlilik içinde yapmadığı sürece casus sayılmaz ve dolayısıyla yakalandığında esir sayılır (I.

²² Sivil havacılık mürettebatı hakkında, uluslararası hukukun daha lehe başka bir hükümden yararlanıyorsa esir statüsü uygulanmaz (m.4/A-5).

²³ Casusluk hakkında geniş bilgi için bakınız: Süleyman Dost, "Uluslararası Hukukta Hainlik Yasağı, Meşru Savaş Hileleri ve Casusluk", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 8, No. 1, (2018): 27-55; Ayrıca casuslar gibi ayrıcalıklı savaşçılar, savaş suçu işleyenlerden farklıdır. Bakınız: Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Seventh revised edition, London and New York, Routledge, 1997, s. 354.

Protokol, m.46/3). Yine, bir silahlı kuvvetlere mensup olan, düşman tarafta ikamet etmeyen ve casusluk yapan kişi casus sayılır ve kendi birliğine katılmadan önce yakalanması halinde esir olarak kabul edilmez (I. Protokol, m.46/4). Paralı askerler, savaşçı sayılmazlar, dolayısıyla esir statüsünden yararlanamazlar (I. Protokol, m.47/1). Hainlik yapan kişiler de karşı tarafın eline düşmesi halinde esir sayılmazlar²⁴.

Savaş esiri statüsünün en önemli sonucu, kural olarak esirlerin, herhangi bir özel adli veya idari prosedür (işlem) olmaksızın, aktif düşmanlıkların sona ermesine kadar, karşı tarafça alıkonulabilmesidir. Esirlerin tutulması, cezalandırıcı değil, önleyici niteliktedir. Esas olarak düşman savaşçıları insani koşullar altında savaş alanından uzak tutmayı ve devam eden düşmanlıkların yol açacağı tehlikelerden korumayı amaçlamaktadır. Savaş esirleri gözetiminde tutuldukları süre boyunca, özellikle III. Sözleşme’de belirtilen ayrıntılı haklar ve koruma rejiminden yararlanırlar²⁵.

B. İSLAM HUKUKUNDA ESİR KAVRAMI

İslam hukukunda esir, kural olarak savaş sırasında Müslümanların eline düşen Müslüman olmayan erkek savaşçıdır²⁶. Savaş sırasında ele geçirilen kişiler üç gruptur: İlki, savaşa katılan ve savaş sırasında yakalanan erkek düşman savaşçılarıdır (asra). İslam hukukunda esir kavramı ile kastedilenler, asıl itibariyle bu kişilerdir. İkincisi düşmanların (savaşa katılmayan) kadınları ve çocuklarıdır (seby). Üçüncüsü ise yaşlılar, engelliler, münzeviler ve din adamlarıdır (acize)²⁷.

Erkek düşman savaşçılar: İslam hukukuna göre düşmanlar, savaş başlamadan önce İslam’ı kabul ederek, anlaşma yaparak veya cizye ödeyerek İslam devletinin korumasından yararlanabilir. Ancak savaş başladıktan sonra Kur’an’daki “Savaşta, inkâr edenlerle karşılaştığınızda boyunlarınızı vurun, sonunda onlara üstün geldiğinizde bağlarınızı sıkılaştırın”²⁸ (esir alın)” ayeti gereği düşman savaşçıları ya öldürülür ya da teslim olan veya ele geçirilen kişiler esir sayılır²⁹. Bu bağlamda esirden söz edebilmek için sürekli ve fiili savaşın varlığı gerekir. Anlaşma yapılan devletin vatandaşları veya izin (eman) verilen kişiler esir alınmazlar. Dolayısıyla *esir*, sürekli ve fiili savaş sırasında, teslim olan veya sağ olarak ele geçirilen, ayırt etme ve savaşma veya yönetme gücüne sahip, Müslüman olmayan, hür, erkek,

²⁴ Hainlik fiilini işleyenlerin, casusların ve paralı askerlerin esirlik durumu hakkında geniş bilgi için bakınız: Salman, Ismail and Nordin, “Prisoners of war: Classification and legal protection under International Humanitarian Law”, s. 689-690; Abdullahi, “Principles”, s. 13-14.

²⁵ Melzer and Kuster, *International Humanitarian Law a Comprehensive Introduction*, s. 175.

²⁶ Vehbe Zuhayli, *İslam Fıkhi Ansiklopedisi*, 8. Cild, İstanbul, Risale Yayıncılık, 1994, s. 226; Özel, “İslam’da ve Günümüz Devletler Hukukunda Savaş Esirleri”, s. 107; Abdo Ali, “İslam Hukuku ve Uluslararası Hukukta Esir Hakları”, s. 76.

²⁷ Ibrahim Abdullahi, “Rights and Treatment of Prisoners of War Under Islamic International Humanitarian Law: A Legal Analysis (Rights of Prisoners)”, *Archives of Business Research*, 7(10), (2019): 61-74, s. 68.

²⁸ Kur’an, Muhammed, 47/4.

²⁹ Thomas, “Jihad’s Captives: Prisoners of War in Islam”, s. 5.

savaşçıdır³⁰. Dolayısıyla, ele geçirilen düşmanın savaştaki statü ve katkısına bakılmaz, bu nedenle casuslar ve paralı askerler ile hatta savaşa doğrudan katılmış olan kadınlar esir kavramına dâhildir.

Kadınlar ve çocuklar: Kadınlar kural olarak savaşçı sayılmazlar, dolayısıyla savaşa katılmayan kadınların öldürülmesi kesinlikle yasaktır³¹. Kadınlar, savaşa doğrudan iştirak etmedikleri sürece erkek esirlerden farklı muamele ve statüye tabi tutulmuştur. Çocuklar da çoğu zaman anneleri ile birlikte aynı muameleyi görmüşlerdir. Burada çok önemli bir hususu belirtmek gerekir. 19. yüzyıla kadar yapılan savaşlarda, erkek savaşçıların eşleri ve diğer kadınlar ve hatta çocukların da savaşçılara moral vermek amacıyla orduya eşlik etmesi geleneği bulunmaktaydı. İslam tarihinde de bunu görmek mümkündür³². Savaşlar genellikle meydanda yapılmakta ve kısa sürede sonuçlanmaktaydı. Galip gelen taraf, düşmanın askerleri ile birlikte orduya eşlik eden kadın ve çocukları da esir almaktaydı. Hatta kadınlar ve çocuklar ganimet olarak kabul edilmekteydi. Bu nedenle kadınların ve çocukların esir alınması konusunu bu şartlar içinde değerlendirilmesi gerekir. İslam hukuku kendisinden önce başlayan bu geleneği ortadan kaldırmamış ve esir alınan kadın ve çocuklar köleleştirilmiştir. Ancak İslam dini, köleyi özgürlüğüne kavuşturmayı teşvik etmiş, bu sayede savaşta esir düşerek köle olmuş kadın ve çocukların zamanla özgürlüğüne kavuşmasının yolunu açmıştır.

Yaşlılar, engelliler, münzeviler ve din adamları: İslam hukukunda, yaşlılar, engelliler, münzeviler, din adamları, köleler, akıl hastaları, ayırt etme gücü olmayanlar, savaşma ve akıl verme gücü olmayanlar savaşçı olarak kabul edilmezler. Bu nedenle bu kişiler, esir alınamazlar³³. Sağlık görevlileri de kıyas yoluyla esir alınamayacak kişiler arasında sayılabilir.

Bariş zamanı veya andlaşma kapsamında İslam ülkesine gelenler, ülkeye giriş izni (eman) verilenler, ele geçirilmeden önce Müslüman olanlar esir kapsamında değildir. Bu nedenle bu kişiler esir olarak alınamazlar.

C. KAVRAM AÇISINDAN KARŞILAŞTIRMA

İnsancıl hukukta esir, uluslararası silahlı çatışmalar sırasında düşman tarafın eline düşen savaşçı kişilerdir. Bu nedenle düşman eline düşen kişinin esir statüsü alabilmesi için savaşçı olması şarttır. Kural olarak da silahlı kuvvet mensubu veya milis veya gönüllü birlik mensubu kişiler savaşçı kabul edilir. Bu nedenle

³⁰ Mehmet Birsın, "İslam Devletler Hukukunda Savaş Esirlerine Uygulanan Yaptırımların Analizi", *Hittit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 21, (2012/1): 163-194, s. 166-167; Özel, "İslam'da ve Günümüz Devletler Hukukunda Savaş Esirleri", s. 107; Abdo Ali, "İslam Hukuku ve Uluslararası Hukukta Esir Hakları", s. 76.

³¹ Omar Yousaf, "IHL as Islamic Humanitarian Law: A Comparative Analysis of International Humanitarian Law & Islamic Military Jurisprudence Amidst Changing Historical Contexts", *Florida Journal of International Law*, Vol. 24, Iss. 2, Art.6, (2012): 439-468, s. 463.

³² Örnek olarak bakınız: "Darimi, Sünen, Kitab-ül Cihad, Bab no: 30, Hadis no: 2427", Erişim Tarihi: Mart 2, 2024, <https://www.islamiokul.com/hadis-ansiklopedisi-2/>.

³³ Abdullahi, "Rights of Prisoners", s. 68.

insancıl hukukta casuslar ve paralı askerler esir olarak kabul edilmez, sivil olan kadın ve çocukların esir sayılması mümkün değildir.

İslam hukukunda esir statüsü için genel kural kişinin fiilen savaşa katılmasıdır. Bu nedenle fiilen savaşa katılan statüsü ve cinsiyeti ne olursa olsun erkek, kadın, casus, paralı asker herkes esir olarak kabul edilmektedir. Burada belirleyici ölçüt, ele geçirilen kişinin Müslüman olmamasıdır. Çünkü Müslüman olup İslam devletine esir düşen kişi genellikle esir olarak kabul edilmeyip mübadele aracı olarak görülmüştür. Aslında esirlik statüsü esir düşen kişiyi koruyan bir statüdür. Bu nedenle İslam hukukunun esir kavramını geniş tutması yaklaşımının kapsayıcı olduğu söylenebilir.

Sivil kadın ve çocukların esir alınması konusuna gelince, İslam hukuku bu durumu yasaklamamış ancak teşvik de etmemiştir. Hatta esir alınan kadın ve çocukların serbest bırakılmasını, köle azad etmek kapsamında teşvik etmiştir. Kadın ve çocukların esir alınmasını, o zamanın şartları içinde değerlendirmek gerekir. Günümüzde çok sayıda İslam hukukçusu sivil kadın ve çocukların esir olarak kabul edilemeyeceğini kabul etmektedir.

Burada diğer bir hususu belirtmekte fayda var: Esir statüsünün verilmesi ile ilgili olarak günümüz askeri düzeni ile çatışma şartlarını göz önünde bulundurmamak gerekir. Günümüzde neredeyse bütün devletlerin silahlı çatışmalara girecek olan kişilerin belirli olduğu düzenli bir ordusu vardır. Ayrıca şiddet yoğunluğu artan ve azalan bir seyir gösteren ve uzun süren silahlı çatışmalar söz konusudur. Oysa eskiden devletlerin düzenli bir ordusu yoktu, ordu savaşıma gücüne sahip bütün erkeklerin savaşa çağrıldığı kişilerden oluşmaktaydı. Ayrıca savaşlar genellikle kısa sürede sonuçlanmaktaydı.

Sonuç olarak, insancıl hukuk ile İslam hukukundaki esir kavramı ve statüsü ile ilgili genel olarak benzerlik bulunmaktadır. İnsancıl hukuk, casus ve paralı asker gibi bazı özellikleri taşıyan kişilerin esirlik statüsünden yararlanamayacağını, ancak yine de muadil haklardan yararlanacağını öngörmektedir. Ancak İslam hukuku Müslüman olmayan, kural olarak erkek olan ve fiilen silahlı çatışmaya giren herkesi savaşçı kabul edip esir statüsü tanımıştır.

III. TEMEL İLKELER

A. İNSANCIL HUKUKTA ESİRLİK İLE İLGİLİ TEMEL İLKELER

İnsancıl hukukta esirlikle ilgili temel ilkeleri şu şekilde saymak mümkündür:

1. *Esirlik statüsü, kural olarak silahlı kuvvetler mensupları ile bu silahlı kuvvetlere dâhil milislerin ve gönüllü birliklerin mensuplarına verilir (m.4/A):* Bu konu yukarıda esirlik kavramı başlığı altında ele alınmıştır.

2. *Esirlik hükümleri, silahlı çatışma sırasında ve düşman eline esir düşme anından iade olunmalarına kadar uygulanır (m.2 ve 5/1):* Esirlik hükümleri, taraflardan birince kabul edilmese dahi, ilân edilmiş savaş veya sair herhangi bir silahlı çatışmanın ortaya çıkması halinde uygulanır. Akit taraf topraklarının

bütünü veya bir kısmı işgal edildiği hallerde de, bu işgal hiç bir askeri direnişle karşılaşmasa dahi aynı hükümler geçerlidir (m.2). Sözleşme'nin, 4. maddede sayılan kişilerin düşman eline düşmelerinden, kesin bir şekilde serbest bırakılıp iade olunmalarına kadar uygulanacağı belirtilmiştir (m.5/1). Bu kapsamda esirler, düşmanın eline düştükleri andan itibaren, nihai olarak salıverilip ülkelerine geri gönderilmelerine kadar esir statüsünün korumasından yararlanırlar³⁴. Bir kişinin esir sayılıp sayılmayacağı konusunda tereddüt halinde yetkili mahkeme karar verinceye kadar esir statüsünden yararlanacaktır (m.5/2). Ancak saldırma fiili, savaş esiri statüsü için bir ön koşul değildir³⁵. Çünkü saldırı fiilinde bulunmadığı halde, tıbbi veya dini personel gibi silahlı kuvvetlere eşlik eden kişiler olabilir.

3. *Çatışan taraflar arasında yapılan özel anlaşmalar esirlerin durumunu etkilemez (m.6)*: Çatışan taraflar arasında daha sonra yapılan anlaşmalar, daha lehe olmadıkça, esirlerin durumunu etkilemeyecek ve Cenevre Sözleşmeleri uygulanmaya devam edecektir (m.6). Bu madde, Sözleşmeler ve Protokoller tarafından sağlanan koruma sisteminin temel taşı olup asgari olarak sağlanan haklardan herhangi bir sapmayı yasaklar. Şekli ne olursa olsun her türlü özel anlaşmalar müzakere edilip sonuçlandırılırken, taraflar her konuda iyi niyetle hareket etmek zorundadır³⁶. Bu ilke, özellikle galip tarafın, çatışma sırasında korunan kişilere uyguladığı daha iyi muameleyi, başka bir anlaşma yoluyla ortadan kaldırmasını engellemektedir³⁷.

4. *Esirlerin kendi lehindeki haklardan feragat yasağı (m.7)*: Savaş esirler Cenevre Sözleşmelerinin ve taraflar arasında daha sonra yapılan özel anlaşmaların kendilerine sağladığı haklardan kısmen veya tamamen feragat edemez veya ettirilemez (m.7). Burada "haklar" ifadesinin kapsamının uluslararası insancıl hukukun sağladığı bütün haklar şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir³⁸.

5. *Esirlere yardım yapan kuruluşlara ve tarafsız devlet girişimlerine izin verilir (m.9, 10, 11)*: Esir alan devlet, esirlere yardım yapan tarafsız yardım kuruluşlarına (m.9) ve Sözleşme'de öngörülen şartlar çerçevesinde tarafsız devlet, hami devlet veya insani kuruluşların yardımlarına engel olmamakla (m.10) yükümlüdür. Özellikle 9. madde, Cenevre Sözleşmelerindeki hiçbir hükmün tarafsız insani yardım kuruluşlarının, çatışmanın tüm taraflarına hizmet sunma hakkını kısıtlayacak şekilde yorumlanamayacağını güvence altına almaktadır³⁹. Ayrıca

³⁴ Melzer and Kuster, *International Humanitarian Law a Comprehensive Introduction*, s. 179.

³⁵ Yasmin Naqvi, "Doubtful prisoner-of-war status", *International Review of the Red Cross*, Vol. 84, No. 847, (September-2002): 571-595.

³⁶ "Commentary of 2020, Article 6, para. 1135", Erişim Tarihi: Mart 2, 2024, <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/full/GCIII-commentary>.

³⁷ Commentary of 2020, Article 6, para. 1167.

³⁸ Hans-Peter Gasser and Knut Dörmann, "Protection of the Civilian Population", in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, (2013): 231-320; Ayrıca bakınız: Commentary of 2020, Article 7, para. 539.

³⁹ Commentary of 2020, Article 9, para. 1315.

esir alan devlet, tarafsız devletlerin esirlerin korunması ile ilgili arabuluculuk girişimlerine destek olmakla mükelleftir (m.11).

6. *Esirler, ele geçiren devletin hükmündedir (m.12)*: Savaş esirleri, esir düş-tüğü düşman devletin hükmü altındadır. Sorumluluk, kendilerini yakalayan şahıs veya askerî birliğe değil, onların mensup olduğu devlete aittir ve kendilerine ya-pılacak muameleden bu devlet sorumlu tutulur⁴⁰ (m.12).

7. *Esirlere iyi muamele ilkesi, öldürme, işkence, hakaret ve misilleme yasağı (m.13)*: Sözleşmeye göre esirler, öldürülemez, işkence veya kötü muameleye maruz bırakılamaz⁴¹. Esirin ölümüne sebep olacak veya sağlığını ciddi şekilde tehlikeye soka-cak fiil veya ihmaller yasaktır. Bu davranışlar Sözleşmenin ağır ihmali kabul edilmiştir. Esirin tedavisi kapsamında olmayan tıbbi deney yapılması, işkence ve hakaret edilmesi yasaktır. Ayrıca bu fiillere karşı misilleme yapılamaz (m.13) İyi muamele kapsamında esirlerin, rütbe ve cinsiyetleri göz önünde tutularak sağlık durumlarının gerektirdiği te-davi parasız sağlanacaktır (m.15). Esirler, yeme, içme, giyinme, barınma ve tedavi gibi temel hizmetlerden esirlik şartları çerçevesinde yararlanacaklardır (m.25-28).

8. *Esirlerin şahıs ve şereflerine saygı, özellikle kadınlara saygı gösterilmesi ilkesi (m.14)*: Esirlerin şahıs ve şereflerine her koşulda saygı gösterilecektir. Özel-likle kadınların en az erkeklere gösterilen kadar saygı hakkı vardır (m.14/1-2). Buradaki “her koşulda” ibaresi geniş yorumlanmalıdır. Öncelikle düşman devlet, insancıl hukuk yükümlülüklerine saygı göstermese bile esir alan devletin yükümlü-lüğü devam eder. İkincisi, özel olarak öngörülmediği sürece, askeri gerekliliklerin, insancıl hukuk kurallarını ihlal için ileri sürülemeyecektir⁴². Ayrıca esir kadınlara tecavüz etmek, fuhşa zorlamak yasaktır (IV. Sözleşme, m.27/2, I. Protokol, m.75 ve 76). Esirler, esaretin gerektirdiği sınırlamalar içinde fiil ehliyetlerini kullanabile-cektir (m.14/3). Yine bu kapsamda esir subaylara veya subayların dışındaki kişilere rütbe ve yaşlarına göre uygun hürmet gösterilmelidir (m.44-45).

9. *Ayrımcılık yasağı (m.16)*: Esirlere, rütbe, yaş, cinsiyet, sıhhi ve mesleki vaziyetleri dikkate alınarak, ırk, milliyet, din, siyasî görüş ve benzer sebeplerle hiçbir ayırım gözetilmeksizin eşit şekilde davranılacaktır (m.16). Ayrımcılıktan kaçınma yükümlülüğü bağımsız nitelikte olup, sadece Sözleşme'nin diğer kural-larının uygulanmasında değil, her türlü ayrımcı muameleyi yasaklamaktadır⁴³.

⁴⁰ Abdullahi, “Principles”, s. 13; Melzer and Kuster, *International Humanitarian Law a Comprehensive Introduction*, s. 182.

⁴¹ Aslan, “Savaş Hukukunun Temel Prensipleri”, s. 259 ve 271; Melzer and Kuster, *International Humanitarian Law a Comprehensive Introduction*, s. 189.

⁴² Jann K. Kleffner, “Protection of the Wounded, Sick, and Shipwrecked”, in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, (2013): 321-357.

⁴³ Gabor Rona and Robert J. McGuire, “The Principle of Non-Discrimination”, in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassöli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, (2015): 191-205; Ayrıca bakınız: Commentary of 2020, Article 16, para. 1740.

B. İSLAM HUKUKUNDA ESİRLİK İLE İLGİLİ TEMEL İLKELER

İslam hukuku aşağıda belirtileceği üzere esirlik konusuna önem vermiş ve İslam öncesine göre esirlerin durumunu pek çok açıdan insani hale getirmiştir. İslam hukukunun esirlerle ilgili şu ilkeleri, sınırlı sayıda olmamak üzere kabul ettiği söylenebilir:

1. *Esir almanın son çare olarak görülmesi*: Tarihte İslam devletlerinin yaptığı savaşlarda esir sayısı çok azdır. Savaş esnasında değil, genellikle savaşın sonlarında esir alınır⁴⁴. Çünkü esir almak teşvik edilmemiş, son çare olarak görülmüştür. Esiri serbest bırakmak teşvik edilmiş, köle azad etmek kapsamında değerlendirilmiştir. Hatta Bedir savaşı sonrası esirlerin karşılık (bedel) alınarak serbest bırakılması sonrası esir alınma fiili⁴⁵, Kur'an tarafından kınanmıştır. "Hiç bir peygambere yeryüzünde tamamen kuvvetlenmedikçe *esirler edinmesi uygun olmaz*. Siz dünya menfaatini istiyorsunuz, Allah ise ahireti (size vermek) istiyor⁴⁶".

2. *Ele geçirilen Müslümanlar kural olarak esir sayılmaz*: İslam hukukunda düşman tarafında bulunan ve İslam devleti tarafından ele geçirilen Müslümanlar esir sayılmazlar. Bu nedenle İslam devletleri, hainlik veya düşmana yardım etmeler bile ele geçirdikleri Müslümanları genellikle sadece mübadele aracı olarak görmüşlerdir.

3. *İyi muamele ilkesi, işkence, kötü muamele, sakatlama, ölü veya diri yakma yasağı*: İslam hukukunda savaş esirlerine insanca davranılması emredilmiş, işkence ve kötü muamele açıkça yasaklanmıştır⁴⁷. Bu ilke İslam hukukunun genel bir ilkesidir. Kur'an-ı Kerim, iyi bir Müslümanın vasıflarını şöyle bildirmektedir: "Onlar, kendi canları çekmesine rağmen yemeği yoksula, yetime ve esire yedirirler (ve şöyle derler): Biz sizi Allah rızası için doyuruyoruz, sizden ne bir karşılık ne de bir teşekkür bekliyoruz. Biz, çetin ve belâlı bir günde Rabbimizden (O'nun azabına uğramaktan) korkarız⁴⁸". Yine başka bir ayette "Ey Peygamber! Elinizdeki esirlere de ki: Eğer Allah kalplerinizde bir hayır bilirse, size sizden alınandan daha hayırlısını verir ve sizi bağışlar. Allah çok bağışlayıcıdır, çok merhametlidir⁴⁹" denilmektedir. Ayet, kalplerinde iyilik bulunan esirlerin bulunabileceğini ve Allah'ın onlara mahrum kaldıklarından daha hayırlısını vereceğini bildirmektedir. Bu ayetler esirlere iyi muameleyi emretmekte, kötü muamele, işkence ve sakatlamayı yasaklamaktadır.

⁴⁴ Zuhayli, *İslam Fıkhi Ansiklopedisi*, 8. Cild, s. 226.

⁴⁵ "Tirmizi, Sünen, Kitab-ül Tefsir, Bab no: 44, Hadis no: 3084", Erişim Tarihi: Mart 2, 2024, <https://www.islamiokul.com/hadis-ansiklopedisi-2/> veya <https://sunnah.com/tirmidhi:3084>.

⁴⁶ Kur'an, Enfal, 8-67.

⁴⁷ Fajri Matahati Muhammadin, "Comparing International Humanitarian Law and Islamic Law on War Captives: Observing ISIS", *International Relations Unida Gontor*, Vol. 1, No. 2, (August-2016): 123-145, s. 132-133.

⁴⁸ Kur'an, İnsan, 76/8-10.

⁴⁹ Kur'an, Enfal, 8-70.

Esirlere iyi muamele ilkesi, İslam hukukunun ikinci kaynağı sünnet ile de teyid edilmiştir. İslam hukukunda savaş esirlerine, bilgi almak için bile olsa, herhangi bir kötü muamele veya işkence yasaklanmıştır⁵⁰. Yine Arap toplumunun eski bir geleneği olan esirin canlı hedef yapılarak ona atış yapılması Hz. Muhammed (asm) tarafından yasak edilmiştir⁵¹. Aynı şekilde Mekke'nin fethi sırasında şu emirleri vermiştir: "Hiçbir yaralıyı ve esiri öldürmeyin, kaçıyanı takip etmeyin, kapısını kapatan güvende olur"⁵².

İşkenceye maruz kalmama hakkı, güneş karşısında oturma veya ayakta durmaya zorlama yasağını da içermektedir. Beni Kureyza esirlerinin, savaş sonrası güneş karşısına konulduğunu gören Hz. Muhammed (asm), onların güneşten alınmasını emretmiş ve "Onların esirlerine iyi davranın, istirahat ettirin, kanınca-ya kadar su ihtiyaçlarını giderin, kılıcın ısısı (yeni biten savaş) ile güneşin ısısını birleştirmeyin"⁵³ demiştir. Bu nedenle İslam hukuku, savaş esirlerinin işkenceye, kötü muameleye veya tıbbi deneylere maruz bırakılmaması bakımından insancıl hukuk ile aynı hükümler içermektedir⁵⁴.

Ayrıca İslam'da sakatlama, Allah'ın yaratışını değiştirmek olarak tanımlanır ve kesinlikle yasaklanmıştır. Uhud savaşında Hz. Peygamber'in amcası da dâhil olmak üzere bazı Müslümanların bedenleri düşman tarafından parçalanmıştı. Hz. Muhammed (asm) ve sahabiler, fırsat bulurlarsa aynısını yapacaklarına dair söz vermişlerdi. Ancak bunun ardından Kur'an'da sakatlamayla ilgili ayet inmiştir⁵⁵. Bu nedenle Hz. Muhammed, hainliği ve sakatlamayı yasaklamıştır. Daha sonra Hz. Ebu Bekir bu yasağı "Sakatlamaktan sakının, çünkü bu bir günah ve iğrenç bir davranıştır" sözleriyle ifade etmiştir⁵⁶.

Ayrıca İslam hukukuna göre hem cesedi yakmak⁵⁷ hem de kişinin yakılarak öldürülmesi caiz değildir. Bu nedenle esirin yakılarak öldürülmesi yasak olduğu

⁵⁰ "Ebu Davud, Sünen, Kitab-ül Cihad ve Siyer, Bab no: 115, Hadis no: 2681", Erişim Tarihi: Mart 2, 2024, <https://www.islamiokul.com/hadis-ansiklopedisi-2/> veya <https://sunnah.com/abudawud:2681>; Ayrıca bakınız: Ahmed Al-Dawoody, "Islamic law and international humanitarian law: An introduction to the main principles", in Zuhdija Hasanović (ed.), *Islamic Law and International Humanitarian Law*, Faculty of Islamic Studies - University in Sarajevo and ICRC, (2020): 3-30, s. 22; Kılıç, "Düşmanlarına Bile Merhametli Muhammed (sav) (Savaşlar Çerçevesinde)", s. 24-25.

⁵¹ "Hakim, Müstedrek, Fey Paylaşırma, Bab no: 1082, Hadis no: 2653", Erişim Tarihi: Mart 2, 2024, <http://normalift.com/kitap/files/HAK%C4%B0M/sf/022/1082.htm>.

⁵² Ahmet Özel, "Esir", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, 11. Cild, İstanbul, TDV Yayınları, 1994, s. 383.

⁵³ Birsin, "İslam Devletler Hukukunda Savaş Esirlerine Uygulanan Yaptırımların Analizi", s. 167.

⁵⁴ Abdullahi, "Rights of Prisoner", s. 69; Ayrıca bakınız: Ahmad, Lilienthal and Ahmad, "Islamic Laws of War and Contemporary International Humanitarian Law: Discrimination and Proportionality", s. 120-121; Al-Dawoody, "Islamic law and international humanitarian law: An introduction to the main principles", s. 22.

⁵⁵ "Cezalandırmak isterseniz size yapıldığı kadarıyla cezalandırın, fakat sabır gösterirseniz bilin ki sabırlı davrananlar için bu muhakkak daha hayırlıdır" Kur'an, Nahl, 16/126.

⁵⁶ Abdullahi, "Rights of Prisoner", s. 69.

⁵⁷ "Yazıklar olsun bana, şu karga kadar olup da kardeşimin cesedini gömmekten de mi aciz kaldım!" Kur'an, Maide, 5/31.

gibi, kendi inancı öngörüyor olsa bile cesedinin de yakılması yasaktır. Hz. Muhammed (asm), “Ölünün kemiğini kırmak, onu diri iken kırmak gibidir⁵⁸” diyerek cesede kötü muameleyi yasaklamıştır. Ölen bir esir, mümkün olduğunca karşı tarafa teslim edilir. Karşı tarafça teslim alınmayan esir cenazeleri ise defnedilir⁵⁹.

İslam hukuku ayrıca günümüz insancıl hukuk kural ve uygulamalarından farklı olarak o dönemde asil kabul edilen kişilerin aşağılanması da yasaklamıştır. Bu kural, günümüzdeki, esirin rütbesine uygun muamele kuralının karşılığı sayılabilir. Çünkü insancıl hukuk, esirler arasında ayırmacılığı yasaklamakla birlikte esirin rütbesine uygun hürmet görmesi gerektiğini de kabul etmektedir⁶⁰.

Görüldüğü gibi İslam hukukunda, savaş esirlerine iyi ve insani muamele öngörülmüş, işkence, kötü muamele ve sakatlama, esirin ölü veya diri yakılması yasaklanmıştır. Bu kapsamda esirlere nazik ve saygılı davranılmalı, yeterli su ve gıda verilmeli, sıcaktan, soğuktan ve kötü muameleden korunmalıdır.

4. *Esir kadınlara tecavüz yasağı*: İslam hukukuna göre esir alınan kadına, statüsü belirlenene (kölelik statüsü verilene) kadar dokunulamaz. Pek çok İslam hukukçusu, henüz statüsü belirlenmeyen esir kadına tecavüzün zina suçuna uygulanan had cezası ya da çoğu zaman ta'zir cezasının uygulanacağını belirtmiştir. İslam tarihinde esir kadınlara karşı yaygın ve sistematik bir tecavüz olayı görülmemiştir. Kölelik statüsü verildikten sonra esir kadınlarla ilişki meşru sayılmıştır. Ancak aşağıda ele alınacağı üzere esirlerin köleleştirilmesi, İslam'ın ortaya koyduğu ve arzuladığı bir uygulama olmayıp o dönemde mevcut ve yaygın bir teamüldü. İslam'ın arzuladığı bir hedef olarak, günümüzde kölelik müessesesi ortadan kalktığı için savaş esirlerinin köle statüsüne geçirilmesi artık söz konusu değildir. Bu durumda İslami hükümlere göre esir kadınlarla cinsi ilişkide bulunmak da hiçbir şekilde meşru sayılmaz⁶¹.

Burada şu hususu açıklamak gerekir: İslam öncesi Arap toplumunda, Müslüman olmayan toplumlarda ve günümüzde savaş sırasında ve hatta savaş sonrasında kadınlara tecavüz vakıası, çok yaygın bir vakıadır. II. Dünya Savaşı sırasında Almanya'da 2 milyon kadın, Rus askerlerinin tecavüzüne uğramıştır. Almanlar da Doğu Avrupa ülkelerinde 3 milyon kadına tecavüz etmiş ve bunlardan 1,5 milyon çocuk dünyaya gelmiştir. Nazilerin Batı Avrupa ülkelerindeki tecavüzleri sonucunda doğan çocukların sayısı ise ülkelere göre 40 bin-100 bin arasında değişmektedir. II. Dünya Savaşı'nda Japonlar Kore'de, ABD askerleri Filipinler'de on binlerce kadına özel olarak hazırlanmış mekânlarda tecavüz etmiştir. 1992-1993 yıllarında Sırp'ların, Bosna-Hersek'te 40 bin kadına tecavüz ettiği kayıtlara

⁵⁸ “Ebu Davud, Sünen, Kitab-ül Cenâiz, Bab no: 58-60, Hadis no: 3207”, Erişim Tarihi: Mart 2, 2024, <https://www.islamiokul.com/hadis-ansiklopedisi-2/> veya <https://sunnah.com/abudawud:3207>.

⁵⁹ Iwansyah, “Islam and the Provisions of War”, s. 339.

⁶⁰ Abdullahi, “Rights of Prisoner”, s. 68.

⁶¹ Özel, “İslam'da ve Günümüz Devletler Hukukunda Savaş Esirleri”, s. 113-114.

geçmiştir⁶². Her ne kadar insancıl hukuk, kadınlara tecavüz yasağını öngörmüş olsa dahi uygulamada silahlı çatışmalarda bu kurala uyulmamaktadır. Dolayısıyla İslam hukuku, bu konuda günümüz uygulamalarının çok üstünde insani bir seviye getirmiştir.

5. *Çocukların anadan, kardeşlerin birbirinden ayrılması yasağı*: İslam hukuku, esir alınan kadın ve çocukların birbirlerinden ayrılmasını yasaklamıştır. Bu kural kardeşler açısından da geçerlidir⁶³.

6. *Kadın, çocuk ve yaşlı esirlerden fidye (kurtuluş bedeli) alınması yasağı*: İslam hukukunda esir alınan kadın ve çocuklar ya serbest bırakılır ya da köleleştirilmiştir. Esir kadın ve çocukların karşılık alınarak serbest bırakılması caiz görülmemiştir. Mesele Hendek savaşı sonrası, kadın esirler karşılıksız serbest bırakılmıştır⁶⁴. Aşağıda ele alınacağı gibi, İslam hukuku, kadın ve çocukların esir alınmasını ne teşvik etmiş ne de yasaklamıştır. Ancak İslam hukukunun ortaya çıktığı ve daha sonra uygulandığı dönemlerde cari olan kadın ve çocukların esir alınmasını ve daha sonra köleleştirilmesini yasaklamamıştır. Ancak esir ve kölelerin serbest bırakılmasını teşvik etmiş, bu uygulamanın tedricen ortadan kalkmasını sağlamıştır.

7. *Esirin devlet hükmünde olması*: İslam öncesi dönemde ve Müslüman olmayan toplumlarda esir, onu yakalayan kişinin hükmünde olmaktadır. Ancak İslam hukuku bu yetkiyi devlet başkanına vermiştir⁶⁵. Yani onu yakalayan kişilerin esirin durumu ile ilgili karar verme yetkisi yoktur. Günümüz insancıl hukukunda da bu ilke benimsenmiştir (m.12).

8. *Esirin sırf Müslümanlara karşı savaşması sebebiyle cezalandırılması yasağı*: İslam hukukunda esirin, esir olmadan önce savaşırken Müslümanların can ve mallarına verdikleri zararlardan dolayı sorumlu tutulamaz⁶⁶. Yani esir alınan düşmanlar, sırf Müslümanlara karşı savaşmışları için cezalandırılmazlar. Ancak dikkat edilmelidir ki, esirin *savaş öncesi* fiilleri, *savaş sırasında* işlediği savaş suçu, soykırım ve insanlığa karşı suç gibi hukuka aykırı fiilleri ile *esirlik sırasında* işlediği hukuka aykırı fiilleri bu ilkenin kapsamı dışındadır. Bu ilke insancıl hukuk açısından da geçerlidir.

9. *Savaşçı olmayan kişilerin korunması ilkesi*: İslam hukukuna göre, savaşçı olmayan kişilerin dokunulmazlığı (öldürülmemesi) konusunda ayrı bir statüsü vardır. Kur'an'da bu ayrıcalık şu şekilde ifade edilmiştir⁶⁷: “Sizinle savaşanlara

⁶² Özel, “İslam’da ve Günümüz Devletler Hukukunda Savaş Esirleri”, s. 114.

⁶³ Bilmen, *Hukuk-i İslamiye ve Istilahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, 3. Cild, s. 402; Tirmizi, Sünen, Alış-Veriş, Bab no: 12/52, Hadis no: 1283-1284, <https://www.islamiokul.com/hadis-ansiklopedisi-2/>; Ayrıca bakınız: <https://sunnah.com/tirmidhi:1283>.

⁶⁴ “Müslim, Kitab-ül Cihad ve Siyer, Bab no: 29, Hadis no: 1582”, Erişim Tarihi: Mart 2, 2024, <http://normalift.com/kitap/files/tir/had/024/1582.htm>.; Başka bir hadiste kadınların azad edilmesi konusu özellikle vurgulanmıştır: “Müslim, Azad Bahsi, Bab no: 5, Hadis no: 1509”, Erişim Tarihi: Mart 2, 2024, <https://www.islamiokul.com/hadis-ansiklopedisi-2/>.

⁶⁵ Zuhayli, *İslam Fıkhi Ansiklopedisi*, 8. Cild, s. 228.

⁶⁶ Thomas, “Jihad’s Captives: Prisoners of War in Islam”, s. 6.

⁶⁷ Abdullahi, “Rights of Prisoner”, s. 64.

karşı Allah yolunda savaşın, fakat aşırı gitmeyin. Allah aşırı gidenleri sevmez⁶⁸". Buradaki "aşırı gitmeyin" emri ve Hz. Muhammed (asm)'in söz ve uygulamaları ile savaşı olmayan kişilerin dokunulmazlık hakları güvence altına alınmıştır. İslam hukukuna göre, savaşa katılmamış kadınlar, çocuklar, yaşlılar, köyüler, esnaflar, münzeviler, din adamları ile savaşa katılma gücü olmayan ve savaşa doğrudan katılmamış herkes bu haktan yararlanır. Kaynaklarda, savaşı olmayan kişiler sayma yoluyla sınırlanmadığı için bu kural, kıyas yoluyla, fiilen savaşmayan tüm sınıfları kapsayacak şekilde genişletilebilir⁶⁹.

C. TEMEL İLKELER AÇISINDAN KARŞILAŞTIRMA

Esirler ile ilgili temel ilkeler açısından bakıldığında insancıl hukuk ile İslam hukukunun pek çok konuda *benzerlik* arz ettiği görülmektedir. Bu ilkeleri şu şekilde saymak mümkündür: Esirin devlet hükmünde olması, sırf savaşa katılmasından dolayı cezalandırılması yasağı, işkence, misilleme, hakaret, kadınlara tecavüz yasağı, esirlerin şahıs ve şereflerine ve özellikle kadınlara saygı gösterilmesi ilkesi her ikisinde de ortak hükümlerdir.

İslam hukukunda öngörülmemekle birlikte ona aykırı sayılamayacak bazı insancıl hukuk ilkeleri de vardır. İslam hukukunda icma, içtihat ve kıyas yolu açıktır. Bu kapsamda insancıl hukukta öngörülen esirlik statüsünün verilmesi, esirlik hükümlerinin iadeye kadar uygulanması, esirlerin kendi lehindeki haklardan feragat yasağı, sonradan yapılan andlaşmaların esirlerin durumunu olumsuz etkilememesi, esirlere yardım yapan kuruluşlara ve tarafsız devlet girişimlerine izin verilmesi ilkeleri, İslam hukukuna da uygun ilkelere sahiptir.

Ancak İslam hukukunda günümüz insancıl hukukundan farklı olarak benimsediği *kendisine has ilkeler* de bulunmaktadır. Bu durum gayet doğaldır. Çünkü İslam hukukunun ortaya çıktığı dönemde, esirler konusunda devletlerin uygulamaları oldukça farklıydı. Bu nedenle hal ve şartlara göre muamele ve misilleme yapılması gerekebilmekteydi. Bütün insanlığın eğilimlerini ve isteklerini dikkate alan ve evrensel bir siyaset takip eden İslamiyet, kendi müntesiplerinin hayati mücadelede başarılı olmaları için esirler hakkında bir takım hükümler koymuş ve bu hususta devlet başkanına takdir yetkisi vermiştir⁷⁰. Mesela, İslam hukukunda sivil kadınların esir olması yasaklanmadığı için kadın ve çocukların birbirlerinden ayrılması yasağı, kadın, çocuk ve yaşlı esirlerden fidye alınması yasağı, Müslüman kişilerin esir olmaması, kendi dini öngörüyor olsa bile ölen esirin yakılması yasağı İslam hukukuna has ilkeler olarak karşımıza çıkmaktadır.

⁶⁸ Kur'an, Bakara, 2/190.

⁶⁹ Ahmed Al-Dawood, and Vanessa Murphy, "International humanitarian law, Islamic law and the protection of children in armed conflict", *International Review of the Red Cross*, 101 (911), (2019): 551-573, s. 566; Abdullahi, "Rights of Prisoner", s. 65.

⁷⁰ Billmen, *Hukuk-i İslamiye ve İstilahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, 3. Cild, s. 400-401.

IV. ESİRLERE UYGULANACAK MUAMELELER

A. İNSANCIL HUKUKTA ESİRLERE UYGULANACAK MUAMELELER

1. *Esirlerin sorgulanması ve kişisel eşyaları (m.17-18)*: Günümüz insancıl hukukuna göre esirler, anladıkları dilde sorgulanması gerekir (m.17/6). Esir, adını, soyadını, doğum tarihini ve sicil numarasını bildirme yükümlülüğü altındadır (m.17/1). Esirler, hangi türden olursa olsun kendilerinden bilgi almak için fiziksel veya zihinsel işkence veya zorlamaya tâbi tutulamaz⁷¹, cevap vermeyi reddeden savaş esirine hakaret veya tehdit edilemez (m.17/4). Burada öngörülen yasaklar yalnızca 1. paragrafta belirtilen bilgilerin elde edilmesi için değil, her türlü bilgi için de geçerlidir. Bu nedenle, bu hükümler yalnızca yakalanma anında bir kişinin kimliğini belirlemek amacıyla yapılan sorgulamalarda değil, daha sonraki tüm sorgulamalarda uygulanacaktır. Savaş esirleri, savaş bölgesinde bile olsa ve daha sonra, örneğin taktik konumlar ve planlara ilişkin bilgi edinmek amacıyla sorguya çekilebilir. Ancak bu tür bir sorgulama, bu paragrafta yer alan işkence ve zorlama yasağının yanı sıra 13. maddedeki insani muamele şartına da tabidir⁷². Bu kuralın özel bir uygulaması, bir savaş esirini suç kabul etmeye ikna etmek için zorlama kullanılmasını yasaklayan 99. maddedir.

İnsancıl hukukta esirlere ait olan kişisel eşyalarla ilgili hükümler de öngörülmüştür. Buna göre, silahlar, atlar, askerî teçhizat ve belgeler hariç olmak üzere bütün kişisel eşya ve levazım ile madeni miğferler, gaz maskeleri ve şahıslarını korumak maksadıyla kendilerine verilmiş olan diğer eşyalar esirlerin mülkiyetinde kalacaktır⁷³ (m.18/1). Esirler, esir alan devlet tarafından kendilerine verilen kimlik belgesini taşımak zorundadır (m.18/2). Esir tutan devlet tarafından alıkonulmuş olan, esirlerin para veya kıymetli eşyaları esaretin bitiminde kendilerine iade olunacaktır (m.18/5).

2. *Esirlerin tahliyesi (nakli), kampta tutulması, hapsedilmesi ve taahhütle serbest bırakılması (m.19-24)*: Esirler, savaş bölgesinden uzak kamplara tahliye (nakil) edilebilecektir (m.19). Savaş bölgesi çatışmaların sürdüğü bölgeyi ifade etmektedir⁷⁴. Ancak bu tahliye daima insani bir surette yapılacak ve tahliye sırasında esirlerin temel ihtiyaçları karşılanacaktır (m.20). Bu kapsamda nakil sırasında hem esirlerin durumu hem de iklim, yiyecek, konfor ve giyim gibi değişen alışkanlıklar da dikkate alınmalıdır⁷⁵. Esir alan devletin, esirleri kampta tutma hakkı vardır. Ancak güvenlik tedbirleri veya esirlerin sağlığı gerektirmedikçe esirler kapatılamaz ve hapsedilemez (m.21/1). Bu kapsamda esir alan devlet, esir-

⁷¹ Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, s. 343.

⁷² Commentary of 2020, Article 17, para. 1822.

⁷³ Melzer and Kuster, *International Humanitarian Law a Comprehensive Introduction*, s. 179.

⁷⁴ Commentary of 2020, Article 19, para. 1869.

⁷⁵ Commentary of 2020, Article 20, para. 1889.

lerin hareketlerini, belirli bir alanla sınırlandırmak ve kaçmalarını önlemek için koruma tedbiri alabilir. Ancak bu kısıtlama esirlerin hareket imkânını tamamen ortadan kaldıracak şekilde olamaz⁷⁶. Esirlerin alıkonuldukları mekân şartlarının sağlıklı ve temiz olması gerekir (m.22). Esirler, sığınağı olan uygun mekânlarda tutulur, saldırıya maruz kalabilecek bölgede tutulamaz, yani kalkan olarak kullanılamaz (m.23). Esirlerin tabi oldukları devletin kanunları izin verdiği takdirde esirler, söz veya taahhüt üzerine kısmen veya tamamen serbest bırakılabilecektir. Ancak esirler söz ve taahhüt üzerine hürriyeti kabul etmeye mecbur tutulamaz (m.21/2).

3. *Esirlerin iskânı (barınma), iaşesi (beslenmesi) ve giyinmesi (m.25-28)*: Esirler, ısı, ışık, nem ve yangın bakımından sağlıklı iskân şartları içinde, kadın erkek ayrı yatakhaneler olacak şekilde tutulur (m.25). Esirlere yeterli gıda, su, sigara temin edilir. Esirlerin yemek hazırlığında çalıştırılması mümkündür. Esirlerin tutulduğu yerde uygun yemekhane bulunması gerekir (m.26). Esirlere yeterli giyecek, çamaşır ve ayakkabı verilmesi, ihtiyaç halinde yenilenmesi ve tamirinin sağlanması lazımdır (m.27). Ayrıca kampta günlük ihtiyaçlara cevap verecek nitelikte kantin bulunması gerekir (m.28). Sözleşme ile esirlere, her durumda insanı muamele yapılması, güvenliklerinin ve sağlıklarına zarar vermeyecek yaşam koşullarının sağlanması ve onların alışkanlık ve geleneklerinin dikkate alınması yönünde genel standartlar öngörülmüştür⁷⁷.

4. *Sağlığın korunması tedbirleri ve tedavi (m.29-32)*: Esir alan devlet, kampta esirlerin salgın hastalıklardan korunması için temizlik ve sağlık tedbirleri almakla yükümlüdür. Bu amaçla kadınlar için ayrı olmak üzere çamaşırhane, su ve sabun bulundurulacaktır (m.29). Bu tedbirler alınırken, çevre ve iklim koşulları, coğrafi özellikler ve inşaat malzemeleri dikkate alınmalıdır⁷⁸. Her kampta gerekli donanımına sahip bir revir bulundurulur ve esirlerin protez ve tedavisi için gerekli olan masraflar, esir alan devlet tarafından karşılanır (m.30). Kamplarda ayda bir tıbbi denetim yapılması gerekir (m.31). Ayrıca esir alınan hekim, dişçi, erkek veya kadın hastabakıcıların esirler için çalıştırılması mümkündür (m.32).

5. *Esirlere yardım için alıkonulan sağlık ve din görevlileri (m.33)*: Savaş esirlerine yardımcı olmak üzere esir alan devlet tarafından alıkonulan sağlık ve din görevlileri esir sayılamaz. Bunların yürüteceği hizmetlerle ilgili olarak kendilerine her türlü kolaylık sağlanır (m.33). Buradaki “tıbbi ve manevi hizmetler” (medical and spiritual functions) ibaresi, savaş esirlerinin tıbbi ve manevi ihtiyaçları ile bağlantılı olan her türlü işleri kapsayacak şekilde geniş anlaşılmalıdır. İşbu sağlık ve din görevlilerinin alıkonulması, esir alan devletin yükümlülüklerini or-

⁷⁶ Melzer and Kuster, *International Humanitarian Law a Comprehensive Introduction*, s. 182-183; Ayrıca bakınız: Commentary of 2020, Article 21, para. 1941-1945.

⁷⁷ Commentary of 2020, Article 25, para. 2100.

⁷⁸ Commentary of 2020, Article 29, para. 2191.

tadan kaldırmaz, sadece bu hizmetleri kolaylaştırma amacına yöneliktir⁷⁹. Oysa İslam hukukunda yukarıda belirtildiği gibi sağlık ve din görevlileri esir alınmaz.

6. *Dini, fikri ve bedeni faaliyetler (m.34-38)*: İnsancıl hukuka göre, esirler dinî âyin ve ibadetlerini serbestçe yapabilirler, bu amaçla esirlere uygun yerler tahsis edilmesi gerekir (m.34). Kişinin dinini yaşama özgürlüğü, inancını doğrudan ifade eden ritüel ve törensel eylemlerin yanı sıra bu eylemlerin ayrılmaz bir parçası olan çeşitli uygulama ve gelenekleri de kapsar. Bu kapsamda eylemler, ibadet yerlerinin inşası veya düzenlenmesini, manevi yardıma erişimi, dini ihtiyaçları karşılamak için gerekli ritüel şekiller ve nesnelere kullanılmalarını, sembollerin gösterimini, tatillere ve dinlenme günlerine uyulmasını, inancı gereği yenilmesi yasak yiyecek düzenlemelerini, kendine özgü kıyafet veya başörtüsü takmayı, dinin icrası için yeterli mekânlara erişimi, dini geleneklere uygun olarak cenaze töreni gibi hususları içerebilir⁸⁰. Alıkonulan din görevlilerinin, esirlere dini yardımda bulunmasına izin verilecektir (m.35, 36 ve 37). Ayrıca esirlerin kişisel eğilim ve tercihlerine uygun olarak fikir, eğitim, eğlence ve spor faaliyetleri teşvik edilecek ve bu amaçla uygun yerler ve araçlar tahsis edilecektir (m.38).

7. *Esir kampında disiplin (m.39-42)*: Esirlerin tutulduğu kampın, silahlı kuvvetlere mensup bir subayın emrinde olması gerekir (m.39). Esirlerin rütbe ve tabiiyet durumunu gösteren işaretler taşımaya izin verilecektir (m.40 ve 43). Kamp kurallarının esirlerin okuyabilecekleri yere asılması zorunludur (m.41). Kaçan veya kaçırmaya çalışanlara karşı silah kullanımı, ancak ihtardan sonra olacak ve son çare olarak başvurulabilecektir (m.42). Buradaki silah kavramı, öldürmek, yok etmek, yaralamak, zarar vermek veya tehdit etmek amacıyla kullanılan her türlü nesne, malzeme, alet, mekanizma, cihaz veya madde olarak anlaşılmalıdır. Bu nedenle silahı, sadece öldürücülük açısından değerlendirmemek gerekir. Silah kullanımının gerekliliği, her somut olaya göre farklı değerlendirilmeli ve mutlaka kademeli şekilde olmalıdır⁸¹.

8. *Esirlerin çalıştırılması (m.49-57)*: Günümüz insancıl hukuk kuralları, esir alan devletin belirli bazı şartlarda esirleri çalışmaya zorlayabileceğini öngörmektedir⁸². Bu bağlamda esirleri elinde tutan devlet, sağlıklı esirleri, yaş, cinsiyet, rütbe ve bedeni kabiliyetlerini dikkate alarak ve özellikle kendilerini beden ve ruhen sağlıklı tutmak amacıyla çalıştırabilecektir (m.49/1). Hiçbir esir, gönüllü olmadıkça gayrisihhi veya tehlikeli işlerde çalıştırılmaz (m.52/1). Ayrıca çalıştırılan esirlere uygun ücret verileceği de öngörülmüştür (m.54).

⁷⁹ Lewis C. Vollmar, "Military Medicine in War: The Geneva Conventions Today", in Thomas E. Beam and Linette R. Sparacino (eds), *Military Medical Ethics*, Vol. 2, Office of the Surgeon General, United States Army, Washington D.C., (2003): 739-771. Ayrıca bakınız: Commentary of 2020, Article 33, para. 2339.

⁸⁰ Commentary of 2020, Article 34, para. 2364.

⁸¹ Commentary of 2020, Article 42, para. 2525-2527.

⁸² Melzer and Kuster, *International Humanitarian Law a Comprehensive Introduction*, s. 185.

Aşağıda ele alınacağı gibi İslam hukukunda alınan tedbirlere uymak şartıyla esirlerin kendi hesabına çalışmasına da izin verilmiştir. Bu durumlar göz önüne alındığında günümüz insancıl hukukunun, esirlerin çalışması konusunda öngördüğü kuralları, İslam hukukunun 1400 yıl önce öngörmüş olması son derece önemlidir.

Uluslararası Kızılhaç Örgütü'nün tespitlerine göre, iki dünya savaşı sonrası karşılaştırıldığında 1949'dan bu yana, savaş esirlerinin çalıştırılması konusunda, kampların idaresi ile bağlantılı işler dışında geniş çapta azaldığı görülmüştür. Kampların idaresi ile ilgili işler ise mutfaklarda yardım etmek, terzi dükkânları veya kitapçılar işletmek, çimento tuğlaları yapmak, tercüman, berber veya bahçıvan olarak çalışmak, revirde yardım etmek veya daha genel olarak kamplardaki yaşam alanlarının genel bakımına ve inşaat işlerine katılmak şeklinde olmuştur. Uzun süreli esirliklerde esirlerin çoğunlukla çalışmak istediği ve yeterli iş olmadığına esirlerin rotasyon esasına göre çalıştırıldığı görülmüştür⁸³.

9. *Esirlerin haberleşme hakkı (m.71)*: Savaş esirlerinin, esaretin gerektirdiği sınırlamalar göz önünde tutulmak şartıyla, kural olarak ana dilleri ile haberleşme hakkı vardır (m.71). Hatta esire, işlediği bir suçtan dolayı disiplin cezası verilse bile esirin iletilmesini istediği mektup ve kartlar, bu disiplin cezası nedeniyle geciktirilemez veya alıkonulamaz. Savaş esirlerinin yazışmalarına verilen önem nedeniyle, mektup ve kartlara ilişkin sınırlamalar, olası disiplin cezaları listesinin dışında tutulmuştur. Benzer şekilde, yazışmalara bireysel veya toplu sınırlamalar disiplin tedbiri olarak getirilemez⁸⁴. Esirlerin haberleşmesiyle ilgili kuralların telefon görüşmesi ve internet üzerinden gönderilen elektronik mesajları da içerecek şekilde yorumlanması gerekir. Savaş esirleri ayrıca gıda maddeleri, giyecekler, tıbbi malzemeler ve dini, eğitimsel veya eğlence amaçlı eşyaları içeren bireysel paketler veya toplu gönderiler de alabilirler. Savaş esirlerine gönderilen veya onlar tarafından gönderilen tüm yazışmalar, paketler veya gönderiler, hem gönderen hem de kabul eden Devlet tarafından sansürlenebilir veya incelenebilir⁸⁵.

10. *Esirlerin adalete erişim, talep ve şikâyet hakkı (m.78-81)*: Savaş esirleri, elinde esir buldukları askeri makamlara, hami devlet temsilcilerine veya Uluslararası Kızılhaç görevlilerine, esaret şartları ile ilgili olarak talep ve şikâyette bulunma hakkına sahiptir (m.78). Esirler, kendi aralarından serbest ve gizli oyla bir temsilci seçebileceklerdir. Esir alan devlet bu temsilci ve görevlerini yerine getirebilmeleri için gerekli zamanı, olanakları ve hareket özgürlüğünü sağlamalıdır⁸⁶ (m.79-81).

⁸³ Commentary of 2020, Article 49, para. 2684.

⁸⁴ Commentary of 2020, Article 71, para. 3260.

⁸⁵ Melzer and Kuster, *International Humanitarian Law a Comprehensive Introduction*, s. 186.

⁸⁶ Melzer and Kuster, *International Humanitarian Law a Comprehensive Introduction*, s. 187.

11. *Esirler hakkında cezai ilkeler (m.82-88)*: Esirler, esir alan devletin yürürlükteki mevzuatına tâbidir. Bu kapsamda esir alan devlet, bu kurallara aykırılık sebebiyle askeri yaptırım veya cezai işlem uygulayabilecektir⁸⁷. Ancak esir, bu devletin kendi silahlı kuvvetlerine mensup biri tarafından işlendiğinde suç sayılmayan bir fiilden dolayı cezalandırılmaz, sadece askeri yaptırım uygulanabilir (m.82). Ayrıca esirler kural olarak yalnızca askerî mahkemelerde yargılanabilir, bağımsızlık ve tarafsızlık garantilerini taşımayan, sanığa savunma hak ve vasıtalarını sağlamayan bir mahkeme tarafından yargılanamaz (m.84). Esirler, esirleri elinde tutan devletin askerî makamları ve mahkemeleri tarafından, silahlı kuvvetler mensupları hakkında öngörülen cezalardan başka bir cezaya çarptırılmaz (m.87/1). Bireysel fiillerden dolayı toplu ceza uygulaması, her türlü bedeni ceza, gün ışığından mahrum yerlerde hapis ve her türlü işkence ve eziyet yasaktır (m.87/3).

Esirlere ilişkin III. Sözleşme, savaş esirlerinin, esaretleri süresince bir hukuk ve disiplin sistemine tabi olmasını kabul etmektedir. Ancak bu, esirlerin menşe ülkesinin hukuk sistemi değil, esir alan devletin hukuk sistemidir. Bu hukuk sadece emir ve yasaklar içeren maddi kuralları değil esir alan devletin usul kurallarını da kapsar. Bu bağlamda esir, esir alan devletin silahlı kuvvetlerine mensup kişileri yargılamaya yetkili bir mahkeme tarafından ve aynı usul kurallarına tabi olarak yargılanabilir⁸⁸.

12. *Askeri yaptırım uygulanması ve esirin kaçması (m.89-98)*: III. Sözleşme, esirlere uygulanabilecek askeri yaptırımları sayma yoluyla belirlemiştir: para cezası, izinlerin iptali, angarya ve tutukluluk (m.89). Ancak savaş esiri, bağlı olduğu devlet veya müttefik bir devletin silahlı kuvvetlerine katılması, esir alan devlet veya müttefikinin kontrolü altındaki toprağından çıkması, bağlı olduğu devlet veya müttefikini bir devletin bayrağını taşıyan bir gemiye ulaşması halinde hukuki olarak kaçmayı başarmış sayılır ve tekrar ele geçirilmesi halinde bundan dolayı cezalandırılmaz⁸⁹ (m.91). Kaçmanın başarılı sayılabilmesi için yalnızca esir kampından ayrılabilmek ya da hemen peşinden gelenleri atlatabilmek yeterli değildir. Ayrıca üç alternatiften birisinin gerçekleşmesi gerekir. *İlk ihtimal*, kaçan kişinin bağlı olduğu devletin veya resmi anlaşma olsun veya olmasın müttefik bir devletin silahlı kuvvetlerine fiziken katılabilmesidir. Bu durumda kaçan kişi artık bir savaş esiri ya da savaş dışı kişi olmaktan çıkar. Kaçışın başarılı sayılabilmesi için *ikinci ihtimal*, esirin esir alan devlet veya müttefikinin egemen olduğu, işgal ettiği veya kontrolü altında bulundurduğu bölgeden çıkmasıdır. Bu durumda esir, ya bağlı olduğu veya müttefik devlet bölgesine veya tarafsız bir devletin bölgesine girmiştir. *Üçüncü ihtimal* ise esir, bağlı olduğu veya müttefik devlet bayrağını taşıyan bir gemiye katılabilirse kaçış başarılı olur. Ancak bu geminin,

⁸⁷ III. Sözleşme'nin III. Fesil hükümleri saklı kalmak kaydı ile.

⁸⁸ Commentary of 2020, Article 82, para. 3564-3566.

⁸⁹ Melzer and Kuster, *International Humanitarian Law a Comprehensive Introduction*, s. 180.

esir alan devletin fiili kontrolü altında olmaması gerekir. Geminin bir savaş gemisi, yardımcı gemi, ticaret gemisi, balıkçı gemisi veya başka bir gemi olması fark etmez⁹⁰.

Esirin kaçıışı başarılı olmayıp yakalanması halinde ancak askeri yaptırım uygulanacaktır (m.92/1). Esir, kaçmadan dolayı yargılanırken, tekerrür eden kaçma veya kaçma teşebbüsü, esir hakkında ağırlaştırıcı sebep oluşturmayacaktır (m.93/1).

13. Esirlerin yargılanması (m.99-108): Esirler, sırf mensubu bulunduğu devletin silahlı kuvvetlerine bağlı olması veya silahlı çatışmalara katılması yüzünden soruşturma veya kovuşturmayaya tabi tutulamaz. III. Sözleşme, esirlerin, esir alındıktan sonra işlediği fiiller açısından yapılacak soruşturma veya kovuşturma hükümlerini düzenlemiştir

Fiilin işlenmesi tarihinde esirleri elinde tutan devletin hukukunda veya uluslararası hukukta *açıkça* suç olarak düzenlenmeyen bir fiilden dolayı hiçbir esir yargılanamaz ve mahkûm edilemez (m.99/1). Yine esirler, esir alan devletin askerî makamları ve mahkemeleri tarafından, silahlı kuvvetler mensupları hakkında öngörülen cezalardan başka cezaya çarptırılmaz (m.87/1). Bu hükümler suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir tezahürüdür. Bu ilke, esir alan devletin keyfi ve suiistimal edici eylem riskini sınırlamayı amaçlamaktadır. Dar anlamda bu ilke, bir kişinin suçluluğunun ancak fiilin işlendiği tarihte yürürlükte olan ceza kanunlarına göre belirlenebileceğini ifade etmektedir. Yani, söz konusu davranışı suç ve ceza olarak nitelendiren bir kanun hükmü olmadan suç ve ceza olamaz ve bu kanun geriye dönük olarak uygulanamaz. Bu, çoğu iç hukuk sisteminde anayasal bir ilkedir. Geniş anlamda kanunilik ilkesi, suç tanımının kesin bir şekilde yorumlanmasını ve kıyas yoluyla genişletilmemesini gerektirir. Kanunilik ilkesine uymamak, esirin adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelir⁹¹.

Esirler sadece esaret sırasında değil, yakalanmadan önce işlediği (iddia edilen) suçlardan dolayı da yargılanabilir. Şunu vurgulamak gerekir ki, esir, kanunu bilmediğini iddia ederek sorumluluktan kurtulamaz. Kanunilik ilkesi gereği esirin, söz konusu eylemi veya ihmali yasaklayan kanunun içeriğini subjektif olarak bilmesi gerekmez. Sadece kanunun, eylem veya ihmalin gerçekleştiği sırada, esir için makul bir şekilde öngörülebilir ve erişilebilir olması yeterlidir⁹².

İsnad edilen fiili işlediğini itiraf ettirmek için esirlere işkence veya baskı yapılamaz (m.99/2). Bu hüküm, itiraf için baskı ve zorlamayı yasaklamaktadır. Ancak devletin esirleri sorgulaması yasak değildir. Normal anlamıyla *zorlama*, itiraf konusunda isteksiz kişiyi güç veya tehditle bir şeyi yapmaya ikna etmek

⁹⁰ Commentary of 2020, Article 91, para. 3789-3799.

⁹¹ Commentary of 2020, Article 99, para. 3954-3955.

⁹² Commentary of 2020, Article 99, para. 3958 ve 3963.

anlamına gelir. Zorlamanın mevcut olup olmadığının belirlenmesinde belirleyici faktör, kullanılan yöntemin, esirin özgür iradesini kullanma becerisini ortadan kaldırıp kaldırmadığı veya zayıflatıp zayıflatmadığıdır. Bu tür yöntemler, hem eylem hem de ihmal şeklinde olabilir. Mesela bir esirin itirafını almak için gerekli tıbbi tedaviden kasten alıkoymak veya kasıtlı olarak uyku, yiyecek veya sudan mahrum bırakmak yasaktır. Ayrıca, zorlamanın fiziksel zarara yol açması şart değildir. Esirin zihinsel direncini kırmayı da amaçlayabilir. Bu, mesela mahkûmları aşağılayıcı veya küçük düşürücü muameleye varan görevlere zorlamayı, kendi inanç sistemlerine aykırı davranmalarını talep etmeyi veya yakınlarına zarar verme veya aşağılama tehdidinde bulunmayı içerebilir⁹³.

Esire, savunma yapmadan ve müdafiden yararlanmadan mahkûmiyet verilemez (m.99/3). Bu hüküm, kişinin savunmasını sunma fırsatına sahip olmasının neleri gerektirdiğini belirtmemektedir. Maddenin lafzından sanığın kendi duruşmasında hazır bulunması gerektiği anlaşılmaktadır. Ayrıca hüküm, bölümdeki diğer kurallarla birlikte, özellikle esir sanığa tanınması gereken haklar ve savunma araçlarının ayrıntılarını düzenleyen 105. maddeyle birlikte okunması gerekir. Bu durumu, 84/2. madde açıkça ifade etmektedir⁹⁴. Ayrıca esirin, kanun yollarından yararlanma hakkı vardır (m.106).

14. Ağır hasta ve ağır yaralı esirlerin durumu (m.109-117): Sözleşme'ye göre ağır hasta ve ağır yaralı esirler nakledebilecek bir hale getirildikten sonra, sayı ve rütbeye bakılmaksızın memleketlerine iade edilecektir. Yapılacak anlaşma gereği bu esirlerin tarafsız bir ülkeye de nakli mümkündür⁹⁵ (m.109). Bu hükme göre bir savaş esirinin çatışma sırasında ülkesine geri gönderilebilmesi için "ağır hasta veya ağır yaralı" olması gerekir. Bu durum, esaret sırasında olabileceği gibi çatışma sırasında da olmuş olabilir. Hasta ve yaralı kavramlarının I. ve II. Sözleşme ile aynı anlamda anlaşılması gerekir. Bir kişinin yaralandığını veya hastalandığını belirleyen kriter, tıbbi bakıma muhtaç olmasıdır. İade hakkından, askeri yaptırım uygulanan veya cezai kovuşturma veya mahkûmiyeti olanlar da yararlanabilecektir⁹⁶. Ayrıca şifa bulmayacak derecede yaralı ve hasta olup, zihni ve bedeni kabiliyetleri oldukça azalmış olanlar, tıbbi görüşe göre bir yıl içinde iyileşmesi muhtemel olmayıp, durumu tedavi gerektiren ve zihinsel veya fiziksel hali ciddi şekilde azalmış görünenler ile zihni ve bedeni kabiliyetleri ciddi ve devamlı surette azalmış görünen yaralı ve hastalar doğrudan memleketlerine iade olunurlar (m.110).

15. Çatışmalar sona erince esirlerin tahliye ve iadesi (m.118-119): Savaş halinin son bulmasından sonra esirler, geciktirilmeden serbest bırakılıp hazırlana-

⁹³ Commentary of 2020, Article 99, para. 3967.

⁹⁴ Commentary of 2020, Article 99, para. 3977.

⁹⁵ Melzer and Kuster, *International Humanitarian Law a Comprehensive Introduction*, s. 180; Abdulahi, "Principles", s. 14.

⁹⁶ Commentary of 2020, Article 109, para. 4256-4257 ve 4260.

cak bir plan çerçevesinde ülkelerine geri gönderilir (m.118/1). Üstelik esirin serbest bırakılması koşulsuz olmalıdır. Esirin tutulmasının temel gerekçesi, düşman personelinin, çatışmalar devam ederken, esir alan devlete karşı yeniden silaha sarılmasının önlenmesidir. Savaş hali sona erdiğinde artık bu gerekçe ortadan kalkar ve esaret bir an önce sona ermelidir⁹⁷. Esirlerin tahliye ve iadesi konusu, aşağıda esirliğin sona ermesi halleri başlığı altında ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Daha önce kendilerinden alınarak muhafaza edilen para ve değerli eşyalar, esirlere geri verilir (m.119/2). Esir alan devletten farklı bir devletin parası olup, sahibi tarafından başka bir para birimine dönüştürülmesi istenilmemiş olan ve esirlerden alınan meblağlar, esirleri elinde tutan Devlet tarafından muhafaza ve esareten sonra esire ilk şekilleri ile iade olunacaktır (m.18/6).

16. Esirlerin ölümü (m.120-121): Esaret sırasında ölen bir esir hakkında kimlik, ölüm sebebi ve tespitine dair bir ölüm belgesi düzenlenecektir. Ölen kişi hakkında, gömülmesinden veya yakılmasından önce muayene yapılarak rapor düzenlenecektir. Esirleri elinde tutan devletin resmî makamları, esarete vefat eden esirlerin şerefle ve imkân varsa mensup oldukları dinin merasimiyle defnedilmelerine⁹⁸, mezarlarına hürmet edilmesine, münasip bir şekilde bakılmasına ve her zaman yeri bulunacak surette işaretlenmesine itina göstermek zorundadır. Mümkün olduğunca aynı dine mensup olan esirler aynı yere defnedilecektir (m.120).

Ölmeden önce vasiyetname hazırlamak isteyen esirlerin vasiyetnameleri, kendi memleketlerinin hukukuna göre geçerli olması için gereken şartlar yerine getirilerek düzenlenecektir (m.120/1). Bu bağlamda vasiyet, ne şekilde ifade edilirse edilsin, kişinin ölümünden sonra para ve mallarının tasarrufuna ilişkin talimatları içeren hukuki belge demektir. Sözleşme, esirin, esareti boyunca da fiil ehliyetini koruduğu yönündeki genel kural uyarınca, her savaş esirinin vasiyetname hazırlama hakkını tartışmasız kabul etmektedir. Ancak vasiyetnamenin geçerli olabilmesi için yürürlüğe girdiği ülkenin mevzuatında belirtilen geçerlilik şartlarını karşılamaları gerekir. Bu nedenle esir alan devletin bu şartı sağlama yükümlülüğü vardır⁹⁹.

17. İstihbarat (haberleşme) büroları ve esirlere yardım kuruluşları (m.122-125): Savaşın çıkması üzerine her iki taraf da eline geçen esirlerle ilgili olarak resmî bir enformasyon bürosu kurar ve onlara dair her türlü bilgiyi buraya ulaştırır. Bu büro da söz konusu bilgileri ilgili devletlere bildirir (m.122). Enformasyon bürosunun derhal kurulması bir zorunluluktur. İşgal halinde bu büro, işgal edilen topraklarda olması gerekir. Ancak uygulamada bu yükümlülüğe genellikle uyulmamakta, haberleşme Uluslararası Kızılhaç Örgütü eliyle yürütülmektedir.

⁹⁷ Commentary of 2020, Article 118, para. 4444.

⁹⁸ İslam hukuku karşı tarafça teslim alınmayan esir cenazelerinin defnedilmesini öngörmüştür. Iwansyah, "Islam and the Provisions of War", s. 339.

⁹⁹ Commentary of 2020, Article 120, para. 4533-4535.

Büro kurma yükümlülüğü, savaş esiri statüsüne hak kazanan bir kişiyi kabul ettiği anda, tarafsız veya savaşmayan devletler için de geçerlidir¹⁰⁰. Büronun amacı, esirlerin tam olarak kimliğinin belirlenmesi ve esirlerin ailelerinin ve mensubu bulunduğu devletin hızla bilgilendirilmesidir¹⁰¹.

Esir alan devlet, güvenlik ve diğer tedbirlere uymak şartıyla dinî ve diğer yardım kuruluşlarının esirleri ziyaret etmeleri ve yardım malzemelerini dağıtmaları konusunda gerekli kolaylıkları sağlamakla yükümlüdür. Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin bu konudaki özel durumuna her zaman saygı gösterilir (m.125). Dini kuruluşlara izin verilmesi, dini görevlerin yerine getirilmesine ilişkin 34. maddeyle de yakından bağlantılıdır. Diğer kuruluşlar ibaresi hem yardım kuruluşlarını hem de savaş esirlerine yardım eden diğer herhangi bir kuruluşu ifade eder¹⁰².

18. Esirlere karşı suç işleyenlerin yargılanması tedbirleri (m.129): Sözleşme'nin tarafı devletler, esirlere karşı, şu suçlardan herhangi birini işleyen veya bunu emreden kişilere ceza verilmesi için gerekli her türlü hukuki düzenlemeyi yapmak zorundadır: 130. maddede sayılan kasten öldürme, gayri insanî muamele ve eziyet, vücut ve sağlığa yönelik şiddetli elem ve ciddi zarar doğuracak kasıtlı fiiller, savaş esirini düşman devletin güçleri içinde hizmet vermeye zorlama veya bu sözleşmede belirtilen meşru ve âdil yargılanma haklarından kasten mahrum bırakma gibi ciddi ihlaller (m.129). Bu yükümlülük, önleyici ve caydırıcı bir karaktere sahiptir. Bu kapsamda taraf devletler, kendilerini bu tür suçları kovuşturmak için gerekli hukuki araçlarla donatarak, hukuk sistemlerinin bu yönde işlemlerini sağlamalı ve her türlü cezasızlık riskini ortadan kaldırmalıdır¹⁰³.

B. İSLAM HUKUKUNDA ESİRLERE UYGULANACAK MUAMELELER

İslam hukukunda esirlere insanca muamele edilmesi ve onurlarının korunması açıkça kabul edilmiş, esirlerin öldürülmesi, işkence yapılması ve diğer kötü muameleler yasaklamıştır¹⁰⁴. İslam'ın ortaya çıkışına kadar esirlere karşı bu kadar ince bir şefkat ve merhametle davranan başka bir savaşçının veya sistemin bulunmadığı rahatlıkla söylenebilir¹⁰⁵. Çünkü İslam öncesi dönemde ve İslam dünyası dışındaki ülkelerde neredeyse 20. yüzyıla kadar, savaş esirlerine genel olarak insani olmayan muamele ve yaptırımlar uygulanmaktaydı. Bu kapsam-

¹⁰⁰ Commentary of 2020, Article 122, para. 4702-4705.

¹⁰¹ Commentary of 2020, Article 122, para. 4702-4721.

¹⁰² Commentary of 2020, Article 125, para. 4885-4886.

¹⁰³ Commentary of 2020, Article 129, para. 5104.

¹⁰⁴ Iwansyah, "Islam and the Provisions of War", s. 338; Muhamadin, "Comparing International Humanitarian Law and Islamic Law on War Captives: Observing ISIS", s. 137-138.

¹⁰⁵ Senad Ćeman and Amir Mahić, "Principles of Islamic Law of Armed Conflicts: Protection of Property, Treatment of Prisoners of War, Providing Refuge and Treatment of Bodies of the Deceased During Hostilities" in Zuhdija Hasanović (ed.), *Islamic Law and International Humanitarian Law*, Faculty of Islamic Studies - University in Sarajevo and ICRC, (2020): 69-81, s. 74; Bennoune, "As-Salāmu `Alaykum? Humanitarian Law in Islamic Jurisprudence", s. 632-633.

da, esirler, öldürme, işkence ile öldürme, organlarını parçalama, aslanların önüne atma, yakma gibi muamelelere maruz kalmaktaydı. Nadiren de olsa köleleştirme, mübadele aracı olarak kullanma veya bedel karşılığında serbest bırakma, en insani muamele sayılabilirdi. Bu nedenle İslam hukuku, savaş esirlerine uygulanacak muamele ve yaptırım konusunda daha insani kurallar getirmiş ve dünya tarihinde esirler hakkındaki anlayış ve kuralların değişimine öncü olmuştur¹⁰⁶. Kur'an'daki "Onlar, kendi canları çekmesine rağmen yemeği yoksula, yetime ve esire yedirirler (ve şöyle derler): Biz size sırf Allah rızası için yediriyoruz. Sizden bir karşılık ve bir teşekkür beklemiyoruz¹⁰⁷" ayeti ve Hz. Muhammed'in "Esirlere iyi davranın. Esirler hakkında size hayır ve iyilik tavsiye ederim¹⁰⁸" emri bu durumu açıkça ortaya koymaktadır.

Genel olarak bakıldığında İslam hukukunun savaş esirleri konusunda olumlu yaklaşımının bulunduğu şüphe yoktur. Bununla birlikte günümüzdeki savaş şartları ve anlayışları dikkate alınarak modern çağın gereklerine cevap verebilmek için bazı hükümlerin yeniden yorumlanmasının, hayati bir gereklilik olduğu dile getirilmiştir. Çünkü İslam hukukundaki savaş esirlerine ilişkin kuralların çoğu, 624 tarihindeki Bedir savaşında ele geçirilen esirlere yapılan muameleye dayanmaktadır. Ayrıca o dönemde yalnızca erkek savaşçılar savaş esiri olarak kabul edilmekteydi. Ele geçirilen kadın veya çocukların ise köleleştirilmesi veya Müslüman esirlerle takas edilmesi geleneği vardı. Bedir savaşında Müslümanlar yetmiş düşman savaşçısını ele geçirmiştir. O sırada İslam'da henüz savaş esirleri ile ilgili kurallar yoktu. Hz. Muhammed (asm) bu konuda sahabeleriyle istişarede bulunmuş ve esirlere iyi davranılması talimatını vermiştir¹⁰⁹.

İslam hukukunda esirlere iyi muamele, düşman bir savaşçının esir düştüğü andan itibaren esirlik sürecinin sonuna kadar genel bir ilke olarak kabul edilmiştir. Bu kapsamda yeme, içme, giyinme, barınma, muayene, tedavi, temizlik, yakınları ile haberleşme gibi pek çok hususta esirlerin hakları vardır. Bu konuda Hz. Muhammed (asm)'in çok sayıda hadisi nakledilmiştir. Aşağıda, esirlik sürecinin başlangıcından sonuna kadar geçen sürede esirlere uygulanacak muameleler şu şekilde sayılabilir:

¹⁰⁶ İslam öncesinde esirlerin durumunu da içeren bazı savaş kuralları bulunmaktaydı. Mesela MÖ 1728-1686 yılları arasında yaşayan Babil Kralı Hammurabi tarafından yazılan Hammurabi Kanunları, zayıfların zengin ve güçlülerin baskıcı ellerinden korunmasını ve rehinelere fidye karşılığında serbest bırakılmasını sağlıyordu. MÖ 1269 yılında Mısır ile Hititler arasındaki savaş sonunda yapılan anlaşmada teslim olan düşman şehrin sakinlerine dokunulmayacağı öngörülüyordu. MÖ 7. yüzyılda Pers Kralı I. Cyrus, düşmanın yaralı askerlerinin de kendi yaralı askerleri gibi tedavi ve bakım görmesini emretmişti. Hint destanı Mahabharata (MÖ 400) ve Manu Kanunlarında teslim olan bir düşmanın öldürülmesi yasaklanmıştı. Bakınız: Nabiebu, "Comparative Study of Islamic and International Humanitarian Law", s. 243. Ancak bu kuralların hiçbirisi, savaş tarihinde yaygın bir uygulama haline dönüşmemiştir.

¹⁰⁷ Kur'an, İnsan, 76/8-9.

¹⁰⁸ Taberânî, *El-Mu'cemü'l-Kebîr*, (Riyad, 1415/1994), Bab no: 22, Hadis no: 393.

¹⁰⁹ Al-Dawoodi, "Islamic law and international humanitarian law: An introduction to the main principles", s. 19.

1. *Esirlerin bilgilendirilmesi ve sorgulanması*: Bir düşman yakalandığında, aksine bir zorunluluk yoksa ve şartların elverdiği ölçüde yakalanma nedeni konusunda bilgilendirilmelidir. Ancak olumsuz savaş (çatışma) şartları, casusluk veya işbirliği gibi sebeplerin varlığı halinde bilgilendirme geciktirilebilir veya istisnai olarak yapılmayabilir. Bilgilendirilme hakkı günümüz insancıl hukuk kuralları ile de uygunluk göstermektedir. Bilgilendirilme ile ilgili diğer bir durum da düşman temsilcilerinin savaş esirlerini ziyaret etmelerine izin verilmesidir. Bu uygulama günümüz hukukunda ancak 20. yüzyılda ortaya çıkmıştır¹¹⁰.

İslam hukukunda esirler bilgi edinme amaçlı olarak sorgulanabilir. Ancak esir, bu sorgulama sırasında işkence ve kötü muameleye tabi tutulamaz¹¹¹.

2. *Esirlerin barınması, beslenmesi ve giyinmesi*: İslam hukuku, esirin esirliği süresince uygun ve yeterli şartlarda *barınma hakkını* güvence altına almıştır¹¹². Hatta Bedir savaşında ele geçirilen esirlerin öncelikle barınma sorunu çözülmüş ve bu kapsamda esirlerin bir kısmı mescitte tutulurken bir kısmı sahabelerin yanına yerleştirilmiştir¹¹³. Burada görüldüğü gibi esirin nerede tutulacağı belirtilmemekle birlikte, insani şartlarda barınması temin edilmiştir.

İslam hukukuna göre esir, sağlığını koruyacak kadar asgari *beslenme hakkına* sahiptir¹¹⁴. Çünkü Kur'an'da "Onlar, seve seve yiyeceği yoksula, yetime ve esire yedirirler"¹¹⁵ hükmü bulunmaktadır. Esirin, ihtiyaçları, fakir ve yetimlerin ihtiyaçları ile aynı seviyede tutulmuş ve beslenmesinin engellenmesi İslam'da yasaklanmıştır. Esirin genellikle kendi geçimini sağlama imkânı olmadığı için, onu esir alan devletin yeterli beslenme hakkını sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır¹¹⁶. Hatta Hz. Muhammed (asm) esirlere ekmek verilirken, kendi askerlerine hurma ile yetinmelerini emretmiştir. Esirlere ilişkin bu standarda, tarihte nadiren rastlanmıştır¹¹⁷.

İslam hukukuna göre savaş esiri, beden durumuna uygun ve onurlu bir şekilde *giyinme hakkına* sahiptir. Bedir savaşında esir alınan El-Abbas'ın üzerinde elbisesi olmadığı için Hz. Muhammed O'na bir gömlek aramıştır. Abdullah bin Ubeyy, bedeni uygun olduğu için El-Abbas'a bir gömlek vermiş, Hz. Muhammed

¹¹⁰ Bennoune, "As-Salāmu 'Alaykum? Humanitarian Law in Islamic Jurisprudence", s. 633.

¹¹¹ Al-Dawoody, "Islamic law and international humanitarian law: An introduction to the main principles", s. 22.

¹¹² Al-Dawoody, "Islamic law and international humanitarian law: An introduction to the main principles", s. 21.

¹¹³ Al-Dawoody, "Islamic law and international humanitarian law: An introduction to the main principles", s. 19.

¹¹⁴ Al-Dawoody, "Islamic law and international humanitarian law: An introduction to the main principles", s. 21-22.

¹¹⁵ Kur'an, İnsan, 76/8.

¹¹⁶ Abdullahi, "Rights of Prisoner", s. 69; Ayrıca bakınız: Abdo Ali, "İslam Hukuku ve Uluslararası Hukukta Esir Hakları", s. 77-78.

¹¹⁷ Thomas, Jihad's Captives: Prisoners of War in Islam, s. 8; Nabiebu, "Comparative Study of Islamic and International Humanitarian Law", s. 250.

(asm), bu gömleğin karşılığını kendisi ödemiştir¹¹⁸. Bu olay ile İslam hukukunda esirin bedenine ve onuruna uygun bir şekilde giyinme hakkına dikkat edildiği görülmektedir. Bu kapsamda esirlerin, özellikle kadınlar ve hatta cesetlerin bile çıplak bırakılmayacağı öngörülmüştür¹¹⁹.

3. *Esirlerin sağlığının korunması, muayenesi ve tedavisi*: İslam hukukunda hasta ve yaralı bir esirin muayene ve tedavi hakkı bulunmaktadır¹²⁰. Çünkü Kur'an'da şu ayet vardır: “Bir cana kıymaya veya yeryüzünde fesat çıkarmaya karşılık olması dışında, kim bir kimseyi öldürürse bütün insanları öldürmüş gibi olur. Kim de bir can kurtarırsa bütün insanların hayatını kurtarmış gibi olur¹²¹”.

4. *Esirin dininde kalma ve dinini yaşaması*: Savaş esiri, dinini değiştirmeye zorlanamaz, kendi inancında (veya inançsızlığında) kalma hakkına sahiptir. Günümüz hukukunda da din ve vicdan özgürlüğü kabul edilmiştir¹²². Ayrıca güvenlik şartlarının gerektirdiği ölçüde esirlerin kendi dinlerini özgürce yaşama hakkı bulunmaktadır¹²³.

5. *Aile mensubu esirlerin ayrılmaması*: Aile mensubu kişiler esir alındığında birbirlerinden ayrılmama hakları vardır. Kardeşlerin ve özellikle anne ile çocuğun ayrılmaması emredilmiştir¹²⁴. Hz. Muhammed (asm), “Kim bir anneyi çocuğundan ayırırsa, Allah da onu ve en sevdiği kişiyi kıyamet gününde ayırır¹²⁵”. Bu nedenle İslam hukuku, annenin rızası olsa dahi, erginlik çağına erişinceye kadar çocukların annelerinden ayrılmasını, çocuğa zarar vereceği gerekçesiyle yasaklamıştır¹²⁶.

6. *İyi muamele ilkesi, işkence, kötü muamele ve sakatlama yasağı*: Bu ilke İslam hukukunun esirler konusunda öngördüğü hem bir ilke hem de temel bir muamele kuralıdır. Bu konu yukarıda *ilkeler* konusunda ele alındığı için burada ayrıca üzerinde durulmamıştır.

¹¹⁸ “Buhari, Camiü’s Sahih, Kitâb-ul Cihad ve Siyer, Bab no: 140, Hadis no: 213”, Erişim Tarihi: Mart 2, 2024, <https://www.islamiokul.com/hadis-ansiklopedisi-2/> veya <https://sunnah.com/bukhari:3008>; Ayrıca bakınız: Abdo Ali, “İslam Hukuku ve Uluslararası Hukukta Esir Hakları”, s. 78; Al-Dawoody, s. 22.

¹¹⁹ Abdullahi, “Rights of Prisoner”, s. 70.

¹²⁰ Nabiebu, “Comparative Study of Islamic and International Humanitarian Law”, s. 251.

¹²¹ Kur'an, Maide, 5/32.

¹²² Abdo Ali, “İslam Hukuku ve Uluslararası Hukukta Esir Hakları”, s. 78; Abdullahi, “Principles”, s. 18.

¹²³ Humna Sohail, “Compatibility between Modern International Humanitarian Law and Principles of Islamic Law of Conduct of War: A Comparative Analysis”, *Islam. L. Rev. Vol. 5 Issue 2*, (2021): 61-92, s. 71.

¹²⁴ Bennoune, “As-Salâmu `Alaykum? Humanitarian Law in Islamic Jurisprudence”, s. 632; Al-Dawoody, “Islamic law and international humanitarian law: An introduction to the main principles”, s. 22.

¹²⁵ “Tirmizi, Sünen, Kitab-ı Buyu (Alış-Veriş), Bab no: 12/52, Hadis no: 1283-1284”, Erişim Tarihi: Mart 2, 2024, <https://www.islamiokul.com/hadis-ansiklopedisi-2/> veya <https://sunnah.com/tirmidhi:1283>.

¹²⁶ Abdullahi, “Rights of Prisoner”, s. 69.

7. *Esirlerin haberleşmesi*: İslam hukuku, savaş esirlerinin yakınları ile haberleşmesi hakkını öngörmüştür. Çünkü bu onların serbest bırakılması veya fidye için her türlü girişimi kolaylaştırmaktadır. Bu hak aynı zamanda esirin kendi durumu ile ilgili olarak resmi makamlara müracaat hakkını da içermektedir¹²⁷.

8. *Adaletle erişim, talep ve şikâyet hakkı*: İslam hukukunda esirlerin de ister esirlik durumu ile ilgili ister diğer konularda hukuki, cezai veya idari dava açma, şikâyet ve hakkın yerine getirilmesini isteme hakları bulunmaktadır. Bu hak, esirin davalı olarak bulunduğu bir yargılamada, delil toplama ve sunma haklarını da içermektedir. Bu hak aynı zamanda devleti savaş esirleri ve/veya esirlerle ilgili konuları soruşturma/kovuşturma ve hak edenleri serbest bırakmaya teşvik etmektedir¹²⁸.

9. *Esirini medeni haklardan yararlanması*: İslam hukuku, esirlerin medeni haklardan yararlanabilmesini bu kapsamda evlenme ve çocuk sahibi olma haklarını güvence altına almıştır¹²⁹. Bu kural, günümüz insancıl hukuk kurallarından daha ileri bir uygulama olarak kabul edilebilir. Ayrıca esirlerin, malları ile ilgili vasiyet yazmalarına fırsat verilmesi gerekmektedir¹³⁰.

10. *Esirlerin çalışması ve zorla çalıştırma yasağı*: İslam hukuku şartların elverdiği ölçüde esirlerin çalışabileceğini kabul etmiştir. Hatta o dönemde esir ve kölelerin özgürlüğüne kavuşabilmesi için çalışmasına özellikle izin verilmiştir¹³¹. Diğer yandan İslam hukuku, tüm savaş esirlerinin zorla çalıştırılmasını yasaklamıştır. Buna göre ülkesine geri gönderilmesi de dâhil esirin bakım masrafları esir alan devlete aittir¹³². Günümüz insancıl hukuku bile esirlerin belirli şartlar altında zorla çalıştırılabileceğini düzenlemektedir. (Cenevre III, m.49-57) Dolayısıyla bu konuda İslam hukuku son derece insani hükümler içermektedir.

11. *Esirlerin günlük yaşamına devam etme hakkı*: Savaş esirleri, şartların elverdiği ölçüde trafıfta dolaşma, arkadaş edinme, bilgi edinme ve hatta öğretmesine izin verilme hakkına sahiptir. Bedir savaşı sonrasında fidye verecek maddi gücü olmayan esirlere on (10) kişiye okuma yazma öğretme şartıyla serbest bırakılma hakkı tanınmıştır. Bu da esirlerin, şartların elverdiği ölçüde esir alan devletin vatandaşı veya askeri ile iletişim halinde bulunmasına izin verilebileceği, günlük yaşamını sürdürebilecek bir ortamın sağlanabileceği anlaşılmaktadır. Bu yönüyle esirlere ilişkin İslam hukuku kurallarının, günümüz insancıl hukuk kurallarından daha ayrıntılı ve özgürlükçü olduğu söylenebilecektir¹³³.

¹²⁷ Abdullahi, "Rights of Prisoner", s. 70.

¹²⁸ Abdullahi, "Rights of Prisoner", s. 70.

¹²⁹ Abdullahi, "Rights of Prisoner", s. 70.

¹³⁰ Sohail, "Compatibility between Modern International Humanitarian Law and Principles of Islamic Law of Conduct of War: A Comparative Analysis", s. 71; Thomas, "Jihad's Captives: Prisoners of War in Islam", s. 7.

¹³¹ Abdullahi, "Rights of Prisoner", s. 70.

¹³² Nabiebu, "Comparative Study of Islamic and International Humanitarian Law", s. 250.

¹³³ Abdullahi, "Rights of Prisoner", s. 70.

12. *Savaşçı olmayan kişilerin korunması*: Yukarıda ilkelerde belirtildiği gibi günümüzde neredeyse bütün devletlerin silahlı çatışmalara girecek olan kişilerin belirli olduğu düzenli bir ordusu vardır. Yani savaşçı statüsüne sahip olan kişiler bellidir. Oysa eskiden devletlerin düzenli bir ordusu yoktu, ordu savaşa gücüne sahip bütün erkeklerin savaşa çağrıldığı kişilerden oluşmaktaydı. Bu nedenle fiilen savaşmayan kişilerin belirlenmesi, savaş tarihine İslam'ın getirdiği bir standart olduğu söylenebilir. Tabiri yerinde ise günümüzdeki sivil kişi kavramı İslam ile birlikte ortaya çıkmıştır. İslam hukukuna göre savaşa fiilen katılmayan kişiler korunmuştur.

İslam hukuku, savaşçı olmayan kişilerin dokunulmazlığı (öldürülmemesi) konusuna özel bir önem vermiştir. Kur'an'daki "aşırı gitmeyin" emri ve Hz. Muhammed (asm)'in söz ve uygulamaları ile savaşçı olmayan kişilerin dokunulmazlık hakkı güvence altına alınmıştır. İslam hukukuna göre, savaşa katılmamış kadınlar, çocuklar, yaşlılar, köylüler, esnaf, münzeviler, din adamları ile savaşa katılma gücü olmayan ve savaşa doğrudan katılmamış herkes bu haktan yararlanır. Kaynaklarda, savaşçı olmayan kişiler, sayma yoluyla sınırlanmadığı için bu kural kıyas yoluyla, savaşmayan tüm sınıfları kapsayacak şekilde genişletilebilir. Çünkü ayette, iki veya daha fazla kişi arasındaki çatışmayı ifade eden kelime tercih edilmiştir. Benzer şekilde "Eğer müşriklerden biri sana sığınır, onu koru ki, Allah'ın kelimini duyabilsin ve daha sonra onu güvenli yerine taşıyın. Bu, onların bilmeyen bir kavim olmaları sebebiyledir"¹³⁴ denmektedir. Bu ayet, korunma isteyen gayrimüslim bir sınıfa dokunulmayacağını belirtmektedir. Bu da savaşmayan kişilere dokunulamayacağı anlamına gelmektedir¹³⁵. Savaşçı olmayan kişilerin korunması konusunda İslam hukukunun günümüz hukukuna benzer koruma sağladığını söylemek mümkündür. Her ikisi de savaşçı olmayan kişilerin hedef alınmasını yasaklamaktadır¹³⁶.

Hz. Muhammed (asm)'in emir ve uygulamaları da bu yöndedir. Mekke'nin fethi sırasında, Hz. Muhammed (asm), savaş alanında bir kadının cesedini gördüğünde "Bu kadın neden öldürüldü? O savaşmıyordu" diyerek kadınların ve çocukların öldürülmesini yasaklamıştır¹³⁷. Hz. Muhammed'in savaşlarda kadın ve çocukların öldürülmesini yasakladığı pek çok sözü rivayet edilmiştir. Bu emir ve uygulamaların yanı sıra Hz. Muhammed'in İslam hukukunun çatışma kurallarının temelini oluşturan şu sözü vardır: "Savaşın ancak, sözünüzü bozmayın, sakat bırakmayın ve çocukları öldürmeyin"¹³⁸.

¹³⁴ Kur'an, Tevbe, 9/6.

¹³⁵ Abdullahi, "Rights of Prisoner", s. 65.

¹³⁶ Grant, "Islamic Law, International Law, And Non-International Armed Conflict in Syria", s. 36.

¹³⁷ "Ebu Davud, Sünen, Kitab-ül-Cihad ve Siyer, Bab no: 111, Hadis no: 2668" ve "Müslim, Camü's Sahih, Kitab-ül Cihad ve Siyer, Bab no: 8, Hadis no: 24-25 (1744)", Hadisler için bakınız: <https://www.islamiokul.com/hadis-ansiklopedisi-2/> veya <https://sunnah.com/abudawud:2668>, Erişim Tarihi: Mart 2, 2024.

¹³⁸ "Müslim, Camü's Sahih, Kitab-ül Cihad ve Siyer, Bab no: 2, Hadis no: 1731", Erişim Tarihi: Mart 2, 2024, <https://www.islamiokul.com/hadis-ansiklopedisi-2/>.

Savaşçı olmayan kişiler bazı hallerde bu korumadan yararlanamaz. Bu hal-lerden ilki, *fili bir çatışmaya katıldığında veya düşmana yardım ettiğinde*, savaşçı olmayan statüsünü kaybeder ve savaş sırasında öldürülmesi meşru olur. Savaşçı olmayanların dokunulmazlığını kaybettiği ikinci durum ise *zorunlu hal-lerde yapılan gece baskınlarında* savaşçıların yanında bulunan kişilerin de hedef olabilmesidir. Hz. Muhammed (asm) gece baskını yapmaktan kaçınmış ancak yasaklamamıştır¹³⁹. Hz. Muhammed'e (asm) gece baskınlarında hedef olan kadın ve çocukların durumu sorulduğunda "onlar babalarındandır"¹⁴⁰ dediği rivayet edilmiştir. Bu nedenle bazı hukukçular gece baskınının meşru olduğunu ileri sürmüştür¹⁴¹. Savaşçı olmayan kişilerin dokunulmazlığını kaybettiği üçüncü durum, *bu kişilerin canlı kalkan olarak kullanılmasıdır*. Bazı İslam hukukçuları, düşmanın kendisini korumak ve Müslümanlara saldırmak için savaşçı olmayan kişileri (mesela esirleri) canlı kalkan olarak kullanması durumunda, savaşçı olmayan kişilerin öldürülmesinin meşru olabileceğini savunmuştur. Bu meşruiyet zorunluluktan (askeri gereklilik) kaynaklanmaktadır¹⁴². Ancak bazı hukukçular, "Eğer, inananlarla inkârcılar birbirinden ayrılmış olsalardı, onlardan inkâr edenleri elem dolu bir azaba uğrattırdık"¹⁴³ ayetinden dolayı, savaşçı olmayan kişilerin kesinlikle öldürülemeyeceğini savunmuştur¹⁴⁴. Bu görüşe göre hem Müslümanların savaş esirlerini canlı kalkan olarak kullanması hem de düşman tarafından canlı kalkan olarak kullanılan sivillerin öldürülmesi yasaktır¹⁴⁵. İmam Malik ve Evzâi gibi pek çok müçtehid hukukçu, savaşçı olmayanlar kalkan olarak kullanılsalar bile hiçbir şekilde kadın ve çocukların öldürülmeyeceğini savunmuşlardır¹⁴⁶.

¹³⁹ "Ebu Davud, Sünen, Kitab-ül-Cihad ve Siyer, Bab no: 93, Hadis no: 2638", Erişim Tarihi: Mart 2, 2024, <https://www.islamiokul.com/hadis-ansiklopedisi-2/> veya <https://sunnah.com/abudawud:2638>.

¹⁴⁰ "Müslim, Camü's Sahih, Kitab-ül Cihad ve Siyer, Bab no: 9, Hadis no: 1745", Erişim Tarihi: Mart 2, 2024, <https://www.islamiokul.com/hadis-ansiklopedisi-2/> veya <https://sunnah.com/muslim:1745>.

¹⁴¹ Al-Dawoody, "Islamic law and international humanitarian law: An introduction to the main principles", s. 15.

¹⁴² Abdullahi, "Rights of Prisoner", s. 66; Sayed Arsalan Sadat Nasser, "Islamic Law and International Humanitarian Law", (2021): 1-31, s. 12. Erişim Tarihi: Mart 2, 2024, <https://www.legalserviceindia.com/legal/article-6863-islamic-law-and-international-humanitarian-law.html>. Ancak bütün hukukçular, korunan kişilere ve nesnelere kasten zarar verilemeyeceği konusunda görüş birliği içindedir. Nasser, "Islamic Law and International Humanitarian Law", s. 12.

¹⁴³ Kur'an, Fetih, 48/25.

¹⁴⁴ Al-Dawoody, "Islamic law and international humanitarian law: An introduction to the main principles", s. 14.

¹⁴⁵ Çeman and Mahiç, "Principles of Islamic Law of Armed Conflicts: Protection of Property, Treatment of Prisoners of War, Providing Refuge and Treatment of Bodies of the Deceased During Hostilities", s. 75.

¹⁴⁶ İmâm Mâlik'e göre içinde Müslüman esirler bulunan bir kafir karasına veya gemisine ateş açılmaz. Evzâi dahi: "Küffâr Müslüman çocuklarını kendilerine siper ederlerse onlara silâh atılmaz; içinde Müslüman esirler bulunan gemi yakılmaz" demiştir. "Müslim, Camü's Sahih, Kitab-ül Cihad ve Siyer, Bab no: 9, Hadis no: 1745" numaralı hadisin açıklama kısmına bakınız: <https://huzurveislam.wordpress.com/1730-1817-muslim-cihad/>. Erişim Tarihi: Mart 2, 2024.

13. *Esirlerin üçüncü kişilerin saldırılarına karşı korunması*: İslam hukuku, esirlerin devlet hükmünde olduğunu kabul etmiş ve hakkında hüküm verilmedikçe esirlere karşı hiçbir saldırı veya muamele yapılamayacağı öngörülmüştür. Bu kapsamda savaş esirlerinin bireyler tarafından öldürülmesi yasaklanmıştır¹⁴⁷.

C. ESİRLERE MUAMELE AÇISINDAN KARŞILAŞTIRMA

Savaş esirlerine muamele açısından insancıl hukuk ile İslam hukuku arasında pek çok konuda benzerlik bulunduğu görülmektedir. *Benzer veya aynı olan noktalar* şu şekilde özetlenebilir: Savaş esirleri anladıkları dil ile bilgilendirilir ve sorgulanır. Esirin kişisel eşyaları esaretin bitiminde kendisine verilir. Esirlerin barınması, beslenmesi, giyinmesi ve sağlık açısından asgari insani şartların yerine getirilmesi gerekir. Esirlerin haberleşme, adalete erişim, talep, şikâyet ve dininin gereklerini yaşama hakları vardır. Esire, işkence ve kötü muamele yapılamaz, sakat bırakılamaz. Çatışmalar sona erince derhal tahliye ve iade edilmesi gerekir. Esirler, esirlikten önceki fiilleri, esirlik sırasındaki disiplini ihlal eden veya suç teşkil eden fiillerinden dolayı yargılanması mümkündür. Esirin kendi hukukuna (ve inancına) göre vasiyet hazırlamasına yardım edilir ve mümkün olduğunca vasiyeti yerine getirilir.

Esirlere muamele ile ilgili İslam hukukunda ihtiyaç olmadığı için öngörülmemekle birlikte ona aykırı sayılamayacak insancıl hukuk kuralları da vardır. Bu kapsamdaki kuralları şu şekilde saymak mümkündür: Esirler bir kampta tutulabilir, istisnaen hapsedilebilir, taahhülle serbest bırakılabilir. Kampta esirlere, fikri ve bedeni faaliyetler yaptırılabilir. Kampta disiplini sağlamak ve esirin kaçmasını önlemek için tedbir ve kurallar konulabilir. Esir esir alan devletin kanunlarına uymak zorundadır. Esirlerin yargılanmasında, suçta ve cezada kanunilik ilkesi uygulanır. Ağır hasta ve ağır yaralı esirler, tahliye veya iade edilebilir. Esaret sırasında ölen esirler kural olarak iade edilmesi gerekir. Esirlerin yakınları ve kendi devleti ile resmi haberleşmesini sağlamak için haberleşme bürolarına ve esirlere yardım kuruluşlara izin verilmesi gerekir. Esirler, üçüncü kişilere karşı korunması gerekir. Bu kapsamda esirlere karşı suç işleyenler yargılanmalıdır.

İslam hukukun kendine has kurallarını ise şu şekilde özetlemek mümkündür: Aile mensubu esirler birbirinden ayrılamaz. Esir, esaret sırasında medeni hakları kullanma ve yararlanma hakkına sahiptir. Güvenlik tedbirlerine uymak şartıyla esirlerin günlük yaşamına devam etme hakkı vardır. Esirlere yardım için bile olsa sağlık ve din görevlileri esir alınamaz. İslam hukukuna göre esirler kural olarak zorla çalıştırılmaz, ancak kendi iradesi ile çalışması mümkündür. Ayrıca savaşçı olmayan sivil kişilerin korunmasına özellikle önem verilmiştir.

¹⁴⁷ Abdullahi, "Rights of Prisoner", s. 69.

V. ESİRLİĞİN SONA ERMESİ

Bu başlık altında öncelikle kavram ile ilgili bir hususu açıklığa kavuşturmak gerekir. Özellikle İslam hukukundaki esirlere ilişkin hükümlerin incelendiği bilimsel çalışmalarda “esirlere uygulanacak muamele¹⁴⁸”, “esirlere uygulanacak yaptırım¹⁴⁹”, “esirlere uygulanacak hükümler¹⁵⁰”, “esirin geleceği¹⁵¹” gibi başlıkların kullanıldığı görülmektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi hem insancıl hukukta hem İslam hukukunda esir düşmeden önce veya esirlik sırasından herhangi bir cezai veya disiplin kurallarını ihlal eden bir fiili bulunmayan esirlere, sadece düşmanlıklara (çatışmalara) katılmaktan dolayı herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir. Bu nedenle çalışmada kanaatimizce “esirliğin sona ermesi” başlığı tercih edilmiştir.

A. İNSANCIL HUKUKTA ESİRLİĞİN SONA ERMESİ (m.118-119)

İnsancıl hukuka göre esirler, aktif çatışmalar sona erince geciktirilmeden serbest bırakılıp, hazırlanacak bir plan çerçevesinde ülkelerine geri gönderilir (m.118/1). Bu hüküm, savaş esirlerinin mümkün olan en kısa sürede ülkelerine geri gönderilmelerinin, normal hayata ve barışa dönüşün önünü açmasının, onların yararına olacağı varsayımına dayanmaktadır¹⁵². Bu yükümlülük, mantıksal olarak, esirlerin tutulmasının temel gerekçesinden kaynaklanmaktadır. Esirin tutulmasının temel gerekçesi, düşman personelinin, çatışmalar devam ederken, esir alan devlete karşı yeniden silaha sarılmasının önlenmesidir. Savaş hali sona erdiğinde artık bu gerekçe ortadan kalkar ve esaret bir an önce sona ermelidir¹⁵³.

Serbest bırakma terimi genellikle bir kişinin tutukluluğunun sona ermesini ve özgürlüklerinin geri verilmesini ifade eder. *Ülkesine geri gönderme* terimi genel olarak esirlerin menşe, uyruk veya ikamet yerlerine iadesi anlamına gelir. Bununla birlikte esirler, uyuşu, menşei veya ikamet ettiği ülke dışında başka bir devlet adına savaştığı durumlarda söz konusu devlete teslim edilir¹⁵⁴. *Savaş halinin (muhasamat, düşmanlıklar) ne zaman sona erdiği*, somut olaya göre belirlenmesi gereken bir durumdur. Serbest bırakma ve ülkesine geri dönme yükümlülüğünün ortaya çıkması için belirleyici kriter, çatışmanın siyasi çözümü değil, düşmanlıkların fiili olarak sona ermesi ve bunların öngörülebilir gelecekte

¹⁴⁸ Bilmen, *Hukuk-i İslamiye ve İstılahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, 3. Cild, s. 399.

¹⁴⁹ Birsin, “İslam Devletler Hukukunda Savaş Esirlerine Uygulanan Yaptırımların Analizi”, s. 169.

¹⁵⁰ Özel, “İslam’da ve Günümüz Devletler Hukukunda Savaş Esirleri”, s. 114; Zuhayli, *İslam Fıkhi Ansiklopedisi*, 8. Cild, s. 226.

¹⁵¹ Abdo Ali, “İslam Hukuku ve Uluslararası Hukukta Esir Hakları”, s. 80.

¹⁵² Oswald, Bruce, “End of Internment”, in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassöli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, (2015): 1373-1386; Ayrıca bakınız: Commentary of 2020, Article 118, para. 4443.

¹⁵³ Commentary of 2020, Article 118, para. 4444.

¹⁵⁴ Commentary of 2020, Article 118, para. 4445-4446.

devam etmeyeceğine dair makul bir beklentinin varlığıdır. Durumun böyle olup olmadığı her somut olay için objektif olarak belirlenmelidir. Mesela koşullara bağlı olarak, askeri birliklerin operasyonel alanlardan çekilmesi, taraflar arasında müzakere veya diplomatik ilişkilerin yeniden başlatılması, silahlı kuvvetlerin bir kısmının terhis edilmesi ve ateşkes gözlemcisi olarak çok uluslu kuvvetlerin konuşlandırılması veya tartışmalı bölgelere yönetici yerleştirilmesi aktif düşmanlıkların sona erdiğine dair belirtiler sayılabilir¹⁵⁵. Benzer şekilde bir tarafın tamamen yenilgiye uğraması, teslim olması, silahlı kuvvetlerin terhis edilmesi, savaşı durduracaklarına dair tarafların tek taraflı veya iki taraflı beyanları, aktif çatışmaların sona erdiğinin bir göstergesi olabilir. Çatışmaların geçici olarak durması veya askeri operasyonların yalnızca askıya alınması aktif muhasamatın sona erdiği anlamına gelmez. Bu nedenle savaş halinin sona erdiğinin tespiti için fiili bütün şartların hesaba katılması gerekir¹⁵⁶.

Gecikme olmadan ibaresi, mümkün olan en kısa süre anlamına gelir. Esirleri elinde tutan devlet, iadeyi gerçekleştirmek için gereken her türlü çabayı göstermeli ve hareketsiz kalmamalıdır. Eritre-Etiyopya Talep Komisyonu *gecikmeden* kavramının, geri dönüşün anında olması gerektiği anlamına gelmediğini belirterek, özellikle hasta veya yaralı esirlerin güvenli ve düzenli nakli ve tesliminin zaman alabileceğini belirtmiştir. Ancak gecikmeye ilişkin herhangi bir açıklama yapmaksızın üç aylık bir gecikmenin, 118(1) maddesi kapsamındaki yükümlülüğün ihlali olduğuna karar vermiştir. Dolayısıyla *gecikmeden* ibaresi, esir alan devletin iade konusunda tamamen hareketsiz kalmasının yasak olduğu anlamına gelir. Esirlerin ülkelerine geri gönderilmesindeki haksız gecikme, Ek Protokol I kapsamında ciddi bir ihlal oluşturmaktadır. Ayrıca bu haksız gecikme, keyfi bir özgürlükten yoksun bırakma teşkil edebilir¹⁵⁷. Ayrıca esirlerin serbest bırakılması koşulsuz olmalıdır¹⁵⁸.

Dolayısıyla insancıl hukuka göre esirler, aktif çatışmalar sona erince gecikmeden ve hiçbir şarta bağlı olmaksızın serbest bırakılıp, hazırlanacak bir plan çerçevesinde ülkelerine geri gönderilmesi gerekir. Ancak Sözleşme’de öngörülen bu hükümlere rağmen uygulamada devletlerin, esirleri pazarlık ve mübadele (takas) konusu yaptığı görülmektedir.

B. İSLAM HUKUKUNDA ESİRLİĞİN SONA ERMESİ

İslam hukuku savaş sırasında esir alınan kişilere *muamele* konusunda günümüz insancıl hukuk kuralları ile aynı veya daha ileri kurallar koymuştur. Ancak esirliğin sona ermesi halleri bakımından, günümüz insancıl hukuktan ciddi

¹⁵⁵ Melzer and Kuster, *International Humanitarian Law a Comprehensive Introduction*, s. 181.

¹⁵⁶ Commentary of 2020, Article 118, para. 4455-4458.

¹⁵⁷ Commentary of 2020, Article 118, para. 4463-4464.

¹⁵⁸ Commentary of 2020, Article 118, para. 4450.

farklılıklar bulunmaktadır¹⁵⁹. İslam hukukunda esirliğin sona ermesi konusunda kaynak ve uygulamalara bakıldığında beş farklı durumun varlığı görülmektedir¹⁶⁰: Esirlerin karşılıksız serbest bırakılması, fidye karşılığı serbest bırakma, mübadele ile serbest bırakma, öldürme ve köleleştirme¹⁶¹.

1. Karşılıksız Serbest Bırakma

Esirliğin sona ermesi hallerinden ilki esirlerin *karşılıksız serbest bırakılmasıdır*. Bu konuda iki görüş vardır. İlki esirin karşılıksız serbest bırakılmasının caiz olduğunu kabul eden *çoğunluk görüşü*dür. Şâfiî, Mâlikî ve Hanbelî mezheplerine göre devlet başkanı uygun bulduğu takdirde esirleri hiçbir karşılık almadan veya fidye ile serbest bırakabilir¹⁶². Bu görüş sahipleri Kur'an'daki bazı ayetlere ve Hz. Muhammed'in (asm) uygulamalarına dayanmaktadır. Kur'an'da şu ayet vardır: "Savaşta, inkâr edenlerle karşılaştığınızda boyunlarını vurun, sonunda onlara üstün geldiğinizde bağlarını sıkılaştırın (esir alın), savaş sona erince onları ya karşılıksız, ya da fidye ile salıverin, Allah dilemiş olsaydı, onlardan başka türlü intikam alabilirdi, bunun böyle olması, kiminizi kiminizle denemek içindir. Allah, kendi yolunda öldürülenlerin işlerini boşa çıkarmaz¹⁶³". Bu ayette belirtilen "... ya karşılıksız, ya da fidye ile salıverin" seçeneğinden yoksul esirler hakkında karşılıksız olarak salıverme uygulamasının genellikle tercih edildiğini söylemek mümkündür¹⁶⁴. Hatta İslam hukukunda genel olarak esirliğin sona ermesi (yaptırım) halinin, karşılıksız serbest bırakmak olduğu söylenebilir¹⁶⁵.

Hz. Muhammed (asm) döneminde esirlerin karşılıksız serbest bırakılmasına dair çok sayıda örnek görmek mümkündür. Mesela Huneyn savaşının ardından

¹⁵⁹ Abdullahi, "Rights of Prisoner", s. 74.

¹⁶⁰ Bu ihtimaller, mezheplere göre farklılık gösterebilmektedir: Mesela, Hanefilere göre üçtür: Öldürme, köleleştirme, zimmi statüsü. Şafii, Hanbeli ve Zahirilere göre dördtür: Öldürme, köleleştirme, karşılıklı veya karşılıksız serbest bırakma. Malikilere göre beştir: Öldürme, köleleştirme, karşılıklı veya karşılıksız serbest bırakma ve zimmi statüsü. Bakınız: Zuhayli, *İslam Fıkhı Ansiklopedisi*, 8. Cild, s. 229-230; Thomas, "Jihad's Captives: Prisoners of War in Islam", s. 5.

¹⁶¹ Iwansyah, "Islam and the Provisions of War", s. 339; Nasserî, "Islamic Law and International Humanitarian Law", s. 13-14; Yousaf, "IHL as Islamic Humanitarian Law: A Comparative Analysis of International Humanitarian Law & Islamic Military Jurisprudence Amidst Changing Historical Contexts", s. 465.

¹⁶² Iwansyah, "Islam and the Provisions of War", s. 338-339.

¹⁶³ Kur'an, Muhammed, 47/4.

¹⁶⁴ Ahmad, Lienthal and Ahmad, "Islamic Laws of War and Contemporary International Humanitarian Law: Discrimination and Proportionality", s. 120; Muhammad Munir, "Debates on the Rights of Prisoners of War in Islamic Law", *Islamic Studies*, Winter 2010, Vol. 49, No. 4 (Winter-2010): 463-492, s. 467 vd.

¹⁶⁵ Abdullahi, "Rights of Prisoner", s. 73; Bennoune, "As-Salâmu `Alaykum? Humanitarian Law in Islamic Jurisprudence", s. 634; Sohail, "Compatibility between Modern International Humanitarian Law and Principles of Islamic Law of Conduct of War: A Comparative Analysis", s. 72-73; Yousaf, "IHL as Islamic Humanitarian Law: A Comparative Analysis of International Humanitarian Law & Islamic Military Jurisprudence Amidst Changing Historical Contexts", s. 463; Özel, "İslam'da ve Günümüz Devletler Hukukunda Savaş Esirleri", s. 116.

Hevazin kabilesinden altı bin esir, hiçbir karşılık alınmadan serbest bırakılmıştır¹⁶⁶. Yemâme'deki Benî Hanîfe kabilesinin iki emîrinden biri olan ve Hacr (Riyad) şehrinde yaşayan Sümame bin Üsal esir alınınca, önce mescitte üç gün alıkonuldu. Bu sırada Hz. Muhammed'in emriyle kendisine çok iyi davranılmıştır. Hz. Peygamber (asm), bizzat kendi evinden ona yiyecekler göndermiş ve onu İslâmiyet'e davet etmiştir. Fakat Sümâme bunu kabul etmemiş ve serbest bırakıldığı takdirde istenilen fidyeyi vereceğini söylemesine rağmen Hz. Muhammed'in talimatıyla, üç gün sonra karlıksız olarak serbest bırakılmıştır. Sümame gördüğü bu iyi muameleden dolayı Müslüman olmuştur¹⁶⁷. Benzer şekilde, Bedir savaşı sonrasında maddi imkânları yerinde olmayan yedi esir ve Beni Mustalik savaşında ele geçirilen esirlerin büyük bir kısmı karşılıksız olarak serbest bırakılmıştır¹⁶⁸. Aynı şekilde Mekkeli müşriklerin Tenim dağlarından Mekke'ye yaptıkları baskın sonrası ele geçirilen esirler, karşılıksız olarak serbest bırakılmış ve bunun üzerine şu ayet inmiştir¹⁶⁹: “Mekke'nin göbeğinde onlara karşı size zafer verdikten sonra, onların ellerini sizden, sizin ellerinizi de onlardan çeken O'dur¹⁷⁰”. Yine Bedir Savaşı sonrasında Hz. Muhammed'in kızı Hz. Zeynep'in esir olan eşi Ebu'l As, karşılıksız olarak serbest bırakılmıştır¹⁷¹. Daha sonra Halife Hz Ebu Bekir ve Hz. Ömer'in uygulamaları da genellikle bu yönde olmuştur¹⁷².

Esirin karşılıksız serbest bırakılması konusundaki azınlıkta kalan ikinci görüşe (Hanefî hukukçular) göre esirlerin fidye alınarak bile olsa serbest bırakılması caiz değildir. Bu görüş sahipleri, Kur'an'daki “Müşrikleri bulduğunuz yerde öldürün¹⁷³” ayetini ve Hz. Muhammed'in Bedir esirleri hakkındaki “Fidye alınmadan ve boynu vurulmadan hiçbirisi serbest bırakılmasın¹⁷⁴” sözünü dayanak göstermektedir. Bu görüşe göre esir alınan kişinin karşılıksız bırakılması halinde İslam'a zarar verme ihtimali bulunmaktadır. Ancak bu görüş sahipleri, esirlerin ancak cizye karşılığında (zımî statüsüne geçmek) veya anlaşma yapmak şartı

¹⁶⁶ “Buhari, Cami'u's Sahih, Kitâbu'l-Hibe ve Fadlihâ, Bab no: 8, Hadis no: 18” Erişim Tarihi: Mart 2, 2024, <https://www.islamiokul.com/hadis-ansiklopedisi-2/> veya <https://sunnah.com/bukhari:2583>; Syed Mahmood Akhter Hussain Gardezi, “Comparative Study of Islamic Laws of War and IHL - Points of Convergence for Universal Consensus on Laws of War” *Margalla Papers*, Issue-I, (2021): 115-130, s. 124; Thomas, “Jihad's Captives: Prisoners of War in Islam”, s. 7.

¹⁶⁷ “Buhari, Cami'u's Sahih, Kitâb-ül Megazi, Bab no: 72, Hadis no: 369”, Erişim Tarihi: Mart 2, 2024, <https://www.islamiokul.com/hadis-ansiklopedisi-2/> veya <https://sunnah.com/bukhari:4372>.

¹⁶⁸ Özel, “İslam'da ve Günümüz Devletler Hukukunda Savaş Esirleri”, s. 108-109.

¹⁶⁹ “Ebu Davud, Sünen, Kitâb-ül Cihad, Bab no: 120, Hadis no: 2688”, Erişim Tarihi: Mart 2, 2024, <https://www.islamiokul.com/hadis-ansiklopedisi-2/> veya <https://sunnah.com/abudawud:2688>.

¹⁷⁰ Kur'an, Fetih, 48/24.

¹⁷¹ “Ebu Davud, Sünen, Kitâb-ül Cihad, Bab no: 121, Hadis no: 2692, Erişim Tarihi: Mart 2, 2024, <https://www.islamiokul.com/hadis-ansiklopedisi-2/> veya <https://sunnah.com/abudawud:2692>.

¹⁷² Abdullahi, “Rights of Prisoner”, s. 73; Özel, “İslam'da ve Günümüz Devletler Hukukunda Savaş Esirleri”, s. 110.

¹⁷³ Kur'an, Tevbe, 9/5.

¹⁷⁴ “Tirmizi, Sünen, Kitâb-ül Tefsir, Bab no: 44, Hadis no: 3084”, Erişim Tarihi: Mart 2, 2024, <https://www.islamiokul.com/hadis-ansiklopedisi-2/> veya <https://sunnah.com/tirmidhi:3084>.

ile serbest bırakılabileceğini kabul etmişlerdir¹⁷⁵. Hanefi hukukçuların esirin karşılıksız serbest bırakılmasına karşı çıkmalarını, dönemin şartları içerisinde İslam toplumunu korumak için yapılmış bir yorum olarak görmek gerekir¹⁷⁶. Sonuç olarak, bazı görüş farklılıkları olmasına rağmen savaşçı erkek esirlerin esirliğinin sona ermesi hallerinde genel uygulamanın *karşılıksız olarak serbest bırakma* olduğunu söylemek mümkün olacaktır.

2. Fidyeye Karşılığında Serbest Bırakma

Esirliğin sona ermesi hallerinden ikincisi esirin *fidye karşılığı serbest bırakılmasıdır*. İslam hukukunda esirin fidye alınarak serbest bırakılması, çoğunluk görüşüne göre caizdir. Şâfiî, Mâlikî ve Hanbelî mezhepleri ile Hanefi hukukçulardan İmam Ebu Yusuf ve İmam Muhammed, esirlerin karşılık alınarak serbest bırakılabileceği görüşündedir¹⁷⁷. Kur'an'daki "... ya karşılıksız, ya da fidye ile salıverin"¹⁷⁸ şeklindeki seçenektan dolayı bazı hallerde esirler karşılık alınarak serbest bırakılmıştır. Karşılık olarak bazı hallerde para veya değerli mücevher veya bir hizmet veya bir yeri terk etmek gibi bir davranış istenmiştir¹⁷⁹. Mesela Bedir savaşı sonrası her bir esir için dört bin dirhem para takdir edilmiştir¹⁸⁰. Ödeme gücü olmayan esirler ise on Müslüman'a okuma yazma öğretmesi hizmeti karşılığında serbest bırakılmıştır¹⁸¹. Anlaşmayı bozan Beni Kaynuka kabilesi de yapılan kuşatma sonrası Medine'yi terk etmek şartıyla serbest bırakılmıştır¹⁸². Günümüz insancıl hukuk kurallarında bulunmayan bu uygulama İslam hukukunun o dönem için esirler konusunda ileri bir uygulaması olarak değerlendirilebilir.

Esirlerin karşılık alınarak serbest bırakılması Kur'an'ın bir ayetinde kınanmıştır. "Yeryüzünde ağır basıncaya (düşmanı tamamen mağlup edinceye) kadar hiçbir peygambere esirler alması yakışmaz. Siz geçici dünya malını arzuluyorsunuz, hâlbuki Allah (sizin için) âhireti istiyor. Allah güçlüdür, hikmet sahibidir. Allah tarafından önceden belirlenmiş bir hüküm olmasaydı, aldığımız fidyeden

¹⁷⁵ Bilmen, *Hukuk-i İslamiye ve Istilahat-ı Fikhiyye Kamusu*, 3. Cild, s. 403; Al-Dawoody, "Islamic law and international humanitarian law: An introduction to the main principles", s. 19-20; Çünkü Hanefi mezhebinde devlet başkanı, savaş esirlerine üç yaptırımdan (cizye, öldürme ve köleleştirme) birisini uygulama yetkisine sahiptir. Bakınız: Zuhayli, *İslam Fikhi Ansiklopedisi*, 8. Cild, s. 229-230; Birsin, "İslam Devletler Hukukunda Savaş Esirlerine Uygulanan Yaptırımların Analizi", s. 173.

¹⁷⁶ Özel, "İslam'da ve Günümüz Devletler Hukukunda Savaş Esirleri", s. 118.

¹⁷⁷ Bilmen, *Hukuk-i İslamiye ve Istilahat-ı Fikhiyye Kamusu*, 3. Cild, s. 403.

¹⁷⁸ Kur'an, Muhammed, 47/4.

¹⁷⁹ Thomas, "Jihad's Captives: Prisoners of War in Islam", s. 7.

¹⁸⁰ "Ebu Davud, Sünen, Kitab-ül Cihad, Bab no: 121, Hadis no: 2691", Erişim Tarihi: Mart 2, 2024, <https://www.islamiokul.com/hadis-ansiklopedisi-2/> veya <https://sunnah.com/abudawud:2691>.

¹⁸¹ "Ahmed bin Hanbel, Müsned, Kitab-ül Cihad, Bab no: 62 Hadis no: 13557", Erişim Tarihi: Mart 2, 2024, <http://normalift.com/kitap/files/Ahmed/had/011-2/1873.htm>.

¹⁸² Özel, "İslam'da ve Günümüz Devletler Hukukunda Savaş Esirleri", s. 108; Gardezi, "Comparative Study of Islamic Laws of War and IHL - Points of Convergence for Universal Consensus on Laws of War", s. 125.

dolayı size mutlaka bir azap dokunurdu. Artık elde ettiğiniz ganimetten helâl ve temiz olarak yiyin ve Allah'tan korkun. Şüphesiz ki Allah bağışlayan ve merhamet edendir¹⁸³.” Bu kınama Bedir savaşı sonrası esirlerin karşılık alınarak bırakılması üzerine yapılmıştır. Bu ayetle, o sırada henüz zayıf durumda olan Müslümanların düşmanla yaptıkları ilk savaşta onları iyice mağlûp edip kendilerine üstünlük sağlamak yerine maddî menfaati ön planda tutarak esir almalarının hoş karşılanmadığı belirtilmiş ancak yine de ganimetin helal kılındığı ifade edilmiştir.

Esirlerin, zımî statüsüne geçirilerek cizye vermesi halinde de serbest bırakılması bu kapsamda değerlendirilebilir. Kur'an'da şu ayet vardır: “Kitap verilenlerden, Allah'a, ahiret gününe inanmayan, Allah'ın ve Peygamberinin haram kıldığını haram saymayan, hak dinini din edinmeyenlerle, boyunlarını büküp kendi elleriyle *cizye verene* kadar savaşın¹⁸⁴” Malikiler bu hükmü, esirlere uygulanacak yaptırımlar (esirliğin sona ermesi halleri) konusunda ayrı bir seçenek olarak görmüşlerdir¹⁸⁵.

Esirlerin karşılık alınarak serbest bırakılması ile ilgili azınlık görüşü ise bunun caiz olmadığıdır. Ebu Hanife ve azınlıkta kalan hukukçular, esirin karşılıksız bırakılmasının caiz olmadığı konusundaki gerekçelerini, bu seçenek için de tekrarlamaktadır. Ancak bu görüşü uygulandığı dönemin şartları çerçevesinde İslam toplumunun zayıf düşmemesi için yapılmış bir yorum olarak görmek mümkündür.

3. Esirlerin Mübadele ile Serbest Bırakılması

Esirlerin mübadele yoluyla serbest bırakılması konusunda da iki görüş vardır. Çoğunluk görüşü olan Şâfiî, Mâlikî ve Hanbelî mezhepleri ile Hanefî hukukçulardan İmam Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'e göre esirleri Müslüman esirlerle mübadele yoluyla serbest bırakmak caizdir. Bu görüş sahiplerinin dayandığı deliller şunlardır: Kur'an'daki “... ya karşılıksız, ya da fidye ile salıverin¹⁸⁶” ayeti vardır. Ayrıca Hz. Muhammed'in (asm) esir değişimi uygulaması da bulunmaktadır. Mesela Fezare üzerine yapılan gazada esir alınan bir kadın Mekke'de esir alınmış Müslümanlara karşılık olarak verildi¹⁸⁷. Sakif ve Akil kabilesi müttefiklerdi, Sakif iki sahabe esir almıştı, Müslümanlar da Akil'den bir esir almıştı. Sonra mübadele yapılarak bu iki sahabe kurtarıldı¹⁸⁸. Ayrıca akıl ve kıyas yoluyla da

¹⁸³ Kur'an, Enfal, 67-69.

¹⁸⁴ Kur'an, Tevbe, 9/9.

¹⁸⁵ Abdullahi, “Rights of Prisoner”, s. 71; Al-Dawoodi, “Islamic law and international humanitarian law: An introduction to the main principles”, s. 20; Zuhayli, *İslam Fıkhi Ansiklopedisi*, 8. Cild, s. 230.

¹⁸⁶ Kur'an, Muhammed, 47/4.

¹⁸⁷ “Müslim, Camiü's Sahih, Kitab-ül Cihâd ve Siyer, Bab no: 14, Hadis no: 46(1755)”, Erişim Tarihi: Mart 2, 2024, <https://www.islamiokul.com/hadis-ansiklopedisi-2/> veya <https://sunnah.com/muslim:1755> veya <http://normalift.com/kitap/files/mus%20-%20nev/sf/032-1/14.htm>.

¹⁸⁸ “Şafii, Müsned, Kitab-ül Cihad, Hadis no: 405”, Erişim Tarihi: Mart 2, 2024, <http://normalift.com/kitap/files/M.%C5%9EAF%C4%B0%C4%B0/sf/00/35.htm>.

mübadele ile serbest bırakmanın caiz olduğu sonucuna ulaşılabilir: Müslüman esirleri, silah veya fidye karşılığında kurtarmak caiz olduğuna göre mübadele yaparak kurtarmak da caizdir. Devlet başkanının Müslümanların çıkarını gerçekleştirmek için esirleri köleleştirmesi caizdir. Müslüman esirlerini kâfirlerden kurtarmak ise esirleri köle edinmekten daha faydalıdır. Dolayısıyla esir takası da caiz olmalıdır¹⁸⁹. Ayrıca Müslüman bir kişi veya esarete iken Müslüman olan bir kişi, düşman elindeki bir Müslümanı kurtarmak için mübadele edilemez. Bu da Müslümanın kıymetini göstermektedir. Dolayısıyla düşman elindeki Müslüman esirin, eldeki Müslüman olmayan esir ile mübadelesi caiz olmalıdır¹⁹⁰. Ayrıca bu yolla düşman elindeki Müslüman esirler kurtarılarak eziyet görmesi, inancı konusunda baskıya ve zulme maruz kalması da önlenmiş olur¹⁹¹.

Esasen İslam tarihinde, düşman elindeki Müslüman esirlerin de kurtarılmasına büyük önem verilmiş, esirler mübadele aracı olarak kullanılmıştır. Hz. Ömer (RA) de, “Kâfirlerin elindeki bir Müslümanı kurtarmayı Arap yarımadasına sahip olmaya tercih ederim” demiştir¹⁹². İmkân olduğu takdirde düşman elindeki Müslüman bir esirin fidye ile kurtarılması emredilmiştir. Çünkü Hz. Peygamber, “Esiri kurtarın, açığı doyurun ve hastayı ziyaret edin¹⁹³” demiştir. Ayrıca İslam hukukuna göre devletin ve Müslümanların, düşman elindeki Müslüman esirlerin ailelerine bakma yükümlülüğü bulunmaktadır¹⁹⁴.

Azınlıkta kalan Ebû Hanîfe’ye göre ise esirin mübadele yoluyla serbest bırakılması caiz değildir. Müşriklerin öldürülmesini emreden âyetleri delil olarak ileri süren Ebû Hanîfe’ye göre bundan vazgeçmek, ancak esirin İslâm’ı tanıyıp benimsemesine vesile olabilecek bir yolla mümkündür. Bu da esiri zımmi statüsüne geçirmek veya köleleştirmekle gerçekleşebilir. Ayrıca mübadele yoluyla esirlerin serbest bırakılması ile düşmana yardım edilmiş olur¹⁹⁵. Esirlerin mübadele ile serbest bırakılması konusundaki bu azınlık görüşünü de uygulandığı dönemin şartları çerçevesinde İslam toplumunun zayıf düşmemesi için yapılmış bir yorum olarak görmek mümkündür. İnsancıl hukukun esirin serbest bırakılmasını hiçbir şarta bağlamamış olmasına rağmen günümüzde mübadele (esir takası) yolunun hala uygulanıyor olması mübadele yoluyla serbest bırakmanın mümkün olduğunu göstermektedir.

¹⁸⁹ Abdo Ali, “İslam Hukuku ve Uluslararası Hukukta Esir Hakları”, s. 86.

¹⁹⁰ Bilmen, *Hukuk-i İslamiye ve İstilahat-ı Fikhiyye Kamusu*, 3. Cild, s. 404.

¹⁹¹ Munir, “Debates on the Rights of Prisoners of War in Islamic Law”, s. 481-483; Özel, “İslam’da ve Günümüz Devletler Hukukunda Savaş Esirleri”, s. 117; Bilmen, *Hukuk-i İslamiye ve İstilahat-ı Fikhiyye Kamusu*, 3. Cild, s. 403-404.

¹⁹² Özel, “Esir”, s. 383.

¹⁹³ “Buhari, Camiü’s Sahih, Kitab-ül Cihad ve Siyer, Bab no: 170, Hadis no: 246”, <https://www.islami-okul.com/hadis-ansiklopedisi-2/> veya <https://sunnah.com/bukhari:3046>.

¹⁹⁴ Sohail, “Compatibility between Modern International Humanitarian Law and Principles of Islamic Law of Conduct of War: A Comparative Analysis”, s. 75.

¹⁹⁵ Abdo Ali, “İslam Hukuku ve Uluslararası Hukukta Esir Hakları”, s. 84-85.

4. Esirlerin Öldürülmesi

İslam hukukunda esirliğin sona ermesi hallerinden dördüncüsü, az sayıda da olsa uygulanmış olan, *savaşçı erkek esirlerin öldürülmesidir*. Kur'an'da geçen "Savaşta onları yakalarsan, arkalarındakilere ibret olacak şekilde, darmadağın et"¹⁹⁶ veya "Haram aylar geçtikten sonra her nerede bulursanız müşrikleri öldürün, esir alın, hapsedin ve bütün gözetleme yerlerinde durup onları gözetleyin. Eğer tevbe eder, namazı kılar ve zekâtı öderlerse artık yollarını açın (dokunmayın). Doğrusu Allah çokça bağışlayan ve esirgeyendir"¹⁹⁷ ayetleri *savaş sırasındaki muameleye ilişkindir*. Savaş sonrası esirlere uygulanacak yaptırıma dair değildir¹⁹⁸. Kur'an'da da esir aldıktan sonra öldürmeyi emreden ya da caiz gören bir hüküm veya ifade yoktur. Bu nedenle dört mezhep de esirliğin öldürme yoluyla sona ermesi konusundaki takdir yetkisini devlet başkanına bırakmıştır¹⁹⁹.

Kur'an'da esirliğin sona erme şekli şu ayetle belirtilmiştir: "Savaşta, inkâr edenlerle karşılaştığınızda boyunlarını vurun, sonunda onlara üstün geldiğinizde bağlarını sıkılaştırın (esir alın), savaş sona erince onları ya karşılıksız, ya da fidye ile salıverin"²⁰⁰. Bu ayet, savaş sonrası esirlerin karşılıklı veya karşılıksız serbest bırakılmasını emretmektedir. Serbest bırakmada, karşılık alınıp alınmayacağı konusundaki takdiri devlet başkanına bırakmaktadır. Hatta Kur'an'ın esirliğin sona erme hallerini saydığı için esirlerin öldürülmesini yasakladığı şeklinde yorumlanabilir. Bu durumu Hz. Muhammed (asm)'in Mekke'nin fethi sırasındaki "Yaralıyı ve esiri öldürmeyin, kaçanı takip etmeyin, kapısını kapatan güvende olur" talimatı da tey'id etmektedir²⁰¹. Bazı Hanefî hukukçular dışında İslam hukukçuların çoğunluğu esirlerin öldürülmeyeceği konusunda hemfikirdir²⁰². Dolayısıyla İslam hukukunda erkek esirlerin öldürülmesi yerleşik bir kural olmamış, somut duruma göre zorunlu hallerde istisnai olarak uygulanmıştır²⁰³.

Peki Kur'an'da esirlerin öldürülmesini emreden açık bir ifade bulunmamasına, hatta yasaklamasına rağmen Hz. Peygamber (asm)'in kimi esirlerin öldürülmesini emretmiş olması nasıl açıklanabilir? Bu konuda üç önemli gerekçe sunulmaktadır. İlki ve en önemlisi öldürülen savaş esirlerinin *savaş öncesi dönemde*

¹⁹⁶ Kur'an, Enfal, 57.

¹⁹⁷ Kur'an, Tevbe, 9/5.

¹⁹⁸ Birsin, "İslam Devletler Hukukunda Savaş Esirlerine Uygulanan Yaptırımların Analizi", s. 176; Özel, "İslam'da ve Günümüz Devletler Hukukunda Savaş Esirleri", s. 116.

¹⁹⁹ Özel, "İslam'da ve Günümüz Devletler Hukukunda Savaş Esirleri", s. 115.

²⁰⁰ Kur'an, Muhammed, 47/4.

²⁰¹ Abdullahi, "Rights of Prisoner", s. 72.

²⁰² Grant, "Islamic Law, International Law, And Non-International Armed Conflict in Syria", s. 18; İslam hukukunda esirlerin öldürülmesi konusundaki görüşlerin ayrıntılı ele alındığı bir çalışma için bakınız: Muhammadin, "Comparing International Humanitarian Law and Islamic Law on War Captives: Observing ISIS", s. 127-130.

²⁰³ Munir, "Debates on the Rights of Prisoners of War in Islamic Law", s. 466-480; Armağan, *İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, s. 55.

*işledikleri suçlar; verdiği söze ihanetleri veya düşmana yardımları sebebiyle öldürülmesidir*²⁰⁴. Mesela, Bedir savaşında esir alınan Ukbe bin Ebu Muaya, daha önce Müslümanlara karşı yaptığı işkence ve eziyetler sebebiyle öldürülmüştür²⁰⁵. Uhud savaşında esir alınan Ebu Azze el-Cumahi'nin öldürülmesi de ihanetinden dolayıdır. Çünkü bu kişi Bedir savaşında esir alınmış, fakat beş kız çocuğunun kimsesiz kalacağını belirterek affını istemişti. Müslümanların aleyhinde kimseye yardım etmemek şartıyla affedilen Ebu Azze daha sonra Uhud savaşına katılmış ve bu savaşta da esir alınmıştır. Ebu Azze bu defa da savaşa zorla karıştırıldığını belirterek tekrar affedilmesini istemişse de Hz. Peygamber “Müslümanın bir yılan deliğinden iki defa sokulmayacağını” ve “Muhammed’le iki defa alay ettim” dedirtmeyeceğini belirterek isteğini reddetmiş ve öldürülmesine hüküm vermiştir²⁰⁶. Diğer bir olayda düşmana yardım etmeyecekleri konusunda söz veren Beni Kureyza Yahudileri, Hendek savaşı sırasında Medine’deki savunmasız ailelere saldırmak istemiş ve düşmana yardım etmiştir. Hendek savaşının ardından kuşatma sonrası Beni Kureyza kalesi kuşatılmıştır. Ele geçirilen esirlerden erkekler öldürülmüş, kadın ve çocuklar köleleştirilmiştir. Bu istisnai uygulama, Beni Kureyza’nın ihanet etmesi nedeniyle kesinlikle tehlike altında olan Müslüman toplumunun korunması amacıyla yapılmıştır. Üstelik bu yaptırım, Beni Kureyza’nın müttefiki olan Evs kabilesinin reisi ve hakem olarak seçilen Sa’d bin Muaz tarafından Tevrat’ın hükümlerine göre verilen karar gereği uygulanmıştır²⁰⁷. Görüldüğü gibi bu olaylarda söz konusu kişiler, esir olduğu için değil, daha önce suç işlediği, verdiği sözü tutmadığı ve düşmana yardım ettiği için öldürülmüştür. Günümüzde insancıl hukuk kuralları da esirliğin başlamasından önceki dönemde esirlerin fiilleri ile ilgili olarak esirlerin soruşturulması, kovuşturulması ve cezalandırılmasını kabul etmektedir.

Esirlerin öldürülmesinin ikinci gerekçesi, öldürülen esirlerin *sağ bırakıldığı takdirde İslam toplumuna zarar verecek olmasıdır*²⁰⁸. *Mesela esir alınan bir keskin nişancı, serbest bırakıldığı takdirde İslam toplumuna tekrar zarar vere-*

²⁰⁴ Bennoune, “As-Salāmu `Alyakum? Humanitarian Law in Islamic Jurisprudence”, s. 635; Abdulahi, “Rights of Prisoner”, s. 72; Al-Dawoody, “Islamic law and international humanitarian law: An introduction to the main principles”, s. 20; Sohail, “Compatibility between Modern International Humanitarian Law and Principles of Islamic Law of Conduct of War: A Comparative Analysis”, s. 73.

²⁰⁵ Sohail, “Compatibility between Modern International Humanitarian Law and Principles of Islamic Law of Conduct of War: A Comparative Analysis”, s. 73.

²⁰⁶ Al-Dawoody, “Islamic law and international humanitarian law: An introduction to the main principles”, s. 20; Sohail, “Compatibility between Modern International Humanitarian Law and Principles of Islamic Law of Conduct of War: A Comparative Analysis”, s. 73-74; Özel, “İslam’da ve Günümüz Devletler Hukukunda Savaş Esirleri”, s. 108-109.

²⁰⁷ Yousaf, “IHL as Islamic Humanitarian Law: A Comparative Analysis of International Humanitarian Law & Islamic Military Jurisprudence Amidst Changing Historical Contexts”, s. 466; Özel, “İslam’da ve Günümüz Devletler Hukukunda Savaş Esirleri”, s. 109.

²⁰⁸ Birsin, “İslam Devletler Hukukunda Savaş Esirlerine Uygulanan Yaptırımların Analizi”, s. 179.

*bilme ihtimali yüksektir. Üçüncü gerekçe ise öldürülen esirlerin misilleme gereği öldürülmüş olmasıdır*²⁰⁹. Ancak “Hiçbir kimse, başkasının işlediği günahıtan sorumlu tutulamaz”²¹⁰ ayeti gereği bu üçüncü gerekçe İslam hukukunda genellikle kabul görmemiştir²¹¹. Ancak İslam hukukçularının, öldürme uygulamasını, içinde buldukları şartlar gereği, düşmanın Müslümanlara karşı uyguladığı muamele-ye karşı misilleme esasına göre muhafaza etmek zorunda kaldıklarını söylemek mümkündür²¹². Buna rağmen genellikle düşman elindeki Müslüman esirler öldürülse bile misilleme yoluna gidilmediği görülmektedir²¹³. Ayrıca hem geçmişte hem de günümüzde pek çok İslam hukukçusu, erkek savaş esirinin sırf savaşa katılmasından dolayı öldürülmesinin caiz olmadığını görüşündedir²¹⁴.

İslam hukukuna göre *kadın, çocuk, yaşlı, savaşmalarına engel bir uzvu ke-silmiş kişi, ibadethanede bulunan din adamı, inzivadaki kişiler* (filen veya danişmanlık yaparak savaşa iştirak etmedikçe) ile *ihtida edenler* öldürülemez²¹⁵. Ayrıca, sözleşme ile çalışan tedarikçiler ve sürücüler hizmetçi olarak kabul edilir, çatışmalara (düşmanlıklar) doğrudan katılmazlarsa öldürülmeleri kesinlikle yasaktır. Hz. Muhammed (asm), Huneyn savaşında ölümler arasında bir kadın cesedini görünce, O’nu kimin öldürdüğünü sordu. Sahabe Halid bin Velid’in güçleri tarafından öldürüldüğünü söyleyince Hz. Muhammed, birisine Halid’e koş ve O’na, “Bu kadın savaşmıyordu. Allah’ın elçisinin çocukları, kadınları ve ücretli hizmetçileri öldürmeyi yasakladığını söyleyin”²¹⁶ demiştir.

Sonuç olarak, “esirlerin öldürülmesinin yasaklanması yönünde Batı’da yapılan düzenlemelerin bir asırdan az bir maziye sahip bulunduğu, daha önceleri ise keyfiliğin hakim olduğu göz önüne alındığında Müslüman hukukçuların (bazı hallerde) esirlerin öldürülebileceğini meşru görmeleri ve böylece misilleme yolunu açık tutmaları yadırganamaz”²¹⁷. Şu var ki İslam hukukunda esir alınan kadın, çocuk ve yaşlıların öldürülmesi kesinlikle yasaktır. Ancak erkek savaş esirlerinin öldürülmesinin yerleşmiş bir kural olmadığı, dönemin şartları çerçevesinde somut duruma göre zorunlu hallerde istisnai olarak kabul edildiği ve uygulandığı söylenebilecektir. Ancak bu somut, istisnai zorunlu hallerin haricinde esirlerin öldürülmesi İslam hukukunun genel bir kuralı ve uygulaması değildir. Dolayısıyla-

²⁰⁹ Özel, “İslam’da ve Günümüz Devletler Hukukunda Savaş Esirleri”, s. 116.

²¹⁰ Kur’an, Fatır, 35/18.

²¹¹ Iwansyah, “Islam and the Provisions of War”, s. 338.

²¹² Özel, “İslam’da ve Günümüz Devletler Hukukunda Savaş Esirleri”, s. 116.

²¹³ Özel, “İslam’da ve Günümüz Devletler Hukukunda Savaş Esirleri”, s. 118.

²¹⁴ Birsin, “İslam Devletler Hukukunda Savaş Esirlerine Uygulanan Yaptırımların Analizi”, 178-179.

²¹⁵ Bilmen, *Hukuk-i İslamiye ve Istilahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, 3. Cild, s. 402. Ayrıca bakınız: Zuhayli, *İslam Fıkhi Ansiklopedisi*, 8. Cild, s. 227.

²¹⁶ “Ebu Davud, Sünen, Kitab-ül-Cihad ve Siyer, Bab no: 111, Hadis no: 2668-2669”, Erişim Tarihi: Mart 2, 2024, <https://www.islamiokul.com/hadis-ansiklopedisi-2/> veya <https://sunnah.com/abudawud:2668> ve 2669.

²¹⁷ Özel, “İslam’da ve Günümüz Devletler Hukukunda Savaş Esirleri”, s. 117.

la, İslam hukukunun devlet başkanına verdiği yetki kapsamında, esirlerin öldürülmesi devlet başkanı tarafından tamamen yasaklanabileceğinden İslam hukuku ile insancıl hukuk arasında bir çatışma söz konusu değildir.

5. Esirlerin Köleleştirilmesi

İslam hukukunda esirlerle ilgili öngörülen ve günümüzde de en çok eleştirilen sona erme hali ise esirlerin köleleştirilmesidir. Köleleştirme, esirlik statüsünün sona erdirilerek yeni bir statü verilmesi uygulamasıdır. İslam hukukunun asli kaynağı Kur'an'da savaş esirlerinin köleleştirilmesine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Hz. Muhammed o zamanda cari olan mevcut köleleştirme kuralını, oldukça insani hale getirerek ve sınırlandırarak uygulamıştır. İslam hukukçuları da kendi zamanlarındaki uluslararası teamüle uygun olarak bu uygulamayı meşrû kabul etmişlerdir. Çünkü o dönemde İslam hukukunun tek başına köleleştirmeyi kaldırması, karşı taraf bu uygulamaya devam ettirdiği müddetçe sorunu ortadan kaldırmayacaktı²¹⁸. Dolayısıyla köleleştirme uygulamasını, o dönemin şartlarına göre İslam hukukçuları tarafından yorumlanarak kabul edilmiş bir hüküm olarak görmek gerekir²¹⁹. Hz. Muhammed (asm) döneminde esir alınan kişilerin köleleştirildiği yalnızca dört örnek vardır. Beni Kureyza, Hevazin, Beni Mustalik ve Beni Anbar kabilelerinden savaş sırasında esir alınan kişiler köle yapılmışsa da Beni Kureyza kabilesinin kadınları ve çocukları dışındaki bütün esirler bir süre sonra serbest bırakılmıştır²²⁰. Bu kapsamda köleleştirme ile ilgili hususları şu şekilde saymak mümkündür:

- Hz. Peygamber (asm) döneminde hiçbir savaşçı erkek esir köleleştirilmemiştir, ancak yasaklayıcı bir hüküm olmaması sebebiyle daha sonra fetihlerin artmasıyla birlikte dönemin şart ve teamüllerine uyularak köleleştirme yapılmıştır. Mesela Kudüs'te 3000 Müslüman esiri öldüren İngiliz Kral Richard'a mukabil, Selahaddin Eyyubi, elindeki esirleri öldürmeyip köleleştirmiştir. İslam tarihinde bunun örnekleri çoktur²²¹.
- Esirlerin köleleştirilmesi, devlet başkanına verilmiş seçeneklerden sadece birisidir. Devlet başkanı isterse kamu yararına göre takdir hakkını kullanarak esirin karşılıklı veya karşılıksız serbest bırakılması gibi diğer seçeneklerin uygulanmasına da karar verebilir²²².
- İslam hukukuna göre esir alınan kadın ve çocuklar, savaşa fiilen katılmadıkça öldürülemez, sadece köleleştirilebilir. Bu uygulama, o dönemde yaygın olan esirlerin öldürülmesine göre daha iyi bir alternatif olarak meşrû görül-

²¹⁸ Munir, "Debates on the Rights of Prisoners of War in Islamic Law", s. 484-485.

²¹⁹ Özel, "İslam'da ve Günümüz Devletler Hukukunda Savaş Esirleri", s. 117-118.

²²⁰ Thomas, "Jihad's Captives: Prisoners of War in Islam", s. 6.

²²¹ Armağan, *İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, s. 55.

²²² Zuhayli, *İslam Fıkhi Ansiklopedisi*, 8. Cild, s. 230.

müştür, ancak tavsiye edilmemiştir. İslam hukukçuları, kadın ve çocukların köleleştirilmesinin caiz olduğunu, bir kısmı ise “bunları köleleştirmenin yasaklanmamışsa da onaylanmadığını” savunmuşlardır. Her iki görüş sahipleri de savaş esirlerinin köleleştirilmesini misilleme esasına dayandırmışlardır²²³. Günümüzde ise, savaşçı ve savaşçı olmayan ayırımının yapılması gerektiği ve buna dayanarak kadın ve çocukların köleleştirilemeyeceği belirtilmektedir²²⁴.

- d. İslam’ın nihai amacı köleliğin kaldırılmasıdır. İnsanların takva dışında eşitliğini öngören İslam dini, köleliği ihdas etmemiş, tam tersine zamanla ortadan kalkmasını sağlayıcı hüküm ve düzenlemeler getirmiştir²²⁵. Bu nedenle günümüzde kölelik tamamen kalktığına göre İslam hukukunda da esirlerin köleleştirilmesinin tartışmasız bir şekilde kalktığı söylenebilecektir.

C. ESİRLİĞİN SONA ERMESİ AÇISINDAN KARŞILAŞTIRMA

Yukarıda ilgili başlıklar altında belirtildiği gibi, insancıl hukuk ile İslam hukukunun, temel ilkeler ve esirlere *muamele* konusunda genellikle aynı veya benzer ilke ve kuralları benimsediğini söylemek mümkündür. Ancak esirliğin sona ermesi bakımından ciddi farklılıkların olduğu görülmektedir.

İnsancıl hukukta esirliğin sona ermesinin tek şartı aktif çatışmaların sona ermesidir. Esirlerin serbest bırakılması, herhangi bir karşılık veya mübadele gibi şarta bağlanamaz. Buna rağmen günümüzde esir takası uygulamasının hala yaygın bir şekilde uygulandığı görülmektedir.

İslam hukuku ise esirliğin sona ermesi halleri olarak, karşılıksız serbest bırakma, karşılık alınarak serbest bırakma, mübadele yoluyla serbest bırakma, esirlerin öldürülmesi ve köleleştirme yöntemlerini benimsemiştir. İslam hukuku, esir alan devlete savaşın sona ermesinden sonra, bu esirlerin bırakılması ile ilgili seçim hakkı vermiştir: Devlet, esirleri karşılıksız olarak, fidye karşılığında veya mübadele yoluyla serbest bırakabilir. Ayrıca şartları varsa devlet, elindeki esirleri öldürebilir veya köleleştirebilir. Bu seçeneklerden birisinin tercihi konusunda takdir hakkı devlete aittir. Devlet (başkanı) kamu yararını gözeterek bu takdir hakkını kullanabilecektir.

Bu hallerden *karşılıksız serbest bırakma*, İslam hukukundaki genel uygulama olup insancıl hukuk tarafından da benimsenmiştir. Esirin, *karşılık alınarak serbest bırakılması ise*, esir takasının günümüzde bile devam ettiğini düşünecek olursak, uygulandığı dönemin şartlarına göre makul sayılabilecek bir uygulamadır. Dolayısıyla İslam hukuku tarafından devlete seçenek olarak verilen bu yol,

²²³ Bennoune, “As-Salāmu `Alaykum? Humanitarian Law in Islamic Jurisprudence”, s. 632.

²²⁴ Munir, “Debates on the Rights of Prisoners of War in Islamic Law”, s. 484-485.

²²⁵ Al-Dawoodi and Murphy, “International humanitarian law, Islamic law and the protection of children in armed conflict”, s. 565-566.

günümüz şartlarına uyarlanabilir. Esirlerin *mübadele yoluyla serbest bırakılması* ise insancıl hukuk tarafından öngörülmemiş olmasına rağmen günümüzde hala devam eden bir uygulamadır. Bu da İslam hukuku tarafından bir seçenek olarak kabul edilen, esirliğin sona erdirme halinin aslında günümüz savaş hukukunda varlığını fiili olarak devam ettirdiği anlamına gelmektedir.

İslam hukukunun esirliğin sona ermesi konusunda öngördüğü *öldürme ve köleleştirme*nin, ilk bakışta günümüz insancıl hukuk anlayışı ile uyuşmadığı söylenebilir. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, savaş ve esirlere ilişkin hükümler, Hz. Peygamber (asm) döneminde Müslüman ordusu ile düşmanları arasında yapılan savaş şartları bağlamında, savaş sırasında ordunun düzenini sağlamak amacıyla konulmuştur. Ayrıca bu hükümler konulurken düşman orduları, aynı kurallara tabi değildir ve buna yönelik herhangi bir anlaşma da yoktur. Bu şartlarda İslam hukuku esirlere olumsuz muamele ve uygulanacak yaptırımlar konusunda kısıtlamalar getirmiştir²²⁶. İslam hukukunun kendi müntesiplerinin haklarını koruma amacı da unutulmamalıdır²²⁷. Ayrıca o dönemde henüz esirlerin tutulması için hapisane ve kampların olmadığı bir ortamda hem İslam toplumu hem de esirler için en iyi çözümün arandığı göz önünde tutulmalıdır²²⁸.

Yukarıda da ele alındığı gibi İslam hukukunda esirlerinin öldürülmesi, yerleşmiş bir kural değildir. Esir alınan kadın, çocuk ve yaşlıların öldürülmesi kesinlikle yasaktır. Erkek esirlerin öldürülmesi ise, Hz. Muhammed (asm) döneminde yapılan çok sayıda savaşlardan sadece birkaçında uygulanmıştır. Bu uygulamalarda esirlerin ya savaş öncesi suç teşkil eden fiillerinden dolayı ya da somut duruma göre İslam toplumunun zarar görme tehlikesi veya misilleme gibi zorunlu hallerde istisnai olarak uygulandığı görülmektedir. Ancak bu somut, istisnai zorunlu hallerin haricinde esirlerin öldürülmesi İslam hukukunun genel bir kuralı ve uygulaması olmamıştır. Ayrıca İslam hukukunun devlet başkanına verdiği yetki kapsamında, esirlerin öldürülmesi devlet başkanı tarafından tamamen yasaklanabileceğinden İslam hukuku ile insancıl hukuk arasında bir çatışma söz konusu değildir.

İslam hukukunda esirlerle ilgili öngörülen ve günümüzde de en çok eleştirilen sona erme hali ise esirlerin *köleleştirilmesidir*. Köleleştirme, esirlik statüsünün sona erdirilerek yeni bir statü verilmesi uygulamasıdır. Kur'an'da esirlerinin köleleştirilmesine dair bir hüküm bulunmamaktadır. İslam hukuku, o zamanda yürürlükte olan mevcut köleleştirme uygulamasını, oldukça insani hale getirerek ve sınırlandırarak uygulamıştır. İslâm hukukçuları da kendi zamanlarındaki uluslararası teamüle uygun olarak bu uygulamayı meşru kabul etmişlerdir. Çünkü o

²²⁶ Al-Dawoody, "Islamic law and international humanitarian law: An introduction to the main principles", s. 15.

²²⁷ Bilmen, *Hukuk-i İslamiye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, 3. Cild, s. 400-401.

²²⁸ Al-Dawoody, "Islamic law and international humanitarian law: An introduction to the main principles", s. 21.

dönemde İslam hukukunun tek başına köleleştirmeyi kaldırması, düşman devlet bu uygulamayı devam ettirdiği müddetçe sorunu ortadan kaldırmayacaktı. İslam hukukunda içtihat kapısı açıktır. Hakkında Kur'an ve sünnette açıkça emir ve yasak hükmü bulunmayan konular, ehil kişiler (müçtehit) tarafından kurallara uygun olarak yorumlanabilir. Esirlerin köleleştirilmesi konusunda açık bir hüküm yoktur. Bu nedenle bu konu günümüz şartları ve anlayışı çerçevesinde yorumlanabilir. Yorum sonucunda günümüzde köleleştirme uygulamasının tamamen ortadan kalktığı söylenebilir²²⁹. Buna ilişkin gerekçeleri şu şekilde saymak mümkündür²³⁰: 1-İslam hukuku kaynaklarında köleleştirmeyi emreden bir hüküm yoktur. 2-Mevcut bir uygulama meşru görülerek kabul edilmesiyle İslam hukukuna girmiştir. 3-İslam'ın nihai amacı köleliği kaldırmaktır. Köle azad etmek ayet ve hadislerle teşvik edilmiştir. 4-Köle yasağı, günümüzde evrensel bir kural olarak benimsenmiştir. 5-Köleleştirme İslam tarihinde giderek azalan ve nihayet tamamen ortadan kalkan bir uygulamadır. Dolayısıyla İslam hukukunda da esirlerin köleleştirilmesi yolunun kalktığı ve insancıl hukuk ile arasında bir uyumsuzluğun bulunmadığı söylenebilecektir.

SONUÇ

Bu makalede esirler konusunda insancıl hukukun ilke ve kuralları ile İslam hukukunun ilke ve kuralları karşılaştırılmıştır. Bu karşılaştırma, kaynaklar, esir kavramı, ilkeler, esirlere uygulanacak muamele ve esirliğin sona ermesi açılarından yapılmıştır. Ulaşılan sonuçlar şu şekildedir:

1. *Kaynaklar açısından* insancıl hukukun asli kaynakları, uluslararası anlaşmalar, teamül kuralları ve hukukun genel ilkeleridir. Teamül olarak ortaya çıkan esirlikle ilgili ilke ve kurallar, 20. yüzyılın başından itibaren kod haline getirilmiştir.

İslam hukukunun esirlikle ilgili kaynakları ise, diğer konularda olduğu gibi, Kur'an, sünnet, icma ve kıyastır. Bu ilke ve kurallar, diğer konularda olduğu gibi, maalesef evrensel nitelikli bir sistem olarak uluslararası toplumun dikkatine sunulamamıştır.

2. *Esir kavramı açısından* İslam hukuku ile insancıl hukuk arasında bazı farklar vardır. İnsancıl hukukta esir, uluslararası silahlı çatışmalar sırasında düşman tarafın eline düşen savaşçı kişilerdir. Bu nedenle savaşçı statüsü olmayan kişiler ile casuslar ve paralı askerler esir olarak kabul edilmez.

Oysa İslam hukukunda kural olarak erkekler esir olarak kabul edilir. Ancak fiilen savaşa katılan ve karşı tarafın eline düşen, statüsü ve cinsiyeti ne olursa olsun erkek, kadın, casus, paralı asker herkes esir sayılmaktadır. Burada belirleyici ölçüt, kişinin fiilen savaşa katılması ve Müslüman olmamasıdır.

²²⁹ Karaman, Hayreddin, *Yeni Gelişmeler Karşısında İslam Hukuku*, İstanbul, İz Yayıncılık, 1998, s. 151 vd.

²³⁰ Armağan, *İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, s. 54 vd.

3. *Esirler ile ilgili temel ilkeler açısından* insancıl hukuk ile İslam hukuku pek çok konuda benzerlik taşımaktadır. Mesela esir, devlet hükmündedir. Esir sırf savaşa katılmasından dolayı cezalandırılmaz. Esire işkence, misilleme, hakaret ve kadınlara tecavüz yasaktır. Esirlerin şahıs ve şereflerine ve özellikle kadınlara saygı gösterilmesi gerekir.

Geçmişte pek ihtiyaç duyulmayan ve fakat günümüzde benimsenmiş bazı insancıl hukuk ilkeleri vardır. Bu ilkeler İslam hukukunun ruhuna aykırı olmayan ilkelerdir. Bu nedenle işbu ilkeler, içtihat ve kıyas yoluyla, günümüz şartları çerçevesinde yorumlanarak benimsenebilir.

Ancak İslam hukukunun benimsediği kendisine has bazı ilkeler de bulunmaktadır. Mesela, kadın ve çocuklar birbirlerinden ayrılamaz. Kadın, çocuk ve yaşlı esirler için fidye alınmaz. Esir alınan Müslümanlar kural olarak esir sayılmaz. Kendi dini öngörüyor olsa bile ölen esir yakılamaz.

4. *Savaş esirlerine muamele açısından* insancıl hukuk ile İslam hukuku arasında çok sayıda benzer veya aynı konu vardır. Mesela esirler anladıkları dilden bilgilendirilir ve sorgulanır. Esirlerin barınması, beslenmesi, giyinmesi ve sağlığı açısından asgari insani şartların yerine getirilmesi gerekir. Esirlerin haberleşme, adalete erişim, talep, şikâyet ve dinini gereklerini yaşama hakları vardır. Esire, işkence ve kötü muamele yapılamaz, sakat bırakılmaz.

Esirlere muamele ile ilgili İslam hukukunda öngörülmemekle birlikte ona aykırı sayılamayacak insancıl hukuk kuralları da vardır. Mesela esirler bir kampta tutulabilir. Kampta disiplini sağlamak ve esirin kaçmasını önlemek için tedbir ve kurallar konulabilir. Esir, esir alan devletin kanunlarına uymak zorundadır. Esirlerin yargılanmasında, suçta ve cezada kanunilik ilkesi uygulanır.

İslam hukukunun esirlere muamele konusunda kendine has kuralları da vardır: Mesela aile mensubu esirler birbirinden ayrılamaz. Esir, esareti sırasında medeni hakları kullanma ve yararlanma hakkına sahiptir. Güvenlik tedbirlerine uymak şartıyla esirlerin günlük yaşamına devam etme hakkı vardır. Esirlere yardım için bile olsa sağlık ve din görevlileri esir alınmaz. Esirler kural olarak zorla çalıştırılmaz.

5. *Esirliğin sona ermesi bakımından* ise İslam hukuku ile insancıl hukuk arasında bazı farklar vardır. İnsancıl hukukta esirliğin sona ermesinin tek şartı aktif çatışmaların sona ermesidir.

İslam hukuku ise esirliğin sona ermesi halleri olarak, karşılıksız serbest bırakma, karşılık alınarak serbest bırakma, mübadele yoluyla serbest bırakma, esirlerin öldürülmesi ve köleleştirme yöntemlerini benimsemiştir.

İslam hukuku esir alan devlete, esirlerin akıbeti ile ilgili takdir hakkı vermiştir: Devlet, esirleri karşılıksız olarak, fidye karşılığında veya mübadele yoluyla serbest bırakabilir. Şartları varsa devlet, elindeki esirleri öldürebilir veya köleleş-

tirebilir. Devlet (başkanı) kamu yararını gözeterek bu seçeneklerden birisi hakkında takdir hakkını kullanabilecektir. Bu hallerden *karşılıksız serbest bırakma*, insancıl hukuk tarafından da benimsenmiştir. Zaten İslam hukukundaki genel uygulama, esirin karşılıksız serbest bırakılmasıdır. Esirin, *karşılık alınarak serbest bırakılması*, uygulandığı dönemin şartlarına göre makul sayılabilecek bir uygulamadır. Esirlerin *mübadele yoluyla serbest bırakılması* ise insancıl hukuk tarafından öngörülmemiş olmasına rağmen günümüzde de başvurulan bir uygulamadır.

İslam hukukunun esirliğin sona ermesi konusunda öngördüğü *öldürme* ve *köleleştirmenin*, ilk bakışta günümüz insancıl hukuk anlayışı ile uyuşmadığı söylenebilir. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, savaş ve esirlere ilişkin hükümler, Hz. Peygamber (asm) döneminde Müslüman ordusu ile düşmanları arasında yapılan savaş şartları bağlamında, ordunun düzenini sağlamak amacıyla konulmuştur. Ayrıca bu hükümler konulurken düşman orduları aynı kurallara tabi değildir ve buna yönelik herhangi bir anlaşma da yoktur. İslam hukukunun kendi müntesiplerinin haklarını koruma amacı da unutulmamalıdır. Ayrıca o dönemde henüz esirlerin tutulması için hapishane ve kamplar yoktur.

Esirlerin öldürülmesi, İslam hukukunda yerleşmiş bir kural değildir. İslam'a göre esir alınan kadın, çocuk ve yaşlıların öldürülmesi kesinlikle yasaktır. Erkek esirlerin öldürülmesi ise, Hz. Muhammed (asm) döneminde yapılan çok sayıda savaşlardan sadece birkaçında uygulanmıştır. Bu örneklerde de esirlerin ya savaş öncesi suç teşkil eden fiillerinden dolayı ya da somut duruma göre İslam toplumunun zarar görme tehlikesi gibi zorunlu hallerde istisnai olarak uygulandığı görülmektedir. Dolayısıyla bu istisnaların haricinde esirlerin öldürülmesi İslam hukukunda genel bir kural ve uygulama değildir. Devlet başkanı yetkisi kapsamında, takdir hakkını kullanarak esirlerin öldürülmesini tamamen yasaklayabilir.

Köleleştirme, esirlik statüsünün sona erdirilerek yeni bir statü verilmesi uygulamasıdır. Kur'an'da esirlerin köleleştirilmesine dair bir hüküm bulunmamaktadır. İslam hukuku, o zamanda yürürlükte olan mevcut köleleştirme uygulamasını, oldukça insani hale getirerek ve sınırlandırarak uygulamıştır. İslâm hukukçuları da kendi zamanlarındaki uluslararası teamüle uygun olarak bu uygulamayı meşru kabul etmişlerdir. İslam hukukunda içtihat kapısı açıktır. Hakkında Kur'an ve sünnette açıkça emir ve yasak bulunmayan konular, ehil kişiler (müçtehit) tarafından kurallara uygun olarak yorumlanabilir. Köle yasağı, günümüzde evrensel bir kural olarak benimsendiğine göre İslam hukukunda da köleleştirme uygulamasının tamamen ortadan kalktığı söylenebilir. Dolayısıyla İslam hukuku ile insancıl hukuk arasında köleleştirme konusunda da bir uyumsuzluğun bulunmadığı söylenebilecektir.

KAYNAKÇA

- Abdo Ali, Mohammed Fawaz, “İslam Hukuku ve Uluslararası Hukukta Esir Hakları”, *Din ve Bilim - Muş Alparslan Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi Dergisi*, 4(1), (Haziran-2021): 71-96.
- Abdullahi, Ibrahim, “Principles Regulating the Conduct of Hostilities Under Islamic Law Compared to the International Humanitarian Laws of the Geneva Conventions (Principles)”, *Global Journal of Politics and Law Research*, Vol. 3, No. 1, (March-2015): 1-20.
- Abdullahi, Ibrahim, “Rights and Treatment of Prisoners of War Under Islamic International Humanitarian Law: A Legal Analysis (Rights of Prisoners)”, *Archives of Business Research*, 7(10), (2019): 61-74.
- Ahmad, Nehaluddin, Lilienthal, Gary and Ahmad, Siti Sara, “Islamic Laws of War and Contemporary International Humanitarian Law: Discrimination and Proportionality”, *J. East Asia & Int’l L*, Vol. 16/No.1, (2023): 105-124. DOI: <http://dx.doi.org/10.14330/jeail.2023.16.1.06> (Erişim Tarihi: Mart 2, 2024).
- Al-Dawoody, Ahmed and Murphy, Vanessa, “International humanitarian law, Islamic law and the protection of children in armed conflict”, *International Review of the Red Cross*, 101 (911), (2019): 551-573. DOI: 10.1017/S1816383119000560 (Erişim Tarihi: Mart 2, 2024).
- Al-Dawoody, Ahmed, “Islamic law and international humanitarian law: An introduction to the main principles”, in Zuhdija Hasanović (ed.), *Islamic Law and International Humanitarian Law*, Faculty of Islamic Studies - University in Sarajevo and ICRC, (2020): 3-30.
- Armağan, Servet, *İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, Ankara, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 1987.
- Aslan, M. Yasin, “Savaş Hukukunun Temel Prensipleri”, *TBB Dergisi*, S. 79, (2008): 235-274.
- Bennoune, Karima, “As-Salāmu `Alaykum? Humanitarian Law in Islamic Jurisprudence”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 15, Iss. 2, (1994): 605-643. <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol15/iss2/7> (Erişim Tarihi: Mart 2, 2024).
- Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-i İslamiye ve Istilahat-ı Fıkhiyye Kamusu, 1. Cild*, İstanbul, Ravza Yayınları, 2018.
- Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-i İslamiye ve Istilahat-ı Fıkhiyye Kamusu, 3. Cild*, İstanbul, Ravza Yayınları, 2018.
- Birsin, Mehmet, “İslam Devletler Hukukunda Savaş Esirlerine Uygulanan Yaptırımların Analizi”, *Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 21, (2012/1): 163-194.
- Ćeman, Senad and Mahić, Amir, “Principles of Islamic Law of Armed Conflicts: Protection of Property, Treatment of Prisoners of War, Providing Refuge and Treatment of Bodies of the Deceased During Hostilities” in Zuhdija Hasanović (ed.), *Islamic Law and International Humanitarian Law*, Faculty of Islamic Studies - University in Sarajevo and ICRC, (2020): 69-81.
- Dinstein, Yoram, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 3rd edition, Cambridge University Press, 2016.

- Dost, Süleyman, “Uluslararası Hukukta Hainlik Yasağı, Meşru Savaş Hileleri ve Casusluk”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 8, No. 1, (2018): 27-55.
- Gardezi, Syed Mahmood Akhter Hussain, “Comparative Study of Islamic Laws of War and IHL - Points of Convergence for Universal Consensus on Laws of War”, *Margalla Papers*, Issue-I, (2021): 115-130.
- Gasser, Hans-Peter and Dörmann, Knut, “Protection of the Civilian Population”, in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, (2013): 231-320.
- Grant, Patrick B., “Islamic Law, International Law, And Non-International Armed Conflict in Syria”, *Boston University International Law Journal*, Vol. 35:1, (2017): 1-37.
- Iwansyah, Henry, “Islam and the Provisions of War”, *Al-Adalah*, Vol. 15, Nomor 2, (2018): 325-344. <http://dx.doi.org/10.24042/adalah.v%vi%i.3549> (Erişim Tarihi: Mart 2, 2024).
- Karaman, Hayreddin, *Yeni Gelişmeler Karşısında İslam Hukuku*, İstanbul, İz Yayıncılık, 1998.
- Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku, 1. Cild*, İstanbul, Nesil Yayınları, 1991.
- Kılıç, Ünal, “Düşmanlarına Bile Merhametli Muhammed (sav) (Savaşlar Çerçevesinde)”, *C.Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. XVII, S. 2, (2013): 11-34.
- Kleffner, Jann K, “Protection of the Wounded, Sick, and Shipwrecked”, in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, (2013): 321-357.
- Malanczuk, Peter, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Seventh revised edition, London and New York, Routledge, 1997.
- Melzer, Nils and Kuster, Etienne, *International Humanitarian Law a Comprehensive Introduction*, Geneva, International Committee of the Red Cross, 2016.
- Muhammaddin, Fajri Matahati, “Comparing International Humanitarian Law and Islamic Law on War Captives: Observing ISIS”, *International Relations Unida Gontor*, Vol. 1, No. 2, (August-2016): 123-145.
- Munir, Muhammad, “Debates on the Rights of Prisoners of War in Islamic Law”, *Islamic Studies*, Winter 2010, Vol. 49, No. 4 (Winter-2010): 463-492.
- Nabiebu, Miebaka, “Comparative Study of Islamic and International Humanitarian Law”, *International Journal of Law and Society (IJLS)*, 2(3), (2023): 238-256. <https://doi.org/10.59683/ijls.v2i3.64> (Erişim Tarihi: Mart 2, 2024).
- Naqvi, Yasmin, “Doubtful prisoner-of-war status”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 84, No. 847, (September-2002): 571-595.
- Nasseri, Sayed Arsalan Sadat, “Islamic Law and International Humanitarian Law”, (2021): 1-31. <https://www.legalserviceindia.com/legal/article-6863-islamic-law-and-international-humanitarian-law.html> (Erişim Tarihi: Mart 2, 2024).
- Oswald, Bruce, “End of Internment”, in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, (2015): 1373-1386.
- Özel, Ahmet, “Esir”, *TDV İslâm Ansiklopedisi, II. Cild*, İstanbul, TDV Yayınları, 1994.
- Özel, Ahmet, “İslam’da ve Günümüz Devletler Hukukunda Savaş Esirleri”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 1, (2003): 105-122.

- Rona, Gabor and McGuire, Robert J., “The Principle of Non-Discrimination”, in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassöli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, (2015): 191-205.
- Salman, Hamza A. K., Ismail, Shahrul Mizan and Nordin, Rohaida, “Prisoners of war: Classification and legal protection under International Humanitarian Law”, *UUM Journal of Legal Studies*, 14(2), (2023): 677-708. <https://doi.org/10.32890/uumjls2023.14.2.11> (Erişim Tarihi: Mart 2, 2024).
- Sohail, Humna, “Compatibility between Modern International Humanitarian Law and Principles of Islamic Law of Conduct of War: A Comparative Analysis”, *Islam. L. Rev.*, Vol. 5 Issue 2, (2021): 61-92.
- Taberânî, *El-Mu'cemü'l-Kebîr*, Riyad, 1415/1994.
- Thomas, Troy S., “Jihad’s Captives: Prisoners of War in Islam”, (2005): 1-11. <https://apps.dtic.mil/sti/tr/pdf/ADA435829.pdf> (Erişim Tarihi: Mart 2, 2024).
- Türçan, Talip, “Dini ve Dini Temsil eden Kaynakları Tanımlayıcı Bir Yöntem Olarak Sahâbe İcmâi”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 27, (2016): 57-67.
- Vollmar, Lewis C., “Military Medicine in War: The Geneva Conventions Today”, in Thomas E. Beam and Linette R. Sparacino (eds), *Military Medical Ethics*, Vol. 2, Office of the Surgeon General, United States Army, Washington D.C., (2003): 739-771. <https://medcoe.army.mil/borden-tb-mil-med-ethics-vol2> (Erişim Tarihi: Mart 2, 2024).
- Yousaf, Omar, “IHL as Islamic Humanitarian Law: A Comparative Analysis of International Humanitarian Law & Islamic Military Jurisprudence Amidst Changing Historical Contexts”, *Florida Journal of International Law*, Vol. 24, Iss. 2, Art.6, (2012): 439-468.
- Zuhayli, Vehbe, *İslam Fıkhi Ansiklopedisi*, 8. Cild, İstanbul, Risale Yayıncılık, 1994.

İnternet Kaynakları

1949 tarihli III. Sözleşme ve yorumları için

Commentary of 2020, Third Geneva Convention, 1949, <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/full/GCIII-commentary> (Erişim Tarihi: Mart 2, 2024).

1977 tarihli Ek I. Protokol ve yorumları için

Commentary of 1987, Protocol I Additional to the Geneva Conventions, 1977, <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/api-1977> (Erişim Tarihi: Mart 2, 2024).

Hadis kaynakları için

<https://huzurveislam.wordpress.com/#> (Erişim Tarihi: Mart 2, 2024).

<https://www.islamiokul.com/hadis-ansiklopedisi-2/> (Erişim Tarihi: Mart 2, 2024).

<http://normalift.com/kitap/> (Erişim Tarihi: Mart 2, 2024).

<https://sunnah.com/> (Erişim Tarihi: Mart 2, 2024).

Kur'an meali için

<https://kuran.diyagnet.gov.tr/tefsir/> (Erişim Tarihi: Mart 2, 2024).

KENDİNİ ASKERLİĞE YARAMAYACAK HÂLE GETİRMEK VE RIZA İLE BU HÂLE GETİRTMEK İLE BAŞKASINI ASKERLİĞE YARAMAYACAK HÂLE GETİRMEK SUÇLARI (1632 NUMARALI ASKERİ CEZA KANUNU MADDE 79, 80)^(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Hakan KAŞKA**^(**)

Öz

1632 numaralı Askerî Ceza Kanunu'nun (AsCK) Birinci Kısım, Üçüncü Bap, Dördüncü Fasılların başlığı, "Kendini askerliğe yaramayacak hâle getirmek ve askerlikten kurtulmak için hile kullanmak" şeklindedir. Bu bağlamda, Dördüncü Fasil altında, Kanun'un 79. maddesinde düzenlenen suç, kendini askerliğe yaramayacak hâle getirmek ve kendini askerliğe yaramayacak hâle getirtmektir. Müteakip maddede ise başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirmek suçu düzenlenmiştir. Kendini askerliğe yaramayacak hâle getirmek suçunun yer aldığı 79. maddenin ilk fıkrasında suçun temel hâli düzenlenmiştir. Üçüncü fıkrada ise suçun seferberlikte işlenmesi nitelikli hâli ve düşman karşısında işlenmesi nitelikli hâli düzenlenmiştir. 79. maddenin ikinci fıkrasında, suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâli düzenlenmiştir. 80. maddede ise başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirmek suçu düzenlenmiştir. 24.06.2021 tarihli ve 7329 numaralı Kanun ile Askerî Ceza Kanunu'na eklenen Ek 11. madde düzenlemesi ile 79. maddedeki suçun sırf askerî suç olduğu ifade edilmiştir. Buna göre, kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme suçu, faili bakımından bir özgü suçtur. Madde hükmünde kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme ibaresi yer aldığı için bir neticeli suç söz konusudur. Bu suçun mağduru, toplumdur. Suçun maddi konusu ise askerlik hizmeti ve millî savunma kamu hizmetidir. 80. maddedeki başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirme ise aslında 79. maddede düzenlenmesi gereken bir suçtur. Çünkü burada, kendisinin askerliğe elverişsiz hâle getirilmesine rıza gösterenin bu hâle getirilmesi söz konusudur. Bu nedenle, kendisinin askerliğe yaramayacak hâle getirilmesine rıza gösterme ve rızası olan kişiyi bu hâle getirme, bir çok failli suçtur. Bununla birlikte, başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirme suçu, özgü suç değildir. Bu suçun faili herkes olabilir. Bu suç; neticesi, mağduru ve konusu bakımından, kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme suçundan farklılık arz etmemektedir. Bu çalışmada, her iki maddede düzenlenmiş olan suçlar, unsur, işleniş şekli, hukuka aykırılık özelliği, özel görünüş şekilleri, yaptırım ve muhakeme başlıkları ile incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Askerî Suç, Seferberlik, Özgü Suç, Sırf Askerî Suç, Çok Failli Suç.

^(*) [Makalenin Dergiye Geliş Tarihi](#): 09.03.2024 - [Makalenin Kabul Edildiği Tarih](#): 22.04.2024, [DOI No](#): <https://doi.org/10.54704/akdhfd.1449580>.

^(**) Afyon Kocatepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi / Afyonkarahisar, Türkiye.
[E-posta](mailto:kaska.hakan09@gmail.com): kaska.hakan09@gmail.com,
[Orcid Id](https://orcid.org/0000-0002-5763-0324): <https://orcid.org/0000-0002-5763-0324>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

CRIMES OF MAKING YOURSELF UNFIT FOR MILITARY SERVICE AND MAKING YOURSELF TO THIS SITUATION WITH CONSENT AND MAKING SOMEONE ELSE UNFIT FOR MILITARY SERVICE (MILITARY PENAL CODE NO. 1632 Art.79, 80)

Abstract

The title of the First Part, Third Chapter, Fourth Chapter of the Military Penal Code (MPC) No. 1632 is "Making yourself unfit for military service and using cheat to get out of military service". In this context, the crime regulated in Article 79 of the Code under Chapter Four is to make yourself unfit for military service and to render yourself unfit for military service. In the following article, the crime of making someone else unfit for military service is regulated. In the first paragraph of Article 79, which includes the crime of making yourself unfit for military service, the basic form of the crime is regulated. In the third paragraph, the qualified form of committing the crime during mobilization and the qualified state of committing it against the enemy are regulated. In the second paragraph of Article 79, the aggravated state of the crime is regulated due to the result. In Article 80, the crime of making someone else unfit for military service is regulated. With the regulation of Additional Article 11 added to the Military Penal Code by Law No. 7329 dated 24.06.2021, it was stated that the crime in Article 79 is purely a military crime. Accordingly, the crime of making oneself unfit for military service is a specific crime in terms of its perpetrator. Since the provision of the article includes the phrase making oneself unfit for military service, there is a consequential crime. The victim of this crime is society. The material subject of the crime is military service and national defense public service. Making someone else unfit for military service in Article 80 is actually a crime that should be regulated in Article 79. Because here, the person who consented to be made unfit for military service is made this way. Therefore, consenting to be rendered unfit for military service and causing the person who consents to become so is a multi-perpetrator crime. However, the crime of making someone else unfit for military service is not a specific crime. Anyone can be the perpetrator of this crime. This crime; it is no different from the crime of making oneself unfit for military service in terms of its outcome, victim and subject. In this study, the crimes regulated in both articles will be examined under the titles of element, way of committing, illegality, special appearance, sanction and judgment.

Keywords

Military Crime, Mobilization, Specific Crime, Purely Military Crime, Multi-Perpetrator Crime.

Extended Abstract

Military Penal Code No. 1632 was accepted on 22.05.1930. The Code entered into force four months after its publication, according to Article 194, which regulates the effective date of the code. Many changes have been made to the code after the effective date of the code. What is more important in this regard is that the Turkish Penal Code No. 5237 came into force on June 1, 2005. A different understanding of crime and punishment policy has been adopted in the Turkish Penal Code No. 5237 compared to the Turkish Penal Code No. 765, which was in force on the date when the Military Penal Code No. 1632 came into force. In this context, it should be noted that the Provisional Article 21, which was added to the 1982 Constitution with Code No. 6771, includes the provision that the Military Supreme Court of Appeals, the High Military Administrative Court and military courts were abolished as of the date of entry into force of Code No. 6771. Accordingly, the prosecution of crimes in Military Penal Code will now be carried out in judicial proceedings. In this context, it is important to examine the crimes in the Military Penal Code according to the new table. The subject of this study is the crimes of making oneself unfit for military service, making oneself unfit for military service with consent, and making someone else unfit for military service, which are regulated in the Military Penal Code.

Military Penal Code art.79, for the crime of making himself unfit for military service and making himself unfit for military service with his consent. The legal value protected by the crimes of making someone else unfit for military service regulated in Article 80 is the execution of national defense as a public service without interruption or disruption. Accordingly, the legal values protected by these crimes belong to society. The legal value protected

by both crimes, Military Penal Code art. In 79, it was regulated that a person would make himself unfit for military service. This crime is a single-action, free-action and sudden crime that can only be punished if committed by executive action. In terms of its consequences, it is a consequential crime; because the person must become or be made unfit for military service. Code no. 7329 dated 24.06.2021, art.1 and 11 added to the Military Penal Code, it is stated that the crime in Article 79 of the Code is purely a military crime. In this case, according to the latest regulations, the crime in Article 79 of Military Penal Code is a specific crime in terms of its perpetrator. The subject of both crimes regulated in art.79 and art.80 of Military Penal Code is military service and national defense public service. The qualified forms of the crimes are that this crime is committed during mobilization and against the enemy. The legislator determines the punishment for the basic state of the crime, Military Penal Code art.79/1 stipulated a prison sentence of one to five years. The penalty for committing the crime during mobilization, as a qualified case, is imprisonment for up to ten years; Again, as a qualified case, the punishment prescribed for committing the crime against the enemy is the death penalty. According to art.38 of 1982 Constitution, since the death penalty cannot be imposed, the death penalty cannot be applied for this qualified situation. Unless a clear regulation is made in the Military Penal Code, it is not possible to apply the provisions regarding crimes for which the death penalty is imposed.

The crime of making someone else unfit for military service is actually causing the person to do so with his consent. In this case, the crime in art.80, it should be regulated together with the crime of making oneself unfit for military service by consent in art.79. Because there are multi perpetrator crimes here. The crime of making someone else unfit for military service differs from the crime of making oneself unfit for military service only in terms of the perpetrator and the consequence. In a paragraph of Military Penal Code art.79, making oneself unfit for military service with consent and making that person unfit for military service must be regulated together.

GİRİŞ

1632 numaralı Askerî Ceza Kanunu¹, 15.06.1930 tarihli ve 1520 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmış, Kanun’un yürürlük tarihi ise *Kanunun mer’iyeti tarihi* başlığını taşıyan 194. maddede, kanunun yayımlanması tarihinden dört ay sonra² olarak belirlenmiştir. Bu açıklama, Türk pozitif hukukundaki iki değişiklikle birlikte değerlendirildiğinde anlam kazanarak bir sonuca ulaştırmaktadır. İlk olarak, 1 Haziran 2005 tarihinde, ceza hukukunun, maddi ceza hukuku, ceza muhakemesi hukuku ve infaz hukuku bölümlerinin³ her birinde, bir yeni genel kanun yürürlüğe girmiştir. Bu genel kanunlar, maddi ceza hukukunda 5237 numaralı Türk Ceza Kanunu, ceza muhakemesi hukukunda 5271 numaralı Ceza Muhakemesi Kanunu, infaz hukukunda ise 5275 numaralı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’dur. İkinci olarak, 21.01.2017 tarihli ve 6771 numaralı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.13 ile 1982 Anayasası m.142’ye “*Disiplin mahkemeleri dışında askerî mahkemeler kurulamaz. Ancak savaş hâlinde, asker kişilerin görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevli askerî mahkemeler kurulabilir.*” hükmü, m.17 ile 1982 Anayasası’na e bendi “*Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih iti-*

¹ Askerî Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 1632, Kabul Tarihi: 22.05.1930, RG 15.06.1930/1520.

² AsCK m.194 (Kanunun mer’iyeti tarihi) - “*Bu Kanun neşri tarihinden dört ay sonra muteberdir.*”

³ Ceza hukukunun bu şekilde bölümlenmesi ve üç sütun teorisi hakkında bk. Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023), 35; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023), 64; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023), 34.

barıyla Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve askerî mahkemeler kaldırılmıştır. ...” şeklinde olan Geçici Madde 21 hükmü eklenmiştir. Buna göre, ortaya çıkan sonuçlardan biri, AsCK’nın, TCK’ya göre eski tarihli bir kanun olduğu ve AsCK’da, TCK’nın genel hükümleri ile uyuşmayan hükümlere rastlanabildiğidir. Sonuçlardan diğeri ise AsCK’daki suçlarla ilgili muhakemenin artık adli yargılamada yürütülecek olmasıdır⁴. Bu bağlamda, AsCK’daki gerek genel hükümlerin gerek özel hükümlerin incelenmesi oldukça önem arz etmektedir. Bu anlayışla çalışmada AsCK m.79 ve 80’de düzenlenen suçlar incelenecektir.

AsCK’nın “Kendini askerliğe yaramayacak hâle getirmek ve askerlikten kurtulmak için hile kullanmak” başlığını taşıyan Birinci Kısım, Üçüncü Bap, Dördüncü Fasil’inin altında, çalışmanın konusunu oluşturan suçlara ilişkin m.79 ve 80 hükümleri yer almaktadır. AsCK m.79’da düzenlenen suç, kendini askerliğe yaramayacak hâle getirmek, m.80’de düzenlenen suç ise başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirmektir. Esas itibarıyla, m.80 hükmünde, m.79’a atf yapılmasından da anlaşılabilceği üzere, m.80’deki suç, m.79’daki suçtan tipikliğin maddi unsurlarından yalnızca fail ve netice unsuru bakımından ayrılmaktadır. Hatta aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, m.80, m.79’da suçun unsurlarından biri olarak belirtilen hareketlerden biri dolayısıyla, bu madde kapsamında mündemiçtir. Bu itibarla, söz konusu hareket bakımından mezkûr hükme gerek bulunmamaktadır⁵.

İfade edilmelidir ki, çalışmanın yapıldığı tarih itibarıyla, Lexpera ve Legalbank Elektronik Hukuk Bankası veri tabanları üzerinde, çalışmanın konusunu oluşturan suçlarla ilgili içtihat araması yapılmış, ancak bölge adliye mahkemeleri veya Yargıtay tarafından verilmiş bir iki içtihat dışında içtihat bulunamamıştır. Bu içtihatlarla ve literatürde bu suçlarla ilgili eserlere bakıldığında, içtihat olarak Askerî Yargıtay’ın içtihatlarına başvurulduğu ve/veya bunların referans kararlar olarak verildiği görülmektedir. Bu noktada, literatürde konuyu 2017’deki 1982 Anayasası’nda yapılan değişiklikten sonra ele alan bir eserin bulunmadığına da işaret edilmelidir⁶. Anlaşılabilceği üzere, askerî yüksek mahkemelerin var olduğu dönemde, Askerî Yargıtay’ın içtihatlarına referans karar olarak başvurulmuş olabilir. Bununla birlikte, mezkûr içtihatların, o dönem için adli yargılama açısından bağlayıcılık şeklinde bir değeri olmadığı gibi⁷, zaten bu hususta görevli yargılama

⁴ 6771 numaralı Kanun m.17 - “2709 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir. “GEÇİCİ MADDE 21 - ... E) ... Kaldırılan askerî yargı mercilerinde görülmekte olan dosyalardan; kanun yolu incelemesi aşamasında olanlar ilgisine göre Yargıtay veya Danıştaya, diğer dosyalar ise ilgisine göre görevli ve yetkili adli veya idari yargı mercilerine dört ay içinde gönderilir. ...”

⁵ Gökhan Yaşar Duran, “Askerî Ceza Kanununda Kendini Askerliğe Yaramayacak Hale Getirmek Suçu (AsCK m.79)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Nur CENTEL’e Armağan* 19, S. 2 (2013): 1053.

⁶ Bu bağlamda, yapıldığı tespit edilebilen son çalışma, Duran’ın bir önceki dipnotta künyesi belirtilen makalesidir. Bk. dn. 5.

⁷ Daha doğru bir ifadeyle, o dönem için yalnızca Askerî Yargıtay Genel Kurulu’nun içtihatlarının, Askerî Yargıtay Daireler Kurulu ile daireleri ve askerî mahkemeler ile disiplin mahkemelerinin

düzeni de adli yargılama ve dolayısıyla yüksek mahkeme olarak Yargıtay değildi. Pozitif hukuk dikkate alındığında mezkûr içtihatların bugün için de bağlayıcılık şeklinde bir değer taşımadığı, ancak çalışmanın konusunu oluşturan suçlara ilişkin hükümlerin yorumlanması veya uygulanması açısından yol gösterici nitelikte olduğu, izahtan varestedir. Bu itibarla, çalışmanın konusunu teşkil eden suçlar, oluşan yeni tablo içinde ele alınması gereken askerî suçlar cümlesindedir.

Çalışmada, AsCK m.79 ve 80’de düzenlenen kendini askerliğe yaramayacak hâle getirmek ve başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirmek suçları, bu suçlarla ilgili hükümler, bu suçların unsurları, işleniş şekli, hukuka aykırılık özelliği, özel görünüş şekilleri, yaptırım ve muhakemesi başlıkları ile incelenecektir.

I. KENDİNİ ASKERLİĞE YARAMAYACAK HÂLE GETİRMEK VE BAŞKASINI ASKERLİĞE YARAMAYACAK HÂLE GETİRMEK SUÇLARIYLA İLGİLİ HÜKÜMLER

Ceza hukukuna hâkim ilkelerden biri olan suçta kanunilik ilkesi⁸ dolayısıyla çalışma konusu suçlarla ilgili hükümler için ilk olarak kanuna ki, 1632 numaralı Askerî Ceza Kanunu m.79 ve 80’e bakılması gerekmektedir. Her iki maddenin metni, şu şekildedir:

AsCK m.79 - “1 - Kendisini kasten sakatlayan veya her hangi bir suretle askerliğe yaramayacak bir hale getiren veya kendi rızasıyla bu hale getiren bir seneden beş seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. 2 - Fiil her nevi askeri maksatlar için çalışmak kabiliyetini mahvetmiş ise suçlu yedi seneye kadar ağır hapis ile cezalandırılır. 3 - Fiil seferberlikte yapılmışsa on seneye kadar ağır hapis, düşman karşısında yapılmışsa yapan ölüm cezasıyla cezalandırılır.”

AsCK m.80 - “79 uncu maddede yazılı filleri bilerek başkasına yapan dahi aynı ceza ile cezalandırılır.”

Belirtilmelidir ki, çalışmanın konusunu oluşturan suçlara ilişkin hükümler bunlardan ibaret değildir. Daha doğru bir ifadeyle, AsCK’da, bu suçların kanuni tarifi yer almakta olup, bu itibarla, Kanun’un her iki maddesi, bu suçlarla ilgili doğrudan hükümlerdir. Bununla birlikte, bu suçlara ilişkin olarak 1982 Anayasası’nda ve 4721 numaralı Türk Medeni Kanunu’nda (TMK) da bu suç türlerinin ihdas edilmesi amacı ve bunların yorumlanması ile ilişkilendirilebilecek dolaylı hükümler bulunmaktadır. Hakikaten kendini askerliğe yaramayacak hâle getirmek suçunda, failin, kendine verdiği zarar dolayısıyla cezai sorumluluğunun

benzer olaylarda verecekleri kararlar bakımından bağlayıcılığı bulunmaktaydı. Mülga 1600 numaralı Askerî Yargıtay Kanunu m.32 - “(1) İchtihatları birleştirme kararları benzer olaylarda Askerî Yargıtay Daireler Kurulu ile daireleri ve askerî mahkemeler ile disiplin mahkemelerini bağlar.”

⁸ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: I* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 1987), 17: 31; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023), 120.

doğacak olması, 1982 Anayasası m.12/2'deki “*Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.*” hükmünün somut bir tezahürü niteliğindedir⁹. Fail ve mağdur, bir suçtan söz edilebilmesi için mutlaka var olması gereken unsurlardandır. Her suçun mutlaka bir failinin olması gerektiği gibi, mutlaka bir mağdurunun da olması gerekir. Faillik ve mağdurluk sıfatının aynı kişide birleşmesi ise mümkün değildir. Daha açık ifadeyle, bir kişinin, bir suçun hem faili hem mağduru olması mümkün değildir¹⁰. Kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme suçunda da fail, her ne kadar kendine zarar verse de bu suçtan dolayı mağdur değildir. Bilakis millî savunma kamu hizmetinin aksayacak olması dolayısıyla mağdur, toplumdur. Öyleyse burada 1982 Anayasası m.12/2'deki ödev kavramının bir tezahürü bulunmaktadır. Aynı şekilde, burada, TMK m.23/2'deki¹¹ kişiliğin, kişinin kendisine karşı korunmasının da bir somut tezahürü bulunmaktadır. TMK m.23/2, 1982 Anayasası m.12/2 ile birlikte değerlendirildiğinde, kişinin, özgürlüklerini, temel ödevlerini ifa etmesini engelleyecek şekilde sınırlaması mümkün değildir¹². Nitekim AsCK m.79'da kişinin, rızasıyla kendini askerliğe yaramayacak hâle getirtmesi suçu oluşturan hareketlerden biri olarak düzenlenmiştir.

Her iki suça ilişkin açıklamalara geçilmeden önce, bu suçlara ilişkin düzenlemelerdeki bazı sorunlara işaret edilmesi ve bunlar üzerinde durulması gerekmektedir. Şöyle ki, AsCK m.80'deki başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirme suçu; eğer, yalnızca kişinin kendini rızasıyla askerliğe yaramayacak hâle getirtmesi ile birlikte değerlendirilmeyip, örneğin, rıza olmaksızın da başkasının askerliğe yaramayacak hâle getirilmesinin bu suçu oluşturacağı kabul edilecek olursa TCK'daki

⁹ Bu noktada, 1982 Anayasası'nda, askerlik hizmetinin bir ödev olarak da düzenlendiği ifade edilmelidir. 1982 Anayasası m.72 (Vatan hizmeti) - “*Vatan hizmeti, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir.*” Askerlik hizmetinin hem bir hak hem bir ödev olarak görülebileceği, nitekim 1982 Anayasası m.72'de de bu şekilde bir düzenleme yapıldığı yönünde bk. Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku* (Bursa: Ekin Yayınevi, 2020), 77; Ayrıca bk. Ergil Ergün, “Askeri Yargıtay Kararları Işığında Kendini Askerliğe Yaramayacak Hale Getirmek Suçu”, *Askerî Adalet Dergisi* S. 100 (1997): 31; Orhan Çelen, *Notlu, Açıklamalı- İçtihatlı, Örnekli: Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği: Askerî Ceza Kanunu: Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu: Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat* (Ankara: BRC Basım Matbaacılık, 2016), 372.

¹⁰ Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 114, 116, 118; Öztürk ve Erdem, 200: 318, 319 (Bununla birlikte, öğretilde Öztürk ve Erdem, mağdursuz suç olarak adlandırılan suçlarda, suçun özel bir mağdurunun olmadığını ifade etmektedir.).

¹¹ TMK m.23/2 - “*Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlandırmaz.*”

¹² Kudret Güven, *Kişilik Hakları ve Ötanazi*, (Ankara: Nobel Yayın, 2000), 99 (Öğretilde Güven, 1982 Anayasası m.12/2 hükmündeki ödev kavramının, kişinin kendisine karşı değil, ancak üçüncü kişilere karşı yüklendiği ödev anlamına gelecek şekilde yorumlanması gerektiğini ifade etmektedir. Buna göre, hak, kişi açısından aynı zamanda bir ödevin varlığına işaret etmez. Sözgelimi yaşama hakkı, kişiye aynı zamanda bir yaşama ödevi, yaşama mükellefiyeti yüklenmez. Güven, 98, 99). Bununla birlikte, zaten çalışma konusunu oluşturan suçlarda, kişinin kendisine verdiği zararlar topluma karşı ödevini ihlal etmesinden kaynaklanan bir cezai sorumluluk vardır.

kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanma alanı, içtima başlığı altında tekrar değinileceği üzere, son derece daralacaktır. Bu durumda, AsCK m.80 açısından kanun koyucunun iradesinin kapsamı tespit edilmelidir. Kanaatimizce, kanun koyucu, AsCK m.80 ile rıza olmaksızın da başkasını askerliğe yaramayacak hâle getiren kişiyi değil, yalnızca rızası olanı bu hâle getiren kişiyi ceza hukuku sorumluluğuna tabi tutmak istemiştir. Çünkü aksi takdirde bu suç ile kasten yaralama suçu arasında sürekli olarak içtima sorunu ortaya çıkacaktır. Nitekim örneğin öğretide failin başkasını kasten sakatlamasının veya herhangi bir suretle askerliğe yaramayacak hâle getirmesinin, AsCK m.80'deki suçu oluşturacağını ifade edenler bulunmaktadır¹³. Bununla birlikte, söz konusu görüşün kabulü hâlinde, TCK m.86'nın uygulanma alanı daralacaktır. Gerçi bu hususta failin, bir başkasını yaralamak istemesine rağmen, onun, askerliğe yaramayacak hâle gelmesi söz konusu olmuşsa TCK m.86, 87'nin uygulanacağı görüşü ileri sürülmüştür¹⁴. Belirtilmelidir ki, bu durumda da bir tespit sorunu ile karşılaşılacaktır.

Özü itibarıyla, kanaatimizce, kendini rızayla askerliğe yaramayacak hâle getirtme, AsCK m.79/1'den çıkarılmalı, ayrı bir fıkra düzenlenmelidir. Böylelikle AsCK m.80'de söz konusu fıkra ile birleştirilmelidir. Çalışmanın konusunu oluşturan suçlar, yapılması ileri sürülen düzenlemelere göre açıklanacaktır.

II. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

AsCK'nın kanunlaşma sürecindeki bir belge olarak Millî Müdafaa Encümeni mazbatasında, askerî suçların seferberlikte işlenmesinin daha vahim ve tehlikeli olması dolayısıyla AsCK m.79 ve 80'deki suçların seferberlikte ve düşman karşısında işlenmesi karşılığında daha ağır ceza öngörüldüğü ifade edilmiştir¹⁵. Anlaşılabileceği üzere, millî savunma, 1982 Anayasası m.2'de zikredilen nitelikleriyle cumhuriyetin ve devletin kaim olabilmesi, sonuç olarak da Türk milletinin¹⁶, millet olarak bu devletle varlığını devam ettirebilmesi için önemli bir kamu

¹³ H. Ümit Kardeş ve Mehmet Çıngı, *Askerî Yargıtay, Yargıtay Kararları ve Doktrin Işığında Notlu, Açıklamalı, İçtihatlı, Mezuatlı: Askerî Ceza Kanunu Şerhi II. Cilt Madde (66-91)* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2014), 444.

¹⁴ Fahrettin Demirağ, *Türk Ceza Kanununun Genel Hükümleri Işığında: Askerî Ceza Kanunu*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 272.

¹⁵ "Madde 79 (80) askerî suçların hepsinin seferberlikte yapılanları için, neticesinin daha vahim ve tehlikeli olmasından dolayı, daha ağır cezalar verilmesi kanunun esas prensiplerinden olduğu cihetle, işbu maddedeki seferberlikte ve düşman karşısında yapanların, emsali fiiller gibi daha ağır cezalarını tayin etme üzere aşağıda yazılı fıkranın tespiti tasvip olundu: 3- fiil seferberlikte yapılmışsa on seneye kadar ağır hapis, düşman karşısında yapılmışsa yapan ölüm cezası ile cezalandırılır." Bk. "Millî Müdafaa Encümeni Mazbatası", *T.B.M.M. Zabıt Ceridesi* 19, Devre: 3, İçtima: 3 (22.05.1930): 7.

¹⁶ Hukuki değerler, ancak belirli kişi(ler)e veya topluma ait olabilir. Bu itibarla, bir suçla korunun hukuki değer, bir tüzel kişiliğe yani bu suç bakımından devlete ait olması mümkün değildir. Nitekim bu doğrultuda bir suçun mağduru da ancak gerçek kişi (insan) olabilir. Bazı suçlarda, örneğin bu çalışmanın konusunu oluşturan suçlarda olduğu gibi, korunun hukuki değer topluma ait olması dolayısıyla mağduru toplum olması mümkündür. Başka bir örnek için bk. M. Emin Artuk, Ahmet

hizmetidir¹⁷. Hastalıkların bir daha çıkmaması için tüm hastanelerin kapatılmasını istemek nasıl bilimsellikten ve rasyonellikten uzaksa silahlı kuvvetlerin varlığından rahatsızlık duyulması ve silahlı kuvvetlerin olmadığı bir dünya istenilmesi, böylelikle de daha güvenli ve huzurlu bir yaşam sürüleceğinin düşünülmesi o kadar bilimsellikten ve rasyonellikten uzaktır; diğer bir ifadeyle, hayaldir. Üstelik bu hayal, sınırlarını silahlı kuvvetlerin koruduğu bir yerde kurgulanmaktadır. Anlaşılabilirliği üzere, savaş, istenilen bir durum olmamakla birlikte, başa geldiği zaman orduya ihtiyaç duyulmaktadır. Bu ihtiyacın karşılanamamasının sonu da esaret veya ölüm olmaktadır¹⁸.

Nitekim 2 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m.336 ve devamında, millî savunma kamu hizmeti bir bakanlıkla ki, Millî Savunma Bakanlığı ile ilişkilendirilmiştir¹⁹. Bu açıklamalara göre, AsCK m.79 ve 80 ile korunan hukuki değerler, millî savunma kamu hizmetinin kesintiye uğramadan, aksatılmadan yürütülmesi hususundaki toplumun menfaati olduğunun söylenmesi mümkündür²⁰.

III. KENDİNİ ASKERLİĞE YARAMAYACAK HÂLE GETİRMEK, RIZA İLE BU HÂLE GETİRTMEK VE BAŞKASINI ASKERLİĞE YARAMAYACAK HÂLE GETİRMEK SUÇLARININ UNSURLARI

Çalışma konusunu oluşturan suçların unsurları başlığı altında, öğretide tipikliğinin veya suçun maddi ve manevi unsurları olarak incelenen unsurlar ile suçun bir unsuru olarak hukuka aykırılık ele alınacaktır.

Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 1019, 1027, 1043, 1045; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023), 1105, 1106; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 1108, 1109; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023), 1075, 1076, 1083 (Bununla birlikte, yazarlar; örneğin, zimmet suçunun mağdurunun belli bir kişi olmadığı, bu itibarla da mağdursuz suç olduğu görüşündedir. Bk. Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Özel Hükümler*, 1084).

¹⁷ Millî savunma kamu hizmetinin, özel kişiler tarafından yürütülemeyen; diğer ifadeyle, devletin tekelinde olan bir kamu hizmeti olduğu yönünde bk. Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023), 598; Benzer ihtiyaçlar dolayısıyla özel bir kanun olarak askerî ceza kanunlarının kabul edildiği yönünde bk. Yavuz Erdoğan, "Hukuk Güvenliği Bağlamında Askerî Yargı -I-", *Ceza Hukuku Dergisi* 8, S. 22 (2013): 92.

¹⁸ A. Sefa Özkaya, "Kültür Tasnifi ve Türk Askerî Kültürüne Giriş", içinde: *Hunlar'dan Günümüze: Türk Askerî Kültürü* (İstanbul: Kronik Kitap, 2019), 19.

¹⁹ 2 numaralı CBK m.336 (Görev) - "(1) Millî Savunma Bakanının görev ve yetkileri: a) Millî Savunma görevlerinin siyasi, hukuki, sosyal, askerî okullardaki (harp okulları ve astsubay meslek yükseköğretim, mali ve bütçe hizmetlerini, b) Silahlı Kuvvetlerin Cumhurbaşkanınca kararlaştırılacak savunma politikaları çerçevesinde, Genelkurmay Başkanlığı tarafından tespit olunan ve Millî Savunma Bakanı tarafından onaylanan ilke, öncelik ve ana programlarına göre: ... yürütmektir."

²⁰ Demirağ, 268; Olgun Değirmenci, *Askerî Ceza ve Disiplin Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2016), 307.

Askerî suçlarla geniş anlamda korunan hukuki değerler askerî disiplin olduğu yönünde bk. Zeynel T. Kangal, *Askerî Ceza Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2012), 104.

A. MADDİ UNSURLAR

1. Hareket

AsCK m.79/1'deki kendini rızasıyla askerliğe yaramayacak hâle getirtmenin ayrı bir suç olarak maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmesi gerektiği ve suçun bu doğrultuda inceleneceği ifade edilmişti. Bu durumda, AsCK m.79/1'de düzenlenen suç, kendini kasten sakatlama veya herhangi bir suretle askerliğe yaramayacak hâle getirmek olacaktır. İlk bakışta, fıkra metnindeki *veya* bağlacı dolayısıyla suçun hareketin sayısı bakımından seçimlik hareketli bir suç olduğunun düşünülmesi mümkündür²¹. Bununla birlikte, buradaki *veya* bağlacı öncesindeki kasten sakatlama örnek kabilinden bir hareket²² olarak sayılmıştır; zira *veya* bağlacından sonra herhangi bir suretle ibaresi yer almaktadır. Buna göre, kanaatimizce, suç, hareketin sayısı bakımından tek hareketli bir suçtur. Keza önerimize göre AsCK m.79/2'de düzenlenecek olan kendini rızasıyla askerliğe yaramayacak hâle getirtme suçu da tek hareketli bir suçtur. Ayrıca yine önerimize göre, AsCK m.79/2'de kendini rızasıyla askerliğe yaramayacak hâle getirtme ile birlikte düzenlenecek olan başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirme suçu da tek hareketli bir suçtur²³.

AsCK m.79'daki suçun, hareketin şekli bakımından incelenebilmesi için öncelikle suçun sırf hareket suçu mu yoksa neticeli suç mu olduğu tespit edilmelidir. Çünkü sırf hareket suçlarında, hareketin icrai veya ihmali olduğu yönünde bir belirleme kanun koyucu tarafından yapılmamıştır. Esas itibarıyla, bu tür suçlarda, hareketin şeklinin bir önemi de bulunmamaktadır; diğer deyişle, bu tür suçlarda, icrai hareket ile ihmali hareket arasında bir fark da bulunmamaktadır. Bununla birlikte, neticeli suçlarda, suçta kanunilik ilkesinin bir gereği olarak, neticenin meydana gelmesi bakımından kişinin hangi hâllerde ihmali hareketinden dolayı sorumlu olacağı kanun koyucu tarafından açık bir şekilde belirtilmelidir. Bu belirlemenin farklı yollarla yapılması mümkündür. Örneğin 5326 numaralı Kabahatler Kanunu'nda, bu hususta, Kanun'un genel hükümler kısmında bir hüküm vazedilmiştir²⁴. Böylelikle, kişilerin hangi hâllerde ihmali hareketle bir kabaha-

²¹ Demirağ, 268; Kardeş ve Çıngı, 414; Değirmenci, 309.

²² Duran'a göre, 1111 numaralı Askerlik Kanununun 28. maddesinde, 27.07.1970 tarihli ve 1315 numaralı Kanunla değişiklik yapılmadan önce, sakatlama ve askerliğe yaramayacak hâle getirmenin ayrı anlamları vardı. Askerlik Kanunu m.28 ve Askerlik Kanunu'ndaki atıf dolayısıyla Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliği düzenlenirken her iki hâlin dikkate alınmaması dolayısıyla AsCK m.79'daki sakatlama, askerliğe yaramayacak hâle getirme ve her nevi askerî maksatlar için çalışma kabiliyetinin mahvedilmesi arasında bir kavram karmaşası ortaya çıkmıştır. Bk. Duran, 1040. Çalışmada A. Maddi Unsurlar - 2. Netice başlığı altında bu mesele ele alınmıştır.

²³ M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 325; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Serkan Meraklı, Pınar Bacaksız ve İsa Başbüyük, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023), 235.

²⁴ KabK. m.7 (Kabahatin ihmali davranışla işlenmesi) - "(1) *Kabahat, icrai veya ihmali davranışla işlenebilir. İhmali davranışla işlenmiş kabahatin varlığı için kişi açısından belli bir icrai davranışta bulunma hususunda hukukî yükümlülüğün varlığı gerekir.*"

ti işlemek dolayısıyla sorumlu olacakları noktasında, tüm kabahatler açısından geçerli genel bir hükme yer verilmiştir. Kanun koyucunun 5237 numaralı Türk Ceza Kanunu'ndaki yaklaşımı ise bu hususta tüm suçlar açısından geçerli genel bir hükme yer vermek yerine; kişinin, hangi hâllerde ihmali hareketle bir suçu işlemek dolayısıyla sorumlu olacağını özel hükümler vazedilerek belirlenmesi şeklinde olmuştur. Buna göre, TCK'da, ihmali hareketin icrai harekete eş değer kabul edildiği neticeli suçlar, m.83, m.88 ve m.94/5'te yer almaktadır. Mezkûr suçlar, garantörsel ihmali suçlar olarak da adlandırılmakta olup, bu suçlarda, kişinin, bir hareketi gerçekleştirmek hususunda bir hukuki yükümlülüğünün (garantörlüğün) varlığı aranmaktadır. Nitekim sorumluluk, hukuki yükümlülüğe uyulmamasından, bir ifadeyle, ihmali hareketten kaynaklanmaktadır. Bu suçlar dışındaki bir neticeli suçun ihmali hareketle işlenmesi dolayısıyla kişilerin ceza hukuku sorumluluğunun doğması mümkün değildir²⁵.

Açıklamalar doğrultusunda AsCK m.79/1'in ve m.79/2'nin önerilen hâline bakıldığında, burada birer neticeli suçun var olduğu ve bu suçların, ihmali hareketle işlenmesi hâlinde sorumluluk doğacağı kanun koyucu tarafından açık bir şekilde belirtilmediği için, yalnızca icrai bir hareketle işlenebileceği söylenmelidir²⁶. Bu durumda, AsCK m.79/2'de, kendini rızasıyla askerliğe yaramayacak hâle getirtme ile birlikte düzenlenecek olan, başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirmenin de yalnızca icrai bir hareketle işlenebilecek suç olduğunun söylenmesi mümkündür.

AsCK m.79'un yürürlükte olan hâlinde, veya bağlacı dolayısıyla suçun, ilk bakışta, hareketin önemi bakımından seçimlik hareketli bir suç olduğunun düşünülmesinin mümkün olacağına işaret edilmişti. Bununla birlikte, başka bir kanıt ileri sürülmesine gerek olmaksızın, kanun koyucu tarafından veya herhangi bir suretle ibaresinin kullanılmış olması söz konusudur. Maddenin birinci fıkrasındaki söz konusu ibare, serbest hareketli bir suça işaret etmektedir²⁷. Bu nedenle, kanaatimizce örnek kabilinden zikredilen kasten sakatlayan ibaresi de metinden çıkarılarak, AsCK m.79/1'in ilk fıkrasında suçun kanuni tanımı, suçta kanunilik

²⁵ Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 398, 399, s. 399 dn. 1220; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 149; Rahime Erbaş, *Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 147, 148, 149; Fatih Yurtlu, *İhmali Suçlar*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 174, 175, 198, 386 (Bununla birlikte, öğretilde Yurtlu, TCK m.83'ten geniş ölçüde yararlanılarak, TCK'nın genel hükümler kitabında suçun ihmali hareketle işlenmesine ilişkin bir hüküm vazedilmesinin isabetli olacağını ifade etmektedir. Bk. Yurtlu, 386). Esasen kanun koyucu, bu suçlarda, ihmali hareketin hangi hâllerde icrai harekete eş değer olacağını, TCK m.83/2'de belirtmiştir: TCK m.83/2 - "(2) İhmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için, kişinin; a) Belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması, b) Önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması, gerekir." Bk. Erbaş, 306.

²⁶ Duran, 1034.

²⁷ Kangal, 96.

ilkesinin icapları bakımından yapılacak açıklamalarımızın saklı kalması kaydıyla, kendisini askerliğe yaramayacak hâle getiren şeklinde yapılmalıdır. AsCK m.79'da birlikte düzenlenmesi gerektiği ifade edilen kendini rızasıyla askerliğe yaramayacak hâle getirtme ile başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirme suçları da hareketin önemi bakımından serbest hareketli suçlardır. Çünkü rıza açıklamasının herhangi bir şekilde yapılması mümkün olduğu gibi, asker kişinin, herhangi bir hareketle askerliğe yaramayacak hâle getirilmesi mümkündür²⁸.

Son olarak, AsCK m.79/1'de düzenlenecek olan kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme suçu, hareketin icrasının veya neticenin devam edip etmemesine göre değerlendirildiğinde, bu suçun, keza m.79'da düzenlenecek olan kendini rızasıyla askerliğe yaramayacak hâle getirtme ve başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirme suçlarının ani suç olduğu söylenmelidir. Her iki fıkradaki suçlarda da hareketin icrasının devam etmemesinin yanı sıra, kişinin askerliğe yaramayacak hâle gelmesi veya suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâli olarak düzenlenen fiilin her nevi askerî maksatlar için çalışmak kabiliyetini mahvetmesi neticesi, hareketin işlenmesinden daha sonra da meydana gelebilecek olmakla birlikte, bu neticeler de devam etmemekte, bir kez meydana gelmektedir²⁹.

2. Netice

AsCK m.79'un başlığında kendisini askerliğe yaramayacak hâle getirenlerin cezası, m.80'in başlığında ise başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirenlerin cezası ifadesi bulunmaktadır. Buna göre, kanun koyucu yalnızca bu suçları oluşturan hareketleri değil, bu hareketlerin dış dünyada meydana getireceği değişiklik olarak kişinin kendini askerliğe yaramayacak hâle getirmesini veya rızasıyla bu hâle getirtmesini ve başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirmeyi de yasaklamak istemiştir. Kanun koyucunun hareketle birlikte yasaklamak istediği bu hususlar netice unsuru olup, her iki maddenin, madde metinlerinde de zikredilmiştir³⁰. Suç tipinde ayrı bir netice unsuruna yer verildiğine göre, AsCK m.79/1'deki suç, neticeli bir suçtur. Keza AsCK m.80'de düzenlenmiş olmakla birlikte, m.79'da kendini rızasıyla askerliğe yaramayacak hâle getirtme ile birlikte düzenlenmesi gerektiğini belirttiğimiz başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirme de kişinin askerliğe yaramayacak hâle gelmesi neticesi arandığı için neticeli bir suçtur³¹.

Kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme veya kişinin rızası ile başkası tarafından askerliğe yaramayacak hâle getirilmesi ve aynı zamanda başkasını

²⁸ Duran, 1034.

²⁹ Duran, 1035.

³⁰ Öztekin Tosun, *Suç Hukuku El Kitabı*, (İstanbul: Ar Basım Yayım Dağıtım, 1982), 118.

³¹ Duran, 1036. Kanun koyucunun suçun kanuni tanımında, suçun oluşabilmesi için ayrıca bir neticeyi arandığı suçların neticeli suç olduğu yönünde bk. Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükmeler Dersleri*, (Ankara: Adalet Yayıncılık, 2023), 262; Murat Volkan Dülger, *Ceza Hukuku Genel Hükmeler*, (İstanbul, Hukuk Akademisi Yayıncılık, 2021), 309: 10.293.

askerliğe yaramayacak hâle getirme neticeleri için askerliğe yaramayacak hâle gelmenin anlamının tespit edilmesi gerekmektedir. Konu ile ilgili olarak mülga 1111 numaralı Askerlik Kanunu'nun askerlik yükümlülüğüne tabi tutulma ve bu yükümlülüğün nasıl yerine getirilmiş sayılacağına dair esasların düzenlendiği 10. maddesinde, *Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliğine göre bedeni kabiliyeti askerliğe elverişli olmayanların askerlik hizmetinden muaf tutulacakları* hükmü, 28. maddesinde ise *yoklamaları yapılanların, askerliğe elverişli olanlar veya askerliğe elverişli olmayanlar olarak ikiye ayrılacakları ve askerliğe elverişli olmayanların asker edilmeyecekleri* hükmü yer almaktaydı. 1111 numaralı Kanun'un 10. maddesinde de böylelikle Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliğine atıf yapılmaktaydı. 1111 numaralı Askerlik Kanunu, 7179 numaralı Askerlik Kanunu m.63/1 ile yürürlükten kaldırılmıştır³². Suça ilişkin düzenleme hâlen yürürlükte olduğuna göre, netice unsuru olarak düzenlenen hususların anlamının da yürürlükte olan mevzuata göre tespit edilmesi gerekmektedir. Buna göre, inceleme, 7179 numaralı Kanun doğrultusunda yapılmalıdır.

7179 numaralı Kanun'da yükümlülerin³³ sağlık muayenesi ve onay işlemlerine ilişkin olarak 15. maddede düzenleme bulunmaktadır. 16. maddede ise yoklaması yapılanların; askerliğe elverişli olanlar, geçici rahatsızlığı bulunanlar ve askerliğe elverişli olmayanlar olarak ayrılacağı, askerliğe elverişli olmayanların ise silahlı altına alınmayacağı ifade edilmiştir. Yükümlülerin sağlık muayenesi ve onay işlemlerinin düzenlendiği 15. maddede, Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı Sağlık Yeteneği Yönetmeliğine atıf yapılmıştır (7179 numaralı Kanun m.15/1). Yönetmeliğin 5. maddesinde, askerlik çağına giren yükümlülerin, yoklamaları sonucunda; askerliğe elverişli olanlar ve askerliğe elverişli olmayanlar olmak üzere iki gruba ayrılacağı; askerliğe elverişli olmayanların ise hastalıkları, Hastalıklar Listesinin (B) ve (D) dilimlerine girenler olduğu ifade edilmiştir. Önemle belirtmelidir ki, Yönetmeliğin 3. maddesinde, hastalıklar listesinin kullanımına ilişkin açıklamaların, hastalıklar listesi ile birlikte Yönetmelik ekinde yer aldığı hükmü bulunmaktadır³⁴.

Kanaatimizce madde metinlerindeki kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme, rızasıyla bu hâle getirme veya başkasını bu hâle getirme ifadelerinin

³² 7179 numaralı Askerlik Kanunu m.63/1 - "(1) 21/6/1927 tarihli ve 1111 sayılı Askerlik Kanunu ... yürürlükten kaldırılmıştır."

³³ 7179 numaralı Kanun m.3/1-j'ye göre, yükümlüden anlaşılması gereken, askerlik hizmetini bu Kanun hükümleri gereğince yerine getirmek veya yerine getirmiş sayılmak zorunda olan erkek Türk vatandaşlarıdır.

³⁴ Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı Sağlık Yeteneği Yönetmeliği m.3 - "(1) Bu Yönetmeliğe bağlı ekler şunlardır: a) 17 ve Üzeri Yaş İçin Boy ve Ağırlık Sınırları Tablosu (EK-A). b) Hastalıklar Listesi ve Sınıflandırma veya Branş Belirleme Çizelgelerinin Kullanımına İlişkin Açıklamalar (EK-B). c) Hastalıklar Listesi (EK-C). ç) Sınıflandırma veya Branş Belirleme Çizelgeleri (EK-Ç). d) Personel Adaylarının Hastalıklara Göre Değerlendirme Çizelgesi (EK-D)."

yani suçun kanuni tanımındaki bir unsurun anlamının açık olmaması, belirlilik ilkesine ve dolayısıyla suçta kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Gerçi bu hususta yönetmelikte ayrıntılı düzenleme olduğu, her iki unsurun anlamının bu düzenlemelere göre açıkça belli olduğu ifade edilebilir. Bununla birlikte, suçta kanunilik ilkesi açısından zaten sorun teşkil eden husus, bunların anlamının kanun koyucu tarafından kanunda gösterilmemiş olmasıdır. Uygulayıcının, somut olay açısından yönetmelikteki hükümleri dikkate alması gerekmediği gibi, zaten dikkate almaması da gerekmektedir³⁵.

3. Fail

AsCK m.79'daki suçun fail unsurunun, 24.06.2021 tarihli ve 7329 numaralı Kanun m.1 ile AsCK'ya eklenen 11. maddeden önceki ve sonraki dönem şeklinde ikiye ayrılarak incelenmesi gerekmektedir. Zikredilen ek maddeden önceki dönemde, AsCK m.79'daki suçun, sırf askerî suçlardan olmadığı, askerî suç benzeri olduğu ifade edilmiştir. Bu itibarla, suç, faili bakımından, herkes tarafından işlenebilen suç şeklinde kabul edilmiştir³⁶.

7329 numaralı Kanun m.1 ile AsCK'ya eklenen Ek Madde 11'in ikinci fıkrasında³⁷, sırf askerî suçun tanımı yapılmış ve AsCK'daki hangi suçların sırf askerî suç olduğu, bunların düzenlendiği maddelerle birlikte tek tek sayılarak gösterilmiştir. AsCK m.79 da Ek Madde 11/2'de zikredilen hükümlerden biridir. Buna göre, AsCK m.79'daki suç, artık sırf askerî suç niteliğindedir³⁸. AsCK Ek Madde 11/2'deki sırf askerî suçun tanımında, asker kişiler tarafından işlenen ibaresi yer almaktadır. Asker kişiler ibaresi, bu suçun işlenmesi bakımından bir özel faillik vas-

³⁵ Böylece meselenin Duran'ın o dönem için ifade ettiği gibi, sakatlama ve askerliğe yaramayacak hâle getirme ile her nevi askerî maksatlar için çalışma kabiliyetini mahvetme arasında bir kavram karmaşası olması değil, bu kavramların anlamlarının Kanun'da düzenlenmemesi olduğunu düşünmekteyiz. Kanun'da sakatlamanın anlamı belirtilmediği müddetçe sakatlamanın, askerliğe yaramayacak hâle getirilmeden farklı olduğu değil, ancak bunun bir şekli olduğu düşünülebilir. Bu bağlamda, yukarıda hareket başlığı altında, sakatlamanın örnek kabilinden zikredildiği ifade edilmiştir. Duran'ın bu husustaki görüşleri için bk. Duran, 1039, 1040. Uygulamada ise meselenin, AsCK m.79/1 ile m.79/2'nin aynı hâlleri kapsar şekle dönüştüğü gerekçesiyle, fiilin, ceza bakımından lehe olan AsCK m.79/1'deki suçu teşkil ettiği kabul edilerek çözümlenmesi yoluna gidilmiştir. Ergül, 34.

³⁶ Değirmenci, 309; Kardeş ve Çıngı, 414; Cihan Koç, *Notlu - Açıklamalı - İçtihatlı - Örnekli Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği & Askerî Ceza Kanunu & Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu & Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat*, (Ankara: yayınevi yok, 2019), 421.

³⁷ 7329 numaralı Askerî Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.1 hükmü, şu şekildedir: "22/5/1930 tarihli ve 1632 sayılı Askerî Ceza Kanununa aşağıdaki ek maddede eklenmiştir. // "Askerî suçlar ile sırf askerî suçlar: EK MADDE 11 - Bu Kanunda düzenlenen suçlar ile asker kişilerin askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlar, askerî suçtur. // Bu Kanunda düzenlenen ve asker kişiler tarafından işlenen 60 ıncı, 62 nci, 65 inci, 66 nci, 67 nci, 68 inci, 70 inci, 79 uncu, 81 inci, 82 nci, 85 inci, 87 nci, 88 inci, 89 uncu, 90 ıncı, 91 inci, 97 nci, 98 inci, 100 üncü, 101 inci, 102 nci ve 136 nci maddelerinde düzenlenen suçlar, sırf askerî suçtur."

³⁸ Demirağ, 268.

fının aranması demektir. Bu da AsCK m.79'daki suçun faili bakımından artık özgü suç olduğunun kabul edilmesini gerektirmektedir³⁹. Ayrıca belirtilmelidir ki, kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme, faili bakımından bizzat işlenebilen suç da niteliğindedir. Bununla birlikte, özgü suç bağlamında, bir özel vasıf olarak asker kişilerden kimlerin AsCK m.79'daki suçun faili olabileceği de ayrıca tartışılmalıdır.

Öncelikle mevzuata bakıldığında, AsCK m.3/1'de askerî şahıs şeklinde bir tanımın yapıldığı görülmektedir. Buna göre, “*Askerî şahıslar; Mareşalden asteğmene kadar subaylar, astsubaylar, Millî Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personel, uzman jandarma, uzman erbaş, sözleşmeli erbaş ve er, erbaş ve erler ile askerî öğrencilerdir.*” (AsCK m.3/1). Ayrıca AsCK m.4'te, ihtiyat askerî şahıs tabiri bulunmakta; ihtiyat askerî şahısların askerî hizmette buldukları müddetçe bu kanun hükümlerine tabi olduğu ifade edilmektedir. Keza 211 numaralı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu m.2/2'de de bir asker (kişi) tanımlaması bulunmaktadır. Bu hükme göre de “*Asker: Askerlik mükellefiyeti altına giren şahıslarla (Erbaş ve erler) özel kanunlarla Silahlı Kuvvetlere intisabeden ve resmî bir kıyafet taşıyan şahsa denir.*” (TSK İç Hizmet Kanunu m.2/2). Kanaatimizce AsCK'daki bir suça ilişkin değerlendirme yapıldığına göre, esas alınması gereken, birlik açısından mevzuatta aynı tanımın kullanılması yönündeki görüşümüzü saklı tutarak, AsCK'daki asker kişi (askerî şahıs) tanımlamasıdır. Bununla birlikte, AsCK m.79'daki suç açısından özel bir durum olarak, yalnızca sivil personel haricindeki asker kişilerin bu suçun faili olabileceği telakki edilmektedir. Bunun için de AsCK'ya, TSK İç Hizmet Kanunu m.2/1'de yer alan “*Askerlik: Harp sanatını öğrenmek ve yapmak mükellefiyettir.*” şeklindeki bir tanım, aynı zamanda suçta kanunilik ilkesinin de bir gereği olarak eklenmelidir.

AsCK Ek Madde 11/2'de sayılan sırf askerî suçlara ilişkin maddeler arasında, AsCK m.80 bulunmamaktadır. Bu durumda, AsCK m.80'deki suçun, faili bakımından, herkes tarafından işlenebilen suç olduğunun söylenmesi mümkündür.

4. Mağdur

Suçla korunan hukuki değer başlığı altında da belirtildiği üzere, suçun işlenmesiyle, askerliğin icaplarının yerine getirilememesine ve millî savunma kamu hizmetinin aksamasına neden olunmaktadır. Bu durumda AsCK m.79'da birlikte düzenlenmesi gerektiği belirtilen, kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme ile (rıza gösteren) başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirme (AsCK m.80) suçlarının mağduru, toplumdur⁴⁰.

³⁹ Demirağ, 269. TCK m.40/2'ye göre, “(2) *Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. ...*”. Özgü suçun anlamı için ayrıca bk. Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021), 307, 561; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020), 238, 239, 511; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler: TCK m.1-75* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019), 189.

⁴⁰ Suçun mağdurunun devlet olduğu yönünde bk. Değirmenci, 310; Duran, 1039.

5. Konu

Suçun mağduru toplum olduğuna ve kendini askerliğe yaramayacak hâle getiren veya rıza ile bu hâle getiren kişi, suçun mağduru olmadığına göre⁴¹, konunun, askerliğe yaramayacak hâle gelen veya getirilen kişinin vücudu olduğunun söylenmesi isabetli olmayacaktır. Çünkü mağdur, suçun konusunun ait olduğu gerçek kişidir⁴². Kanaatimizce bu suçlarda, konu, askerlik hizmetinin icapları ve millî savunma kamu hizmetidir.

6. Kendini Askerliğe Yaramayacak Hâle Getirmek, Rıza ile Bu Hâle Getirtmek ve Başkasını Askerliğe Yaramayacak Hâle Getirmek Suçlarının Nitelikli Hâlleri

a. Özel Nitelikli Hâller

AsCK m.79/1'deki suçun temel hâlinin yaptırımı, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası iken, m.79/3'te, suçun seferberlikte işlenmesi hâlinde yaptırım on yıl ağır hapis, düşman karşısında işlenmesi hâlinde ise yaptırım ölüm cezası olarak öngörülmüştür. Yaptırım ile ilgili açıklamaları aşağıda ayrı bir başlık altında yapacağımız için burada yalnızca nitelikli hâllerin anlamları üzerinde durulacaktır. AsCK m.8'de seferberlik şu şekilde açıklanmıştır: “1 - Sefer tabiri harb hâlini ihtiva eden seferberliktir. 2 - Seferberlik, ordunun veya bazı kısımlarının seferber olmasını amir olan emirde yazılı ve muayyen tarihten başlayarak ilgasını mübeyyin neşrolunan emirde yazılan tarihte biten hâldir. 3 - Hazarda Türkiye Cumhuriyeti hudut ve kara suları dışında yalnız dahi seyri hareket eden her harb tayyare ve harb gemisi üssülharekelerinden birine varıncaya kadar bu kanunun tatbikatında seferber sayılır.” AsCK m.9'da düşman karşısı ibaresi ise şu şekilde açıklanmıştır: “Seferberlikte düşman ile müsademeyi intizaren emniyet hizmetleri tatbik ve ifa olunmağa başladığı zamandan itibaren bu müsademeye memur kıta, gemi, tayyare düşman karşısında sayılır.” Yine AsCK m.10'da ise “Silahlı eşkiya düşman sayılır.” hükmü yer almaktadır.

b. Genel Nitelikli Hâller

1632 numaralı Askerî Ceza Kanunu'nun Birinci Kitap (Askerî suçlar ve kabahatler ve cezalar) İkinci Bap (Cezalar) Sekizinci Fasılların başlığı müşterek hükümler şeklindedir. Bu fasılda yer alan 51. maddede, daha ağır cezayı gerektiren bir genel nitelikli hâl düzenlenmiştir. Buna göre; “Bu kanunda hususi bir hüküm tayin edilmemiş oldukça aşağıdaki hâller her hâlde cezanın arttırılmasını muciptir. // A) Madunlarla birlikte bir suçu yapmak veya madunların bir suçuna iştirak etmek; // B) Suç silahın veya resmî nüfuz ve salahiyetin suistimali suretiyle hizmetin ifası esnasında yapılmak; // C) Suç müteaddit şahıslar tarafından toplu olarak veya herkesin gözü önünde birlikte işlenmek⁴³.”

⁴¹ Değirmenci, 310.

⁴² Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 383, 384; Özgenç, 226.

⁴³ AsCK m.51/A'daki madun, ast anlamına gelmektedir. TSK İç Hizmet Kanunu m.10/2'ye göre; ast, üstün rütbece veya kıdemce aşağısında bulunan kimsedir. AsCK m.51/B'deki silah ibaresi,

B. MANEVİ UNSUR

AsCK m.79/1'de düzenlenmiş olan kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme suçu, kasten işlenebilecek bir suç niteliğindedir. Bununla birlikte, 2017 yılındaki Anayasa değişikliği ile Askerî Yargıtay kaldırılmadan önce Askerî Yargıtay'ın içtihatlarında, keza Askerî Yargıtay dairelerinin içtihatlarında ve o dönem için öğretide, bu suç için genel kastın yanı sıra özel kastın da aranacağı ifade edilmiştir⁴⁴.

AsCK'da tanımlanmamıştır. Öğretide silahın, orduda kullanılması olağan olan kesici, patlayıcı ve ateşli silahlar olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Aynı hükümdeki hizmet, TSK İç Hizmet Kanunu m.6'ya göre; kanunlarla nizamlarda yapılması veyahut yapılmaması yazılmış olan hususlarla, amir tarafından yazılı veya sözle emredilen veya yasak edilen işlerdir. Bununla birlikte, TSK İç Hizmet Kanunu m.14/1'de astın, kanun ve nizamlarda gösterilen hâllerde de üstlerine mutlak itaate mecbur olduğu; bu bağlamda, örneğin, aynı Kanun m.24'e göre, disipline aykırı gördüğü her hâle müdahaleye ve emir vermeye her üst görevli olduğu için hizmet ilişkisi de AsCK'da tanımlanmamıştır. O dönemde Askerî Yargıtay'ın bazı içtihatlarında en az üç kişinin fiili gerçekleştirilmesi hâlinde müteaddit şahıslar tarafından suçun işlenmiş olacağı kabul edilmiştir. Genel nitelikli hâllerle ilgili daha ayrıntılı açıklamalar için bk. Sahir Erman, *Askerî Ceza Hukuku: Umumi Kısım ve Usul*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1963), 154-161; Değirmenci, 145-153; Erman, 105-108. Kanaatimizce suçta kanunilik ilkesi açısından AsCK'da anlamı açıklanmamış ibarelerin, AsCK'da tanımlanması gerekmektedir.

⁴⁴ Demirağ, 269; Kardeş ve Çıngı, 415, 416, 417; Koç, 422 (Failin, bu suç için kendisini askerliğe yaramayacak hâle getirmek/getirtmek özel kastı ile hareket ettiğinin de hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek şekilde araştırılması gerekir. Koç, 422); Değirmenci, 311; Ergül, 32. "... Suçun manevî unsuru için genel kast yetmemekte, yerleşik Askerî Yargıtay kararlarında vurgulandığı gibi, sanıkların kendilerini askerliğe yaramayacak hâle getirme özel kastı ile hareket ettiklerinin, kuşkuyla yer vermeyecek şekilde anlaşılması gerekmektedir." AsY3.D, 03.05.2055, E. 2005/0524, K. 2005/0520; "AsCK'nın 79'uncu maddesinde düzenlenen "Kendini Askerliğe Yaramayacak Hâle Getirmek" suçunun oluşabilmesi için sanığın, askerlikten kurtulmak özel kastı ile kendisini sakatlaması veya herhangi bir biçimde askerliğe yaramayacak hâle getirmesi gerekmektedir. Askerlikten kurtulmak özel kastı ile olmayan yaşama son vermeye yönelik eylemler veya dikkatsizlik ve tedbirsizlik sonucu olan yaralanmalarda bu suç oluşmaz. ..." AsY1.D, 19.03.2008, E. 2008/831, K. 2008/828; "... sanığın olaydan sonra kendisini ayağından vurduğunu söyleyerek bu olaydan dolayı ne kadar izin verileceğini sorması (tanık E.T.'nin beyanı) hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanığın askerlikten kurtulmak özel kastıyla hareket ederek kendisini elverişli vasıta ile yaraladığı ..." AsY1.D, 25.06.2008, E. 2008/1956, K. 2008/1955, Koç, 423, 425'ten naklen; "... Özel kastın belirlenebilmesi için somut olayın bütün özellikleri, failin geçmiş, hazırlık hareketleri, sağlık durumu, failin işleniş şekli, yaralanmanın yeri, mahiyeti ve sair tüm hususlar göz önünde bulundurulmalıdır. // Sanığın olay anındaki tepkileri ve içinde bulunduğu ruh hâli ile eylem safhaları birlikte değerlendirilerek öze kastın varlığına ulaşmak gerekir. Sanığın olay öncesinde askerlikten hoşnut olup olmadığı, kendisini vurduğu bölgenin özellikleri, olay sonrasındaki tavırları, özel kastı bulunup bulunmadığının belirlenmesinde etkili olacaktır. ..." AsYDai.Kr1, 21.03.2013, E. 2013/33, K. 2013/30, Değirmenci, 311, 312, dn. 125'ten naklen.

İfade edilmelidir ki, 2017 yılından sonraki süreçte, AsCK m.79'daki suçla ilgili olarak, adli yargılamadaki mercilere ait tespit edebildiğimiz iki içtihat bulunmaktadır. Bu içtihatların birinde, AsCK m.79'daki suç için özel kastın aranacağı belirtilmiştir. "Bir an için atılı suçun maddi unsuru itibarıyla oluşturduğu düşünülebilir ise de; sanığın aşamalarda tespit olunan, birbiriyle tam bir uyum gösteren savunmalarında ve istinaf dilekçesinde ısrarla, olay tarihinde şu an imam nikahlı olduğu kız arkadaşının ailesinin kendisinden ayrılmasını istediklerini söylemesi üzerine kendini kaybettiğini, ne yaptığını bilmez şekilde kendisine zarar verdiğini, kendini askerliğe elverişsiz hale getirmek kastının bulunmadığını, psikiyatrik tedavi gördüğünü beyan etmiş olması, askerlik hizmeti süresince psikolojik rahatsızlığı nedeniyle bir çok kez tedavi görmüş ve kendisine "Uyum bozuklukları" tanısı konulmuş olması, danışma özet formunda, kolda sigara ve jilet izleri bulunduğu, kendine

Belirtilmelidir ki, suçta kanunilik ilkesi gereğince suçun kanuni tanımında açıkça aranmamış bir unsurun mahkeme içtihatları ile aranması isabetli değildir⁴⁵. Öyle değerlendirmiyoruz ki, o dönem için Askerî Yargıtay'ı ve öğretiyi bu yönde içtihatla bulunmaya, görüş ileri sürmeye sevk eden husus, hükümde *kasten* ibaresinin kullanılmış olması ve o dönem için genel kast-özel kast ayrımının yapıyor olmasıdır. Bununla birlikte, örneğin AsCK m.79/1'deki *kasten* ibaresinin yerine amaç ibaresi ikame edildiğinde anlamlı bir ifade ortaya çıkmamaktadır. Buna karşılık, örneğin, AsCK m.81/1'deki *kasten* ibaresi, o dönem için özel kast olarak adlandırılan amaç unsuruna işaret etmektedir; çünkü bu hükümdeki *kastıyla* ibaresinin yerine *amacıyla* ibaresi ikame edildiğinde anlamlı bir ifade ortaya çıkmaktadır⁴⁶. Kanaatimizce hükümdeki *kasten* ibaresi, tipikliğin işleniş şekillerinden biri olarak kasta işaret etmektedir. Aksi takdirde, örneğin TCK'daki *kasten* ibaresinin kullanıldığı her suç tanımında, amaç veya saik arandığı şeklinde isabetli olmayan bir sonuca ulaşılabilecektir. Bununla birlikte, içtima sorununun da çözümlenmesine sağlayacağı katkı dolayısıyla AsCK m.79'da düzenlenecek suçlar için amaç unsurunun aranması gerektiğini telakki etmekteyiz⁴⁷.

Manevi unsur başlığı altında, AsCK m.79/2'deki düzenleme dolayısıyla neticesi sebebiyle ağırlaşmış suça da değinilmesi gerekir. AsCK m.79/2'ye göre, "*Füil her nevi askerî maksatlar için çalışmak kabiliyetini mahvetmiş ise suçlu yedi seneye kadar ağır hapis ile cezalandırılır.*" Öncelikle belirtilmelidir ki, hükümdeki, *her nevi askerî maksatlar* ibaresi, açık değildir; bu itibarla da belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Burada yine mezkûr ibarenin anlamı için Yönetmeliğe bakılacağı ileri sürülebilir. Bununla birlikte, suçta kanunilik ilkesinin icapları bakımından, düzenlemenin kanunda açık ve seçik bir şekilde yapılması gerekmektedir. İkinci olarak, burada suçun nitelikli hâline ilişkin bir düzenleme değil, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç düzenlemesi bulunmaktadır. Kanun koyucunun iradesine göre,

zarar verici davranışlarda bulunmakta ve bunları sürdürmeye meyilli olduğu yönünden tespitler bulunması birlikte değerlendirildiğinde, dosya içeriğine göre anti- sosyal kişilik yapısında olduğu anlaşılan sanığın askerlikten kısmen ve tamamen kurtulmak "özel kastıyla" hareket ettiğini söylemenin mümkün olmadığı, en azından dosya kapsamına göre bu hususun şüpheli kaldığı, şüphenin sanık lehine yorumlanması gerektiği ceza hukuku genel prensibinden hareketle atılı suçun manevi unsur itibarıyla da oluşmadığı sonucuna varılmıştır." AnkaraBAM9.CD, 05.02.2019, E. 2018/7990, K. 2019/769 (İçtihat, Lexpera (Hukuk) veri tabanından alınmıştır.).

⁴⁵ Burada ceza hukuku sorumluluğunun alanını daraltması dolayısıyla söz konusu içtihadın, suçta kanunilik ilkesi ile çelişmediği görüşünün de ileri sürülmesi mümkündür. Bununla birlikte, öğretilerde Baytaz'ın ifade ettiği gibi, suçta kanunilik ilkesinin sonuçlarından biri olan belirlilik ilkesi, suçun maddi unsurlarının kanunda açıkça düzenlenmesini gerektirmektedir. Bk. Abdullah Batuhan Baytaz, *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 74, 75.

⁴⁶ Bu bağlamda, AsCK m.81'deki suçta da özel kast aranacağı ifade edilmiştir. Koç, 430.

⁴⁷ 5237 numaralı TCK'da genel kast-özel kast ayrımının terk edilmiş olması dolayısıyla suçun kanuni tanımında tipikliğin bir manevi unsuru olarak amaç ibaresinin kullanılması gerekmektedir. Özgenc, 302. Bu durumda, suç ancak doğrudan kast ile işlenebilecek, olası kastla işlenemeyecektir. Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 419.

suçta kanunilik ilkesine ilişkin açıklamalarımız yine saklı kalmak kaydıyla, kastedilenden daha ağır neticenin doğması söz konusudur. Bu nedenle, hüküm, suçta kanunilik ilkesinin icaplarına uygun hâle getirildiği takdirde, yine neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç düzenlemesi olursa TCK m.23'teki neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç için var olan hüküm, bu suç açısından da uygulanacaktır⁴⁸.

C. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

AsCK m.79/2'de düzenlenmesi gerektiği ifade edilen rıza ile kendisinin askerliğe yaramayacak hâle getirilmesi suçunda, zaten rıza göstermek cezalandırıldığına göre, bu suç açısından ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeninin geçerli olması mümkün değildir⁴⁹. Keza, AsCK m.79'daki düzenlenecek olan ve suç teşkil eden fiilleri, suç olmaktan çıkarıp, hukuka uygun hâle getirecek bir hukuka uygunluk nedeni de bulunmamaktadır⁵⁰.

IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. TEŞEBBÜS

Neticeli bir suç olması itibarıyla, AsCK m.79'da düzenlenecek olan suçlara teşebbüs mümkündür. Kaldırılmasından önceki dönemde Askerî Yargıtay tarafından verilen içtihatlarda da suçta teşebbüsün mümkün olduğu ifade edilmiştir⁵¹.

⁴⁸ Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 146. Aksi yönde incelemeler için bk. Değirmenci, 310; Demirağ, 269; Duran, 1039 (Öğretide Duran, bu düzenlemeyi, netice nedeniyle cezanın ağırlaştırılmış hâli başlığı altında incelemektedir.).

TCK m.23 - "(1) Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi hâlinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir."

⁴⁹ Duran, 1049.

⁵⁰ Örneğin kişinin tedavi maksadıyla gerçekleştirilen bir müdahale sonucunda askerliğe yaramayacak hâle gelmesi meselesinin hukuka aykırılık başlığı altında değil, tipikliğin manevi unsuru başlığı altında incelenmesi gerektiğini; bu bağlamda, suç tipine eklenecek saik unsuruyla bu tür meselelerin çözülebileceğini telakki etmekteyiz.

⁵¹ Demirağ, 79; Kardeş ve Çıngı, 417. "Nöbete gitmekte olan sanığın tüfeğin kurma kolunu çekip bırakarak tam dolduruşa getirdiği ve tüfeğin patlaması sonucu sol el avuç içinden yaralandığı, 20 gün hastanede kaldığı, ancak askerliğe elverişsiz hâle gelmediği, böylece sanığın hizmetten ayrı kaldığı süre nazara alındığında "kısmen askerliğe elverişsiz hâle geldiği" bu nedenle suçun teşebbüs hâlinde kaldığını kabul etmek gereklidir." AsY3.D, 09.01.2001, E. 2001/57, K. 2001/48; "Önceden yaptıkları anlaşma sonrasında aynı birlikte görev yaptığı dört arkadaşının kollarını değişik tarihlerde sert bir cisimle vurmak suretiyle kıran ve onların hava değişimine gitmelerini sağlayan sanığın eylemi, müteaddit olarak başkalarını askerliğe elverişsiz hâle getirmeye tam teşebbüs suçunu oluşturur." AsY4.D, 30.03.2004, E. 2004/378, K. 2004/404; "G-3 Piyade Tüfeğini tam dolduruş konumuna getirerek kendisini sol el avuç içinden yaralayan, muayene ve tedavileri sonucunda kati raporlarında, hayatı tehlike geçirmediği, 15 gün iş ve güçten kalacak şekilde yaralandığı, uzuv, zaaf ve tadili bulunmadığı ve askerliğe elverişli olduğu tespit edilen sanığın eylemi Kendini Askerliğe Elverişsiz Hâle Getirmeye Teşebbüs Etmek" suçunu oluşturur." AsY1.D, 04.07.2007, E. 2007/1426, K. 2007/1423, Koç, 423, 424'ten naklen.

İfade edilmelidir ki, 2017 yılından sonraki süreçte, AsCK m.79'daki suçla ilgili olarak, adli yargılamadaki mercilere ait tespit edebildiğimiz iki içtihat bulunmaktadır. Bu içtihatlardan birinde, bu suçun işlenmesine elverişli vasitanın kullanılmamasından bahisle suçta teşebbüs tartışılmamış ve

B. İŞTİRAK

AsCK m.79'daki suç, artık bir sırf askerî suç olması itibarıyla özgü suç olmakla birlikte, aynı zamanda bizzat işlenebilen suçtur. Bu durumda, suça iştirakin türü ancak azmettirme veya yardım eden yani şeriklik olabilecektir⁵². AsCK m.79/2'de birlikte düzenlenmesi gerektiği belirtilen rızası ile kendisini askerliğe yaramayacak hâle getirme ve rızası olan kişiyi bu hâle getirme suçunda, başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirme suçunu işleyen kişinin ceza hukuku sorumluluğunun veya diğer deyişle suça iştirak türünün ayrıca tartışılması gerekmektedir. Belirtilmelidir ki, rızası olmaksızın başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirme fiilini işleyen kişinin, AsCK m.80'deki suç dolayısıyla fail olarak sorumlu tutulacağına kabulü, yukarıda işaret edilen içtima sorununu ortaya çıkaracaktır. Bu nedenle, AsCK m.80'deki düzenlemenin, AsCK m.79'da, kendisinin askerliğe yaramayacak hâle getirilmesine rıza gösteren kişinin fiili ile birlikte suç olarak düzenlenmesi gerektiğine işaret edilmişti. Böyle bir düzenleme yapılması hâlinde de başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirenin, buna rıza gösterenin suçuna yardım eden sıfatıyla mı iştirak ettiği yoksa artık bir çok failli suçun mu var olduğu da tartışılmalıdır. Kanaatimizce başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirenin ceza hukuku sorumluluğu, buna rıza gösterenin suçuna yardım eden sıfatıyla iştiraktan belirlenecek olsa, kanunda ayrı bir hükümlerle bunun gösterilmesine gerek olmazdı; çünkü yardım edenin ceza hukuku sorumluluğu TCK'da bir genel hükümlerle düzenlenmiştir⁵³. Bu nedenle, rızasıyla kendini askerliğe yaramayacak hâle getirenin ile rıza göstereni askerliğe yaramayacak hâle getirme, karşı-

failin sorumluluğu yoluna gidilmemiştir. "Olay günü, sanığın "sol eline aldığı demir parçası ile bez sardığı sağ elinin serçe parmağına vurup şişmesine sebebiyet vermek" şeklindeki eylemi sonrasında sırasıyla sevk edildiği Birlik reviri ve GATA Hastanesinde istirahat raporu tanzim edilmemiş, keza sanığın eylemi gerçekleştirdiği demir parçasının olaydan sonra bulunmamış olması nedeniyle söz konusu demir parçasının sanığın kendisini askerliğe elverişsiz hale getirmesine elverişli vasıta olup olmadığının tespit edilememiş olması hususları birlikte değerlendirildiğinde, sübuta eren eylemin, bir kimseyi askerliğe yaramayacak hale getirmeyeceği gibi bir kimsenin askerliğe elverişsiz hale gelmesini sağlayacak ağırlıkta olmadığı, dolayısıyla atılı suçun maddi unsuru itibarıyla oluşmadığı, ortada yargılama yapılmasını gerektirecek bir fiilin kalmaması karşısında, sanığın fiilinin kanunda tanımlanan suç tipine uymadığı sonucuna varılmakla, ..." AnkaraBAM9. CD, 05.02.2019, E. 2018/5444, K. 2019/763 (İçtihat, Lexpera (Hukuk) veri tabanından alınmıştır).

⁵² Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 373.

⁵³ TCK m.39 (Yardım etme) - "(1) Suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi hâlinde, on beş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi hâlinde, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hâllerde cezanın yarısı indirilir. Ancak, bu durumda verilecek ceza sekiz yılı geçemez." Fazla olarak, eğer burada suça iştirak, şerikliğin bir türü olarak yardım etme şeklinde söz konusu olsaydı; hükmün, failin aynı ceza ile cezalandırılacağı şeklindeki kısmı da geçersiz olurdu. Çünkü TCK m.5'e göre, "(1) Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır." AsCK m.80'in yürürlük tarihi, TCK'nın yürürlük tarihi olan 01 Haziran 2005'ten önce olduğu için AsCK m.80 hükmünün yaptırım kısmı ancak 31 Aralık 2008'e kadar uygulanabilirdi. Bu tarih itibarıyla uygulanacak olan, TCK'nın genel hükmü olarak m.39 olurdu. Bununla birlikte, söz konusu suçta, suça iştirak, şerikliğin bir türü olarak yardım eden sıfatıyla değildir. Burada belirtildiği gibi, çok failli suç bulunmaktadır.

laşma nevinden bir çok failli suç niteliğindedir. Failler, aynı amaç için karşılıklı yönlerden hareket etmektedir⁵⁴. Bu durumda, rızası olan kişiyi askerliğe yaramayacak hâle getiren kişi, suça müşterek fail olarak değil; çok failli suç dolayısıyla fail olarak iştirak etmektedir⁵⁵.

C. İÇTİMA

AsCK'da m.79/1'deki kendini askerliğe yaramayacak hâle getirmek ve rıza ile bu hâle getirtmek suçları ile AsCK m.80'deki rıza gösteren kişiyi askerliğe yaramayacak hâle getirme suçunun da mağduru toplum olduğu için bu suçlar açısından aynı suç işleme kararının icrası kapsamında olması kaydıyla zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkündür. Örneğin failin birden fazla kez kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme neticesini meydana getiren fiilleri işlemesi veya birden fazla asker kişinin aynı anda rıza göstermesi üzerine bu kişileri askerliğe yaramayacak hâle getiren fail açısından böyle bir durum söz konusu olabilecektir. Nitekim zincirleme suçla ilgili hükmün yer aldığı TCK m.43/1'de, mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da ki, bu suçlarda mağdur toplumdur, bu fıkra hükmünün uygulanacağı belirtilmiştir⁵⁶. Çalışmanın konusunu oluşturan suçlar açısından tartışılması gereken bir ihtimal de suçun teşebbüs aşamasında kalmasından sonra bu kez tekrar işlenerek tamamlanmasıdır. Bu durumda, AsCK m.79/1'deki kendini askerliğe yaramayacak hâle getirmek suçu ile yine AsCK'daki bazı suçlar açısından da farklı neviden fikrî içtima hükümlerinin uygulanması da söz konusu olabilecektir. Örneğin, nöbet esnasında bu fiili işleyerek kendisini nöbet hizmetini yerine getiremeyecek hâle de getiren asker kişinin fiili, aynı zamanda AsCK m.136/1-A'daki suçu teşkil etmektedir. Bu durumda, farklı neviden fikrî içtima hükümleri gereğince asker kişi yalnızca AsCK m.79/1'e göre cezalandırılacaktır⁵⁷.

V. YAPTIRIM

AsCK m.79/1'de, kendisini askerliğe yaramayacak hâle getirme suçunun yaptırımı, 1 yıldan 5 yıla hapis cezası olarak öngörülmüştür. Mevcut düzenlemeye göre, fiilin her nevi askerî maksatlar için çalışmak kabiliyetini mahvetmesi

⁵⁴ Türkân Yalçın Sancar, *Çok Failli Suçlar* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 1998), 168; Özgenç, 594, 595, 596; Tosun, 293. Demirağ, rıza göstereni askerliğe yaramayacak hâle getiren kişinin, AsCK m.79'daki suça fail olarak iştirak dolayısıyla sorumlu olmayacağını; AsCK m.80'de düzenlenen suçun faili olarak ceza hukuku sorumluluğunun doğacağını ifade etmektedir. Demirağ, 270. Kendisinin askerliğe yaramayacak hâle getirilmesine rıza gösterme ile rıza göstereni bu hâle getirmenin aynı hükümde suç olarak düzenlenmesi hâlinde, çok failli suç oluşacağı düşüncesindeyiz.

⁵⁵ Aksi yönde görüş için bk. Duran, 1053.

⁵⁶ Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 539 (Keza suçlardan birinin teşebbüs aşamasında kalmasından sonra bu kez tekrar işlenerek tamamlanması hâlinde de zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir. Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 534); Rıza gösteren kişiyi askerliğe yaramayacak hâle getirmek suçu açısından bu durumda gerçek içtima yapılacağı yönünde bk. Duran, 1055.

⁵⁷ Duran, 1055.

hâli⁵⁸ için yedi yıla kadar ağır hapis cezası, fiilin seferberlikte işlenmesi için on yıla kadar ağır hapis cezası, düşman karşısında işlenmesi için de ölüm cezası öngörülmüştür. Sırasıyla bunlar incelenecek olursa 5252 numaralı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m.6/1 ile kanunlarda öngörülen ağır hapis cezalarının, hapis cezasına dönüştürüldüğü öncelikle ifade edilmelidir.

Aynı Kanun m.6/2’de, “(2) 1 Haziran 2005 tarihinden önce yürürlüğe girmiş kanunlarda; a) Ağır hapis iken, birinci fıkra uyarınca hapse dönüştürülen cezalar, kanunlarında aksine bir hüküm yoksa alt sınır bir yıl, üst sınır yirmi dört yıl olarak, ... uygulanır.” hükmü, AsCK Ek Madde 9’da ise “Bu Kanunda alt sınırı belirtilmeyen ağır hapis cezalarının alt sınırları “bir sene” olarak uygulanır.” hükmü yer almaktadır. Belirtilmelidir ki, AsCK Ek Madde 9, bu Kanuna, 31.03.2005 tarihli ve 5329 numaralı Askerî Ceza Kanunu ile Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkındaki Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.1 ile eklenmiştir. 5329 numaralı Kanun’un yürürlük tarihi ise 1 Haziran 2005’tir⁵⁹. Buna göre, geçerli olan hüküm, AsCK Ek Madde 9 olduğu için alt sınır belirtilmeyen yukarıdaki hâllerde, alt sınır bir yıl olarak kabul edilecektir.

Tartışılması gereken bir diğer mesele ise suçun düşman karşısında işlenmesi için ölüm cezası öngörülmüş olmasıdır. 1982 Anayasası m.38’de 2004 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile birlikte, ölüm cezası verilemeyeceği hükmünün vazedilmesine karşılık, AsCK’da hâlen ölüm cezası ibaresinin yer aldığı hükümler bulunmaktadır. Esas itibarıyla, 2004 yılında hâlen yürürlükte olan 765 numaralı Türk Ceza Kanunu açısından bir sorun bulunmamaktaydı; çünkü 5218 numaralı Ölüm Cezasının Kaldırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.1/A) ile 765 numaralı TCK’daki idam ve ölüm ibareleri, ağırlaştırılmış müebbet (ağır) hapis olarak değiştirilmiştir. Bununla birlikte, AsCK’daki ölüm ibareleri için bir hüküm vazedilmemiş, Kanun’da bir değişiklik yapılması yoluna da gidilmemiştir. Anayasanın üstünlüğü dolayısıyla AsCK’daki ölüm cezası ibaresinin, 1982 Anayasası m.38’deki ölüm cezası verilemeyeceği hükmü karşısında geçerliliğinin bulunmadığı belirtilmelidir. Öğretide ölüm cezasının uygulanmasını gerektiren hâllerde sanık lehine hareket edilerek ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilmesi gerektiği de ileri sürülmüştür⁶⁰. Bir kere, mezkûr ibarenin bir somut olayda itiraz yoluna konu edilmesi gerekmektedir ve mümkündür. Bununla birlikte, olması gereken, kanun koyucu tarafından bu hususta açık bir düzenleme yapılmasıdır. Suçta kanunilik ilkesi gereğince, açık bir düzenleme yapılmadan ölüm cezası

⁵⁸ Bu düzenlemenin yürürlükten kaldırılması yönündeki görüşümüzü saklı tutuyoruz. Burada yalnızca pozitif hukuk incelemesi yapılmaktadır.

⁵⁹ 5329 numaralı Kanun m.3 - “Bu Kanun 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girer.”

⁶⁰ Değirmenci, 239, 240; Demirağ, 121.

yerine ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilemeyeceğini, itiraz yoluna gidilip iptal edilmediği de müddetçe bu cezayı gerektiren suçlara ilişkin hükümlerin yaptırımının olmadığını dolayısıyla uygulanamayacağını telakki etmekteyiz⁶¹.

AsCK'da, hapis cezasına seçenек müesseseler bakımından da bu müesseselerin düzenlendiği genel kanunlardaki hükümlerden farklı hükümler bulunmaktadır. Bu bağlamda, ilk olarak, kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırımlara ve ön ödeme müessesesine bakıldığında, Ek Madde 8'de "*Askerî mahkemeler ve adli yargı mahkemeleri tarafından verilen kısa süreli hapis cezaları; 16/6/1927 tarihli ve 1076 sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu hükümlerine göre askerlik hizmetini yerine getiren yükümlüler ile yükümlü erbaş ve erler hakkında Türk Ceza Kanununun 50 nci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen seçenек yaptırımlara, diğer askeri şahıslar hakkında ise aynı fıkranın (a), (b) ve (d) bentlerinde belirtilen seçenек yaptırımlara çevrilebilir. Ancak aşağıdaki hâllerde kısa süreli hapis cezaları seçenек yaptırımlara çevrilemez: A) Sırf askeri suçlardan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan netice cezanın dört ay veya daha fazla süreli hapis cezası olması. B) Fiilin, disiplini ağır şekilde ihlal etmesi veya birliğin güvenliğini tehlikeye düşürmesi ya da birliğin muharebe hazırlığını veya etkinliğini zafiyete uğratması ya da büyük bir zarar meydana getirmesi. C) Fiilin savaş veya seferberlikte işlenmesi. // 1076 sayılı Kanun hükümlerine göre askerlik hizmetini yerine getiren yükümlüler ile yükümlü erbaş ve erler hakkında verilen kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırımların yerine getirilmesi askerlik hizmetlerinin sonuna bırakılır. // Sırf askeri suçlar ile hapis cezasının üst sınırı üç ayı geçen askeri suçlar hakkında, önödeme hükümleri uygulanmaz.*" hükmü yer almaktadır. İkinci olarak, hapis cezasının ertelenmesi müessesesine bakıldığında, m.47'de "*Türk Ceza Kanununun hapis cezasının ertelenmesine ilişkin hükümleri, askeri suçlar hakkında da uygulanır. Ancak aşağıdaki hâllerde hapis cezaları ertelenmez: A) Sırf askeri suçlardan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan netice cezanın üç ay veya daha fazla süreli hapis cezası olması. B) Fiilin, disiplini ağır şekilde ihlal etmesi veya birliğin güvenliğini tehlikeye düşürmesi ya da birliğin muharebe hazırlığını veya etkinliğini zafiyete uğratması ya da büyük bir zarar meydana getirmesi. C) Fiilin savaş veya seferberlikte işlenmesi. D) Daha önce sırf askeri bir suçtan dolayı mahkûm olunması.*" hükmü yer almaktadır. Nihayet hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesine bakıldığında, Ek Madde 17'de "*4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, aşağıdaki hâller hariç askeri suç ve cezalar hakkında da uygulanır: A) Sırf askeri bir suçtan dolayı altı ay veya daha fazla süreli hapis*

⁶¹ Öğretide Karakurumer, 1982 Anayasası m.38'de kasten öldürme ile sonuçlanmış cinsel istismar veya saldırı suçlarında, ölümlü sonuçlanmış bireysel veya örgütlü terör suçlarında ve savaş zamanında veya yakın savaş tehdidi durumlarında işlenen suçlarda ölüm cezasının uygulanabilmesine ilişkin bir istisnai düzenleme yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Bk. Alkın Karakurumer, "Türk Hukukunda İdam Cezasının Tarihî Gelişimi", *Türkiye Günlüğü*, S. 142 (2020), 100.

cezasına hükmedilmesi. B) Fiilin, disiplini ağır şekilde ihlal etmesi veya birliğin güvenliğini tehlikeye düşürmesi ya da birliğin muharebe hazırlığını veya etkinliğini zafiyete uğratması ya da büyük bir zarar meydana getirmesi. C) Fiilin savaş veya seferberlikte işlenmesi.” hükmü yer almaktadır.

İfade edilmelidir ki, Ek Madde 8’in ve m.47’nin yürürlükteki hâli, 5237 numaralı Türk Ceza Kanununun yürürlük tarihi olan 1 Haziran 2005’ten sonradır. Bu durumda, mezkûr maddeler açısından TCK m.5 hükmü geçerli değildir. Diğer ifadeyle, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar, hapis cezasının ertelenmesi ve ön ödeme bakımından, AsCK’da yer alan hükümler uygulanacaktır. Aynı şekilde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesi bakımından da özel kanun niteliğindeki AsCK’da yer alan hüküm uygulanacaktır.

Bu başlık altında tartışılması gereken bir mesele de 5237 numaralı Türk Ceza Kanunu’nda asli ceza ve ferî ceza ayrımının terk edilmiş olmasına karşılık, AsCK’da hâlen ferî cezaların var olması; diğer ifadeyle, ferî cezalarla ilgili hükümlerin varlığını korumasıdır⁶². AsCK’daki ferî cezalarla ilgili hükümlerin geçerliliği bakımından iki görüşün ileri sürülmesi mümkündür. Bir görüşe göre, 5237 numaralı TCK’da bu tür cezalar artık yer almamakla birlikte, AsCK’daki ferî cezalarla ilgili hükümler, özel hüküm niteliğinde olduğu ve başka bir kanunla yürürlükten kaldırılmadığı için geçerliliğini korumaktadır⁶³. Bununla birlikte, kanaatimizce, TCK’nın özel kanunlarla ilişkisinin düzenlendiği 5. maddesi, AsCK’daki ferî cezaların uygulanmasını engellemektedir. Burada karşı görüş olarak, AsCK’ya 31.03.2005 tarihli ve 5329 numaralı Kanun m.1 ile eklenen 8. maddedeki, “26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun genel hükümleri bu Kanunda yer verilen suçlar hakkında da uygulanır. Ancak, bu Kanunun fer’î askerî cezalara ve cezaların ertelenmesine ilişkin hükümleri ile zamanlaşımına ilişkin 49 uncu maddesinin (A) bendi hükümleri saklıdır.” hükmü ile 26.02.2008 tarihli ve 5739 numaralı Kanun m.1 ile eklenen 10. maddedeki, “Bu Kanunda ve diğer ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapıncaya kadar, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Birinci Kitabında yer alan düzenlemeler bakımından bu Kanunun ek 8 ve 9 uncu maddeleri ile 16/6/1964 tarihli 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanunun 63 üncü maddesinin ikinci fıkrası hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.” hükmü ileri sürülebilir⁶⁴. İfade edilmelidir ki, AsCK Ek Madde 8, 23.06.2016 tarihli ve 6722 numaralı Kanun ile değiştirilmiştir. Maddenin yürürlükte olan hâlinde ise AsCK’daki ferî cezalarla ilgili bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda, AsCK Ek Madde 10 hükmünün de Ek Madde 8 bakımından bir anlamı kalmamıştır.

⁶² Değirmenci, 243.

⁶³ Demirağ, 78.

⁶⁴ Değirmenci, 37; Kangal, 34.

5237 numaralı Türk Ceza Kanunu'nda ise ceza hukuku yaptırımları, Birinci Kitap Üçüncü Kısım'da (Yaptırımlar), birinci bölüm cezalar, ikinci bölüm güvenlik tedbirleri olacak şekilde düzenlenmiştir. Yine TCK m.45'e göre, "(1) Suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak cezalar, hapis ve adli para cezalarıdır." TCK m.5 hükmü de dikkate alındığında, kanaatimizce artık AsCK'daki ferî cezaların, AsCK'daki suçlar karşılığında uygulanması mümkün değildir⁶⁵.

VI. MUHAKEME

1632 numaralı AsCK'daki suçların muhakemesi ile ilgili olarak belirtilmesi gereken husus, 24.06.2021 tarihli ve 7329 numaralı Askerî Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile bu suçların muhakemesi açısından özel hükümlerin AsCK'ya eklenmiş olmasıdır. Bu hükümlerin, AsCK'da Ek Madde 13 ila 19'da yer aldığı söylenmesi mümkündür⁶⁶. Çalışmanın konusunu oluşturan suçlar için görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir.

SONUÇ

AsCK m.79 ve m.80'de, kendini askerliğe yaramayacak hâle getirmek, rızası ile bu hâle getirtmek ve başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirmek suçları düzenlenmiştir. Bu suçlarla korunan hukuki değer, bir kamu hizmeti olan millî savunmanın kesintiye uğratılmadan, aksatılmadan yürütülmesidir. Bu nedenle, çalışmanın konusunu oluşturan suçların varlığının korunması gerekmektedir.

AsCK m.79'un birinci fıkrasında, her ne kadar, kasten sakatlama veya herhangi bir suretle askerliğe yaramayacak hâle getirme ibareleri yer alsa da bunların anlam bakımından birbirinden farklı olduğunun ileri sürülmesi, kanunda, kanun koyucu tarafından açık bir düzenleme yapılmadığı müddetçe mümkün değildir. Üstelik suçta kanunilik ilkesinin icaplarının yerine getirilmesi için askerlik kavramının ve kişinin, hangi hâllerde askerliğe yaramayacak hâle geldiğinin kanunda açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Yürürlükteki düzenlemeye göre, AsCK m.79 ve m.80'deki suçların; serbest hareketli, icrai hareketle işlendiğinde sorumluluk doğabilecek, tek hareketli ve ani hareketli bir suç olduğunun söylenmesi mümkündür. Yine bu suçlar, neticeli suçtur. AsCK Ek Madde 11'de, m.79'daki suçun sırf askerî suç olduğu ifade edilmiştir. Buna göre, kendini askerliğe yara-

⁶⁵ Esas itibarıyla, öğretide Değirmenci de AsCK Ek Madde 8'deki değişiklikten önceki tarihli eserinde bir görüş olarak, AsCK'daki Ek Madde 8 ve Ek Madde 10 kapsamına girmeyen genel hüküm niteliğindeki düzenlemelerden, TCK'nın genel hüküm niteliğindeki düzenlemelerden farklı olanlarının, 31 Aralık 2008 tarihi itibarıyla mülga olduğunu ifade etmektedir. Değirmenci, 37, 38. Öğretide Demirağ da AsCK'da yer alan bir hükmün, aynı konuda TCK'nın genel hükümlerinde bir düzenleme bulunması ve AsCK'daki bu hüküm ile açık bir çelişki içinde olması koşuluyla, 1 Ocak 2009 tarihi itibarıyla uygulanamaz hâle geldiğini belirtmektedir. Bununla birlikte, Demirağ, ferî cezalarla ilgili hükümlerin hâlen geçerli olduğunu da belirtmektedir. Demirağ, 73, 74, 78.

⁶⁶ Mezkûr hükümler için bk. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=1632&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=3>, Erişim Tarihi: Nisan 19, 2024.

mayacak hâle getirmek, faili bakımından özgü suçtur ancak aynı zamanda bizzat işlenebilen suçtur. Bu suça ancak azmettiren veya yardım eden olarak iştirak edilebilir. AsCK m.80'deki suçun faili ise herkes olabilir. Bu suçların mağduru toplum olup, suçun konusu ise askerlik hizmetinin icapları ve millî savunma kamu hizmetidir.

Bu suçların manevi unsuru kasttır. Özellikle içtima sorununun çözülmesine katkı sağlaması için bu suçlarda amaç unsurunun aranması isabetli olacaktır. Buna göre, madde metninde, *kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme amacıyla* ibaresi kullanılabilir. AsCK m.79/2'de, fiilin her nevi askerî maksatlar için çalışmak kabiliyetini mahvetmesi karşılığında daha ağır yaptırım öngörülmüştür. Burada bir neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç düzenlemesi bulunmaktadır. Her nevi askerî maksatlar ibaresi, suçta kanunilik ilkesine ve belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Bu düzenlemenin korunması isteniyorsa bu ibarenin anlamının da kanunda açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Bu suçlar açısından geçerli olabilecek bir hukuka uygunluk nedeni, kural olarak, bulunmamaktadır.

Birer neticeli suç olması itibarıyla bu suçlara teşebbüs mümkündür. Kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme suçuna ancak azmettiren veya yardım eden olarak iştirak edilebilir. Başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirmenin ise ancak rızası olan kişinin bu hâle getirilmesi olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Bu durumda, askerliğe yaramayacak hâle gelmesi amacıyla buna rıza gösteren ve aynı amaçla rızası olan kişiyi bu hâle getirenin fiili, AsCK m.79'da aynı fıkrada suç olarak düzenlenmelidir. Böyle bir düzenleme yapıldığı takdirde bir çok faili suç söz konusu olacaktır. Amaç unsurunun aranması, bu suçların, diğer suçlardan ayrılmasını sağlayacak, bu da içtima sorununun çözülmesine katkı sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz, Bahtiyar, Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.
- Artuk, M. Emin, Gökçen, Ahmet, Alşahin, M. Emin ve Çakır, Kerim, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Artuk, M. Emin, Gökçen, Ahmet, Alşahin, M. Emin ve Çakır, Kerim, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Baytaç, Abdullah Batuhan, *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Centel, Nur, Zafer, Hamide ve Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020.
- Çelen, Orhan, Notlu, *Açıklamalı- İçtihatlı, Örnekli: Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği: Askeri Ceza Kanunu: Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu: Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat*. Ankara: BRC Basım Matbaacılık, 2016.
- Değirmenci, Olgun, *Askerî Ceza ve Disiplin Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2016.
- Demirağ, Fahrettin, *Türk Ceza Kanununun Genel Hükümleri Işığında: Askeri Ceza Kanunu*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.
- Dönmezer, Sulhi ve Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: I*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 1987.
- Duran, Gökhan Yaşar. “Askerî Ceza Kanununda Kendini Askerliğe Yaramayacak Hale Getirmek Suçu (AsCK m.79)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Nur CENTEL'e Armağan* 19, S. 2 (2013): 1031-1064.
- Dülger, Murat Volkan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul, Hukuk Akademisi Yayıncılık, 2021.
- Erbaş, Rahime, *Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Erdoğan, Yavuz. “Hukuk Güvenliği Bağlamında Askeri Yargı -I-”, *Ceza Hukuku Dergisi* 8, S. 22 (2013): 85-115.
- Ergün, Ergil. “Askeri Yargıtay Kararları Işığında Kendini Askerliğe Yaramayacak Hale Getirmek Suçu”, *Askerî Adalet Dergisi* S. 100 (1997): 31-35.
- Erman, Sahir. *Askerî Ceza Hukuku: Umumi Kısım ve Usul*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1963.
- Gözler, Kemal, *İnsan Hakları Hukuku*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2020.
- Güven, Kudret, *Kişilik Hakları ve Ötanazi*. Ankara: Nobel Yayın, 2000.
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- İçel, Kayıhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021.
- Kangal, Zeynel T., *Askerî Ceza Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2012.
- Karakurumer, Alkın. “Türk Hukukunda İdam Cezasının Tarihî Gelişimi”, *Türkiye Günlüğü*, S. 142 (2020): 88-102.

- Kardaş, H. Ümit ve Çingı, Mehmet, *Askerî Yargıtay, Yargıtay Kararları ve Doktrin Işığında Notlu, Açıklamalı, İçtihatlı, Mevzuatlı: Askeri Ceza Kanunu Şerhi II*. Cilt Madde (66-91). İstanbul: Legal Yayıncılık, 2014.
- Koca, Mahmut ve Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.
- Koca, Mahmut ve Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Koç, Cihan, *Notlu - Açıklamalı - İçtihatlı - Örnekli Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği & Askerî Ceza Kanunu & Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu & Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat*. Ankara: yayınevi yok, 2019.
- Özbek, Veli Özer, Doğan, Koray, Meraklı, Serkan, Bacaksız, Pınar ve Başbüyük, İsa, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.
- Özbek, Veli Özer, Doğan, Koray ve Bacaksız, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.
- Özen, Mustafa, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri*. Ankara: Adalet Yayıncılık, 2023.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.
- Özkaya, A. Sefa. “Kültür Tasnifi ve Türk Askerî Kültürüne Giriş”, içinde: *Hunlar'dan Günümüze: Türk Askerî Kültürü*. İstanbul: Kronik Kitap, 2019.
- Öztürk, Bahri ve Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.
- Tezcan, Durmuş, Erdem, Mustafa Ruhan ve Önok, R. Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.
- Tosun, Öztekin, *Suç Hukuku El Kitabı*. İstanbul: Ar Basım Yayın Dağıtım, 1982.
- Yalçın Sancar, Türkân, *Çok Failli Suçlar*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 1998.
- Yurtlu, Fatih, *İhmali Suçlar*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Zafer, Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler: TCK m.1-75*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019.
- “Millî Müdafaa Encümeni Mazbatası”, *T.B.M.M. Zabıt Ceridesi* 19, Devre: 3, İçtima: 3 (22.05.1930).
- Lexpera (Hukuk) Veri Tabanı.
- <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=1632&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=3>, Erişim Tarihi: Nisan 19, 2024.

ENGELLİ KADINLAR İÇİN ENGELSİZ ADALET MÜMKÜN MÜ?: ADALETE ERİŞİM HAKKI ÇERÇEVESİNDE BİR İNCELEME^(*)

Dr. Öğr. Üyesi **A. Aslı ŞİMŞEK ÖNER^(**)**

Öz

Günümüzde adalete erişim kavramı, sosyal adalet gündemine uygun olarak, adalete uygun bir hukuki çare arayışındaki farklı dezavantajlara sahip toplumsal kesimler için adalete erişim önündeki engellerin tespitini de içerecek şekilde geniş anlamda ele alınmaktadır. Adalete erişimi bağımsız bir insan hakkı olarak düzenleyen Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme'de (EHİS) engellileri irade ve tercihlerini kullanmaktan alıkoyan ve engellilerin diğerleriyle eşit şekilde adalete ve usuli güvencelere erişimlerinin engellenmesine yol açan engellilik anlayışı terk edilmiştir. Bunun yerine EHİS'in adalete erişim hakkını düzenleyen 13. maddesinin, Sözleşme'nin yasa önünde eşit tanınma hakkını düzenleyen 12. maddesiyle birlikte ele alınması önerilmektedir. Gerçekten de EHİS adalete erişimi bağımsız bir hak olarak düzenlemektedir. Bunun yanı sıra hak temelli engellilik ve toplumsal cinsiyet bakış açısıyla engelli kadınların adalete erişim hakkını güvence altına almaktadır. Öte yandan adalete erişim hakkı, EHİS dışında herhangi bir sözleşmede münferiden düzenlenmemiş olduğundan, diğer insan hakları denetim mekanizmaları tarafından ilgili sözleşmede düzenlenen adil yargılanma hakkı, bilgi edinme hakkı, yasa önünde eşitlik gibi haklardan ve onların unsurlarından yorum yoluyla çıkarılmaktadır. Örneğin CEDAW Komitesi, 2015 tarihli 33 No.lu Genel Tavsiye Kararı'nda kadınların adalete erişimini ele almıştır. Bu çerçevede hukuk önünde eşit tanınma ve hak arama özgürlüğü çerçevesinde engelli kadınların adalete erişim hakkına ilişkin uluslararası insan hakları standartlarını EHİS'in yanı sıra Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi (CEDAW) ortaya koymaktadır. Bu noktada EHİS'in engelliliğe yaklaşımı bağlamında engelli kadınların adalete erişiminin önündeki hukuki ve toplumsal engeller açığa çıkarılmalıdır. Hukuki ve toplumsal engellerin ise üç boyutta incelenmesi önerilmektedir. Bunlar, adalete erişim sürecinde karşılaşılan engeller, engellilik ve toplumsal cinsiyet kesişiminde hukuku etkileyen kültürel normlar nedeniyle engelli kadınların maruz kaldıkları klişeler ve ayrımcılıktır. Son olarak insan hakları ihlali anlamına gelen bu engeller karşısında devletin yükümlülükleri incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Engelli Kadınlar, Adalete Erişim Hakkı, Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme, Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, Devletin Yükümlülükleri.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 04.04.2024 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 02.05.2024, DOI No: <https://doi.org/10.54704/akdhfd.1463542>.

^(**) Yozgat Bozok Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku / Yozgat, Türkiye.
E-posta: a.asli.oner@bozok.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-7743-0509>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

IS BARRIER-FREE JUSTICE POSSIBLE FOR WOMEN WITH DISABILITIES?: A REVIEW WITHIN THE FRAMEWORK OF THE RIGHT TO ACCESS TO JUSTICE

Abstract

Today, pursuant to the social justice agenda, access to justice notion is broadly include the identification of barriers for disadvantaged groups in society seeking for an appropriate legal remedy. The Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), which regulates access to justice as an independent human right, leaves the understanding of disability approach that prevents persons with disabilities from exercising their will and choices, denies access to justice and procedural safeguards on an equal basis with others. Instead, it is suggested that Article 13 of the CRPD on the right to access to justice be considered alongside Article 12 of the Convention on the right to equal recognition before the law. The Convention also guarantees the right to access to justice for women with disabilities from a rights-based disability and gender perspective. Since the right to access to justice is not individually regulated in any convention other than the CRPD, it is inferred by other human rights mechanisms through interpretation from rights such as the right to a fair trial, the right to information, equality before the law. For example, the CEDAW Committee addressed women's access to justice in its General Recommendation No. 33 in 2015. Here, the CEDAW sets out international human rights standards regarding the access to justice of women with disabilities within the framework of equal recognition before the law and freedom to seek rights, as well as the CRPD. The legal and social barriers to access to justice for women with disabilities should be revealed according to the disability approach of the CRPD. It is proposed that these barriers should be analyzed in three dimensions. These are the obstacles encountered in the process of access to justice, cultural stereotypes, and discrimination that cause violations of human rights of women with disabilities. Finally, the obligations of the state in the face of these obstacles, which constitute a violation of human rights, are examined.

Keywords

Women with Disabilities, Right to Access to Justice, Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, Obligations of the State.

Extended Abstract

Throughout the world, women and girls with disabilities are largely invisible in individual and social life and excluded from participation in decisions affecting their lives. One of these areas is access to justice. However, it is essential for the realization of human rights of women with disabilities to become more visible as the subjects of rights both within public institutions and civil society organizations. Therefore, there is a need to identify the violations of rights that women with disabilities are subjected to, which is a neglected issue, within the framework of the right to access to justice, and to reveal legal mechanisms and solutions that states are obliged to. In order to review these issues, the critical perspective of disability and gender studies has been taken into account in the context of the function of human rights in limiting state power. This is because patriarchal domination over women and ableist oppression over people with disabilities intersect to cause multiple and intersectional discrimination that violates the human rights of women with disabilities. In this respect, the aim of this study is to reveal the obstacles to the realization of the right to access to justice of women with disabilities and to determine the legal framework of ways to combat them.

In line with this purpose, firstly, the meaning of the concept of access to justice in the context of disability is presented and then the right to access to justice is explained in the light of the CRPD and the CEDAW. After establishing the conceptual framework on the subject in this way, the legal and social barriers to access to justice for women with disabilities are examined. In this context, the CRPD represents a paradigm shift in the legal recognition of the autonomy of persons with disabilities. Therefore, Article 12 of the Convention regulating equality before the law and Article 13 regulating the right to access to justice should be considered together. The differences of women with disabilities should also be understood in this context, in other words, it should be recognized that they include physical, psychosocial, intellectual and perceptual conditions that may or may not constitute functional limitations. In order to reveal the violations of rights that women with disabilities are subjected to, the Committee on the Rights of Persons with Disabilities relates Article 6 (women with disabilities) to Article 13 (Access to justice) and underlines that women with disabilities face obstacles in accessing justice, including exploitation, violence and harassment due

to stereotypes, discrimination, procedural irregularities and physical accessibility problems, which undermine their credibility and lead to the rejection of their complaints due to disability and gender. Noting that there is very little data on the situation of women with disabilities in the periodic reports submitted by states, the CEDAW Committee, in its General Recommendations No. 18, 28, 33 and 35, consistently underlines that gender-based violence is shaped by intersecting dimensions of discrimination against women and inequality, including disability.

States should recognize and respect the autonomy of women with disabilities who have experienced gender-based violence in all legal proceedings, protection and support measures and services, and ensure accessibility of procedures, measures and services, taking into account the multiple and intersectional discrimination they experience. In domestic law, all legal practitioners such as judges, prosecutors, notaries and lawyers are obliged to interpret the law in accordance with the CRPD. Similarly, given that the CRPD is a human rights treaty and therefore incorporated into national sources of law, it is a primary requirement for states to adapt their domestic legal texts in accordance with the Convention. By embracing the paradigm shift on disability approach manifested in the CRPD, they should prevent women with disabilities from being treated by the legal system and public authorities as victims or in need of protection, and from being overprotected rather than prosecuted as abusers, and promote self-determination and legal empowerment in accordance with the right to access to justice.

GİRİŞ

Resmi tahminlere göre bugün dünyada 700 milyon engelli kadın ve kız çocuğu bulunmasına karşılık, engellilikle ilgili uluslararası ve ulusal yasa ve politikaların engelli kadın ve kız çocuklarıyla ilgili hususları tarihsel olarak hem ihmal ettiği hem de görmezden geldiği belirtilmektedir¹. BM Kadın Birimi'nin verilerine göre erkek nüfus içinde engelliliğin ortalama yaygınlık oranı yüzde 12 iken, kadın nüfusta engelliliğin ortalama yaygınlık oranı yüzde 19,2'dir ve bu oran yaklaşık beş kadından birini temsil etmektedir. Bu yüksek orana karşın engelli kadın ve kız çocukları bireysel ve toplumsal yaşamda büyük ölçüde görünmez kılınmakta, yaşamlarını etkileyen kararlara katılmadan dışlanmaktadır².

Benzer bir durumun ülkemiz için de geçerli olduğu görülmektedir. Gerçekten de Türkiye hem Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme'ye (EHİS)³ hem de Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'ne (CEDAW)⁴ taraf olmasına karşın, engelli kadınlar etkin şekilde ne engelli hakları

¹ "Women with Disabilities", Women Watch, Erişim Tarihi: Mart 14, 2024, <https://www.un.org/womenwatch/enable/>.

² "Statement by UN Deputy High Commissioner for Human Rights", Nada Al-Nashif, Annual Full-day Discussion on the Human Rights of Women, Human Rights Council 47th Session, (5 Temmuz 2020), Erişim Tarihi: Şubat 17, 2024, <https://www.ohchr.org/en/statements/2021/07/panel-1-violence-against-women-and-girls-disabilities>. Toplumsal cinsiyet ve engellilik arasındaki ilişkinin yeterli düzeyde kurulmamasının sakıncaları pandemide daha da keskin şekilde ortaya çıkmıştır. Chiara Orti, *Accepting the Challenge-Women with Disabilities: For a Life Free of Violence - An Inclusive and Cross-cutting Perspective* (Montevideo: UN WOMEN, 2021), 9.

³ EHİS için bkz. "Convention on the Rights of Persons with Disabilities", UN General Assembly, A/RES/61/106, 24 January 2007, Erişim Tarihi: Ocak 29, 2024, <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities-2.html>.

⁴ CEDAW için bkz. "Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, UN General Assembly, A/RES/34/180, (18 Aralık 1979), Erişim Tarihi: Ocak 29, 2024, <https://www.refworld.org/legal/agreements/unga/1979/en/13757>.

örgütleri ne de kadın hakları örgütleri içinde kendilerine yeterince yer bulabilmişlerdir⁵. Oysaki adı geçen bu insan hakları sözleşmelerinin yaşama geçirilmesi sürecinde hem kamu kurumları hem de sivil toplum örgütleri bünyesinde engelli kadınların hakkın öznesi olarak daha fazla görünür hale gelmesi beklenmektedir.

Engelli kadınlar, hak temelli örgütlerde kendilerine yer bulamamanın yanı sıra, hak arama sürecinde de hem engelliliği hem de kadınlığı kuşatan pek çok önyargı ve klişeyle de başa çıkmak zorunda kalmaktadırlar. Dolayısıyla ihmal edilmiş bir mesele olan engelli kadınların maruz kaldıkları hak ihlallerinin tespit edilip bunlarla hukuki mücadele araçlarının ve çözüm yollarının ortaya konulmasına ihtiyaç vardır. Bunun için karşımıza çıkan anahtar kavramlardan biri de adalete erişim hakkıdır. Bu bağlamda çalışmanın konusunu engelli kadınların adalete erişim hakkının gerçekleşmesi önündeki engellerin neler olduğunun açığa çıkarılması ve bunlarla mücadele yollarının hukuki çerçevesinin incelenmesi oluşturmaktadır.

Bu inceleme yapılırken devlet kudretinin sınırlanmasında insan haklarının işlevi bağlamında engellilik ve toplumsal cinsiyet çalışmalarının eleştirel bakış açısı dikkate alınmıştır. Nitekim toplumda var olan iktidar ilişkilerinin bir yansıması devlet iktidarında karşılık bulmaktadır. Konumuz çerçevesinde kadın üzerindeki ataerkil tahakküm ile engelli bireyler üzerindeki sağlamcı baskı kesişerek karşımıza kesişimsel ayrımcılığı çıkarmaktadır. Dolayısıyla devlet kudretinin sınırlanmasında hem toplumsal cinsiyet hem de engellilik dikkate alınarak, engellilik gibi bir baskı sistemiyle toplumsal cinsiyete dayalı boyun eğmenin kesişiminin ne şekilde tezahür ettiği ve bunun hukuka nasıl yansıdığı açığa çıkarılmaya çalışılmıştır. Bu noktada hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı gibi adalete erişim hakkının somutlaştığı pozitif hukuk düzenlemeleri bakımından devletin tek yükümlülüğünün karışmama/dokunmama olmadığı, bunun yanı sıra devletin proaktif bir tutum benimseyerek hareket etmesi gerektiği düşünülmektedir. Söz gelimi engelli kadınların hak arama özgürlüğü dendiğinde devletin hak arama sürecinde bağımsız ve tarafsız mahkemeye saygı göstermesinin yanı sıra bu süreçte engelli kadınların hem engellilik hem de cinsiyet nedeniyle ayrımcılığa maruz kalmamasını güvence altına almalıdır.

Bu noktada çalışmanın amacı, Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme'nin insan haklarına kattığı özgün değer ışığında, hukuk önünde eşit tanınma ve hak arama özgürlüğü bağlamında engelli kadınların adalete erişim hakkının işlevinin ve öneminin ortaya konulmasıdır. Bu sayede hukuk önünde görünmeyen bir alana itilen engelli kadınların haklarına erişebilmesi için hem özel hem kamusal yaşama azami katılımına ilişkin olanakları keşfetmek hedeflenmektedir. Bu amaç ve hedef

⁵ Arzu Şenyurt Akdağ, Gizem Tanay Aksaç, Nurcihan Temur Şimşekcan ve Özlem Kara, *Toplumsal Cinsiyet Eşitliği ve Engelli Kadın El Kitabı*, (Ankara: Engelli Kadın Derneği, 2016), Erişim Tarihi: Şubat 4, 2024, <https://www.enkad.org/wp-content/uploads/2022/12/ToplumsalCinsiyetEngelliKadin.pdf>, 5.

doğrultusunda çalışmada öncelikle adalete erişim kavramının engellilik bağlamında anlamı ortaya konulmuş olup, daha sonra EHİS ve CEDAW ışığında adalete erişim kavramı açıklanmıştır. Konuya ilişkin kavramsal çerçeve bu şekilde oluşturulduktan sonra, engelli kadınların adalete erişiminin önündeki hukuki ve toplumsal engeller üzerinde durulmuştur. Hukuki ve toplumsal engeller ise üç boyutta incelenmiştir. Bunlar adalete erişim sürecinde karşılaşılan engeller, engellilik ve toplumsal cinsiyet kesişiminde hukuku etkileyen kültürel normlar nedeniyle engelli kadınların maruz kaldıkları klişeler ve ayrımcılıktır. Son olarak insan hakları ihlali anlamına gelen bu engeller karşısında devletin yükümlülükleri incelenmiştir.

I. ENGELLİLİK BAĞLAMINDA ADALETE ERİŞİM KAVRAMI

Tarihsel olarak adli yardım aracılığıyla mahkemelere erişebilmek anlamına gelen adalete erişimin, günümüzde sadece mahkemelere fiziksel olarak ulaşabilmekten veya avukat aracılığıyla temsil edilmekten daha geniş ve kapsamlı bir anlayışa işaret ettiği kabul edilmektedir⁶. Bugün adalete erişim, sadece mahkemelere erişim gibi basit bir unsuru ihtiva etmenin ötesine geçerek, tüm adli ve idari süreçlerde ilgili otoriteye erişimi, demokratik karar alımına dahil olabilmeyi, bunların sağlanması için gerekli sosyal politikaların yürürlüğe girmesi yoluyla dışlanmaya ve ayrımcılığa karşı tüm toplumsal kesimleri içermeyi amaçlayan bir süreç görünümünü almıştır⁷.

Dolayısıyla adalete erişim dendiğinde, hukuk devleti ilkesinin gereği olarak, yetkililerin hukuka uygun davranarak yargılama sürecinin adil olmasının sağlanmasının yanı sıra konunun sosyal adalet boyutu da hesaba katılmaktadır. Böylece adalete erişim yaklaşımı, “*bir kişinin davasını mahkeme önüne getirme olasılığını içerecek şekilde başlayacak, adil bir yargılama süreci ve adil karara erişmesini sağlayacak*” biçimde, geniş anlamda kullanılmaktadır⁸. Ülkemizdeki son dönem çalışmalarda da bu tanım tercih edilmekte olup, farklı dezavantajlara sahip toplumsal kesimler için adalete erişim önündeki engellerin tespiti gündeme gelmektedir⁹.

⁶ Seda Kalem Berk, *Türkiye’de Adalete Erişim: Göstergeler ve Öneriler* (İstanbul: TESEV Yayınları, 2012), 16; William C. Vickrey, Joseph L. Dunn ve J. Clark Kelso, “Access to Justice: A Broader Perspective”, *Loyola of Los Angeles Law Review* 42, S. 4 (2009), 1153; Orison S. Marden, “Equal Access to Justice: The Challenge and the Opportunity”, *Washington and Lee Law Review* 19, S. 2 (1962), 153; Roderick A. Macdonald, “Access to Justice in 2003 Scope, Scale, Ambitions (Foundation Paper Executive Summary)”, *Symposium on Access to Justice* (Kanada: 2003), 2-7; Duygu Hatipoğlu Aydın, “Kadınların Adalete Erişimi”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4 (2015), 81-82.

⁷ Adriaan Bedner ve Jacqueline A.C. Vel, “An Analytical Framework for Empirical Research on Access to Justice”, *Law, Social Justice & Global Development Journal (LGD)*, S. 1 (2010), 7.

⁸ Gülriz Uygur ve Nadire Özdemir, *Adalet Erişimde Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Haritalama ve İzleme Çalışması* (Ankara: CEİD Yayınları, 2021), 31.

⁹ Hatipoğlu Aydın, “Kadınların Adalete Erişimi”, s. 84; Damla Alver, Emre Şimşek, Muhammet Koçakgöl ve Olcay Karacan vd., *Kız Çocuklarının Adalete ve Adli Yardım Hizmetlerine Erişim Rehberi, Türkiye’de Kadınların Adalete Erişiminin Desteklenmesi Projesi* (Ankara: Uçan Süpürge

Belirtmek gerekir ki, pozitif hukukta adalete erişimin açıkça bir insan hakkı olarak tanındığı temel metin, EHİS'tir. Bunun dışında adalete erişim hakkı diğer insan hakları denetim mekanizmaları tarafından ilgili sözleşmede düzenlenen adil yargılanma hakkı, bilgi edinme hakkı, yasa önünde eşitlik gibi haklardan ve onların unsurlarından yorum yoluyla çıkarılmaktadır. Örneğin CEDAW Komitesi, 2015 tarihli 33 No.lu Genel Tavsiye Kararı'nda kadınların adalete erişimini ele almış olup, bunu Sözleşme'nin 2 (c), 3, 5 (a) ve 15. maddeleriyle, 19, 21, 23, 24, 26, 27, 29 ve 30 sayılı genel tavsiye kararlarını birlikte yorumlayarak incelemektedir¹⁰. Adalete erişimi bağımsız bir insan hakkı olarak düzenleyen EHİS'in 13. maddesinin 1. fıkrasına göre “*taraf devletler engellilerin diğer bireylerle eşit koşullar altında adalete etkin bir şekilde erişimini sağlamalıdır. Bunun için usule ve yaşa uygun düzenlemeler yapılmalı ve soruşturma ve diğer hazırlık aşamaları ve tanıklık dahil tüm hukuki işlemlere doğrudan ve dolaylı katılımları kolaylaştırılmalıdır.*” Maddenin 2. fıkrasına göre ise “*Taraf Devletler engellilerin adalete etkin bir şekilde erişimini sağlamak için polis ve cezaevi personeli dahil adalet sistemi çalışanlarının gerekli eğitimi almalarını sağlamalıdır.*” Dolayısıyla 13. maddeyle Sözleşme, engellileri irade ve tercihlerini kullanmaktan mahrum bırakan, birçok ülkede diğerleriyle eşit şekilde adalete ve usuli güvencelere erişimlerinin engellenmesine yol açan tarihsel olarak yerleşmiş engellilik anlayışını reddetmektedir¹¹. Böyle bir engellilik anlayışının reddi için adalete erişim hakkını düzenleyen 13. maddenin Sözleşme'nin yasa önünde eşit tanınma hakkını düzenleyen 12. maddesiyle birlikte ele alınması üzerinde durulmaktadır.

Bilgi edinme, adli/idari başvuru yapma, sözleşmelerin akdedilmesi, mal varlığı edinme ve evlenme gibi haklar ancak yasa önünde kişi olarak tanınma yoluyla korunabilir. Bu anlamda diğer haklardan tam olarak yararlanmanın bir ön koşulu olan 12. madde, eşit yurttaşlık kavramıyla ilgili olup, klasik anlamda hukuk önünde eşitlik ilkesinin genişletici yorumuna dayanmaktadır. Gerçekten de 12. maddenin 2. fıkrasına göre “*hukuki ehliyet¹²”, engelli bireyler dahil herkese doğuştan*

Vakfı, 2022), Erişim Tarihi: Şubat 14, 2023, 4, <https://ucansupurge.org.tr/kiz-cocuklarinin-adalete-ve-adli-yardim-hizmetlerine-erisim-rehberi/>; A. Aslı Şimşek, “Engelli Bireylerin Bilgi Edinme Hakkı: Birleşmiş Milletler Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme'nin Yaklaşımı Bağlamında Bir Değerlendirme”, *YÜHFD* 18, S. 1 (2021), 438.

¹⁰ CEDAW Komitesi, General Recommendation No. 33 on Women's Access to Justice, CEDAW/C/GC/33, 2015, para. 6, 7 ve 11.

¹¹ BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, *International Principles and Guidelines on Access to Justice for Persons with Disabilities* (Cenevre: 2020), 6.

¹² EHİS'in İngilizce orijinal metninde “*legal capacity*” kavramı kullanılmış olup, Anglo-Sakson hukuk sisteminde “*hukuki ehliyet*” anlamına gelmektedir. Engelli hakları bakımından bu kullanımın önemi, hem hak hem de fiil ehliyetini kapsayan bir kavram olmasıdır. Buna karşılık Sözleşme'nin hazırlık sürecinde İran, Rusya ve Arap Yarımadası ülkelerinden “*legal capacity/hukuki ehliyet*” kavramına karşı çıkılarak, onun yerine “*hak ehliyeti*” kavramının kullanılması savunulmuştur. Bu görüş, Sözleşme'yi hazırlayan uluslararası komite ve üye devletler tarafından kabul görmemiş ve “*hukuki ehliyet*” kavramına yer verilmiştir. Diğer taraftan Sözleşme'nin Türkçe resmi çevirisinde “*legal capacity*” kavramının “*hak ehliyeti*” olarak çevrildiği görülmektedir. Oysaki CEDAW'ın resmi

verilen bir haktır. Hukuki ehliyet kavramını 1 No.lu Genel Yorum’unda inceleyen Engellilerin Hakları Komitesi (EHİK)’ne göre hukuki ehliyet, hem hak ehliyetini hem de fiil ehliyetini kapsar şekilde tanımlanmaktadır. Gerçekten de Komite’ye göre hukuki ehliyet, hak ve ödevlere (hak ehliyeti) sahip olma ve bu hak ve ödevleri gerçekleştirme (fiil ehliyeti) yeterlidir. Başka bir ifadeyle hukuki ehliyet, hukuken hem hak sahibi olma hem de hakları kullanabilme ehliyetidir. Benzer şekilde hukuki ehliyet, kişinin işlem yapma ve hukuki ilişkileri oluşturma, değiştirme ve sona erdirme yetkisine sahip bir varlık olarak tanınmasını sağlamaktadır¹³. Söz gelimi yasalar engelli bireylerin mülk edinmesine izin veriyor olabilir, ancak mülk alım satımında gerçekleştirmek istedikleri işlemleri her zaman geçerli kabul etmiyor olabilir. Bu durumda engelli birey, fiilen hukuki ehliyete sahip kabul edilmiyor demektir. Dolayısıyla EHİS’e taraf devletler, engelli bireylerin hukuki ehliyete sahip olma hakkının diğerlerine kıyasla eşitsiz olarak kısıtlanmamasını sağlamak için hukukun tüm alanlarını bütüncül olarak incelemelidir.

Bu bağlamda 12. ve 13. maddeler birlikte ele alındığında EHİS’in, engelli bireylerin özerkliğinin yasal olarak tanınmasında hukuken bir paradigma değişikliğini temsil ettiği söylenebilir. Buna göre devletler tarafından insan hakları temelli engellilik modelinin, vekaleten karar verme paradigmasından destekli karar verme mekanizmasına geçiş anlamına geldiğinin kabul edilmesi gerekliliğinin altı çizilmektedir¹⁴. Engelli kadınların farklılıkları da bu bağlamda anlaşılmalı, başka bir deyişle işlevsel sınırlılıklar oluşturan veya oluşturmayan fiziksel, psikososyal, düşünsel ve algısal koşulları da içerdiği kabul edilmelidir¹⁵. O halde hukuk önünde eşit tanınma ve hak arama özgürlüğü çerçevesinde engelli kadınların adalete erişim hakkına ilişkin uluslararası insan hakları standartlarına daha yakından bakmak ve aralarındaki ilgiyi ortaya koymak gerekmektedir.

II. ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI STANDARTLARI ÇERÇEVESİNDE ENGELLİ KADINLARIN ADALETE ERİŞİM HAKKI

İnsan haklarının dinamik yapısı gereği EHİS’in insan hakları hukukuna kattığı değerden, diğer bir ifadeyle mevcut hukuk üzerindeki münferit tesirinden söz etmekte fayda vardır. Bu anlamda EHİS’in özgün ve farklı kuşaklardan hakları bir arada ele alan bütüncül bakış açısının yanı sıra Sözleşme, konumuz bağlamında toplumsal cinsiyetin ve engelliliğin anaakımlaştırmasına vurgu yap-

çevirisinde 15. maddede görüldüğü üzere “*legal capacity*” kavramı “*hukuki ehliyet*” olarak çevrilmiştir. Dolayısıyla EHİS’in resmi Türkçe çevirisindeki “*hak ehliyeti*” kavramını Sözleşme’nin orijinal metnindeki gibi “*hukuki ehliyet*” olarak anlamak gerekmektedir. Nalan Erkem, *Psikososyal Engelli Bireylerin Adalete Erişimi* (İstanbul: Ruh Sağlığında İnsan Hakları Girişimi Derneği, 2015), 14.

¹³ BM EHİK, Article 12: Equal Recognition Before the Law, CRPD/C/GC/1, 2014, para. 12-13.

¹⁴ Selda Çağlar, “Engelli Hakları Sözleşmesi’nde Ayrımcılık Yasağı ve Türkiye’nin Uyum Sorunu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 96 (2011), 151.

¹⁵ BM EHİK, Article 6: Women and Girls with Disabilities, CRPD/C/GC/3, 2016, para. 5.

maktadır. EHİS'in engelliliğin anaakımlaştırılması çerçevesinde özgün yanının mevcut uluslararası hukuk kurallarına ve denetimine kattığı değeri Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Komite (CEDAW Komitesi)'nin ve BM'nin ilgili birimlerinin toplumsal cinsiyetle birlikte engellilik meselesini inceledikleri kararlarında görmek mümkündür. Dolayısıyla çalışmanın bu kısmında EHİS'in ve CEDAW'ın ortaya koyduğu standartlara yer verilmiştir.

A. ENGELLİLERİN HAKLARINA İLİŞKİN SÖZLEŞME

EHİS, hak temelli bakış açısını esas alan, bu bağlamda tüm insan haklarının bütünlüğü, bölünmezliği ve karşılıklı bağımlılığı esasına göre tasarlanmış bir sözleşmedir. Sözleşme'nin bu özelliği aynı zamanda onun bütüncül haklar yaklaşımına göre kaleme alındığını göstermektedir. Bunun yanı sıra Sözleşme'de engellilik, bir insan hakları meselesi olarak tanımlandığı gibi bir kadın meselesi olarak da ele alınmaktadır. Şöyle ki Sözleşme, Giriş bölümünde "*cinsiyet*" de dahil olmak üzere "*birçok nedene dayalı olarak ve bu nedenle daha ağırlaştırılmış bir ayrımcılığa maruz kalan engellilerin karşılaştığı zor koşulları*" dikkate alan; "*engelli kadınların ve kız çocuklarının hem ev içinde hem de ev dışında şiddete uğramaya, yaralanmaya veya istismara, ihmale, ihmalkar muameleye, kötü muameleye veya istismara karşı daha büyük bir risk altında oldukları gerçeğinin farkında*" olan; "*engellilerin insan temel hak ve özgürlüklerinden tam yararlanmasını teşvike yönelik çabalara cinsiyet eşitliği perspektifinin de eklenmesi gerektiğini vurgulayan*" bir bakış açısı sunmaktadır¹⁶.

Bu noktada EHİK, taraf devletlere EHİS kapsamında raporlama yükümlülüklerini yerine getirmelerinde yardımcı olmak amacıyla, Sözleşme'nin engelli kadın ve kız çocuklarına ilişkin yaklaşımı hususunda yine Sözleşme'nin çeşitli madde ve hükümlerine dayanarak, 2016 yılında 3 No.lu Genel Yorum'unu hazırlamıştır¹⁷. Buna göre engelli kadınlar homojen bir grup değildir. Başka bir ifadeyle engellilik ve cinsiyet, göç, iltica, gözetim altında tutulma (hastaneler, yatılı kurumlar, çocuk veya ıslah evleri ve cezaevleri gibi), yoksulluk, etnik, dini ve ırksal köken; birden fazla engellilik durumu ve bu nedenle yüksek düzeyde destek alma, albinizm, cinsel yönelim ve kimlik gibi farklı durumlarla bir arada ele alınmalıdır. Aynı zamanda engelli kadınların çeşitliliği her türlü engeli, diğer bir deyişle işlevsel sınırlamalarla birlikte gelen veya gelmeyen fiziksel, psikososyal, zihinsel veya duyuşsal durumları da içermektedir. Bu çerçevede engellilik, EHİS'in 1. maddesinde tanımlandığı üzere, kişisel sakatlık ile sosyal ve maddi çevre arasındaki etkileşimin sosyal etkisi olarak anlaşılmaktadır¹⁸.

¹⁶ EHİS, Giriş, para. (p), (q) ve (s).

¹⁷ Bkz. BM EHİK, CRPD/C/GC/3, 2016.

¹⁸ BM EHİK, CRPD/C/GC/3, para. 5.

Bu çerçevede EHİK, hukuken ve politik olarak görünmeyen bir alana itilmenin ve ihmal edilmenin, engelli kadınlara yönelik çoklu ve birbiriyle kesişen ayrımcılık biçimlerini sürekli hale getirdiğini tespit etmektedir. Nitekim engelli kadınların genellikle toplumsal cinsiyet ve/veya engellilik ile birlikte başka temellerde de ayrımcılığa uğradığı alanlar, başta adalete erişim olmak üzere, eğitime, ekonomik fırsatlara, sosyal etkileşime eşit erişim; kanun önünde eşit tanınma; siyasete katılma ve cinsel sağlık ve üreme sağlığı hizmetleri de dahil olmak üzere sağlık hizmetleri ile nerede ve kiminle yaşamak istedikleri gibi çeşitli bağlamlarda kendi yaşamları üzerinde kontrol sahibi olma konularında çoklu ve kesişimsel ayrımcılık olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁹.

Benzer şekilde Sözleşme'nin hem genel ilkelerini düzenleyen 3. maddesinde kadın-erkek eşitliği yer almakta ve 5. maddesinde ayrımcılık yasağı düzenlenmekte hem de 6. maddesinde çoklu ayrımcılık gibi engelli kadınların maruz kaldığı çifte dezavantaj yaratan ihlallerin önlenmesine ilişkin ayrıca ve açıkça bir koruma getirilmektedir. Bu çerçevede EHİK, Sözleşme'nin 6. maddesine ilişkin 3 No.lu Genel Yorum'unda çoklu ayrımcılık bağlamında cinsiyet ve/veya engelliliğe odaklanarak engelli kadınların ve kız çocuklarının haklarının korunması konusunu ele almıştır. Buna göre 6. madde, Sözleşme'nin ilgili diğer bütün maddeleriyle kesişen bir madde olduğundan, taraf devletler adalete erişim hakkını düzenleyen 13. maddeyi uygularken hedeflenen bütün eylemlerinde engelli kadınların ve kız çocuklarının haklarının kapsanması gerektiğini göz önünde tutmalıdır. Bu çerçevede engelli kadınların çoklu ayrımcılığa karşı korunmasının ve adalete erişim hakkından diğerleriyle eşit koşullar altında yararlanmasının sağlanması için pozitif edim gerektiren tedbirler alınmalıdır²⁰.

Aynı zamanda cinsel şiddet de dahil toplumsal cinsiyete dayalı şiddete maruz kalan engelli kadınların bu şiddete karşı önleme ve koruma mekanizmalarından etkili ve anlamlı şekilde istifade edebilmesi, güvenli barınmayla, destek hizmetleri ve prosedürlerine erişimleriyle ve sağlık hizmeti (özellikle üreme sağlığı hizmetleri) almalarıyla son derece yakından ilişkili görülmektedir²¹. Bilhassa zaten şiddet nedeniyle hakları ihlal edilmiş olan engelli kadınların hukuki bir çare arayışında ikincil mağduriyetler yaşamaması için bu ilişkinin kurulması önem arz etmektedir.

Bu noktada EHİK, EHİS'in 6. maddesinin, 13. maddesiyle ilgisini kurarken engelli kadınların adalete erişim sürecinde hem engelli hem de kadın olmaktan dolayı güvenilirliklerini zedeleyen ve şikayetlerinin reddedilmesine neden olan klişeler, ayrımcılık, prosedürel usulsüzlükler ve fiziksel erişilebilirlik sorunları dolayısıyla sömürü, şiddet ve taciz konuları da dahil olmak üzere adalete erişim-

¹⁹ BM EHİK, CRPD/C/GC/3, 2016, para. 2.

²⁰ BM EHİK, CRPD/C/GC/3, 2016, para. 12.

²¹ BM EHİK, CRPD/C/GC/3, 2016, para. 48.

de engellerle karşılaştıklarının altını çizmektedir²². Gerçekten de prosedürlerin uygulanmasındaki olumsuz hukuk pratiği, ihlale maruz kalanları yıldırabilmekte veya adalet arayışında cesaretlerini kırabilmektedir. Örneğin karmaşık veya onur kırıcı raporlama prosedürleri; hukuki çözüm sağlamak yerine, ihlale maruz kalanı sosyal hizmetlere yönlendirmek; polisin veya diğer yasa uygulayıcılarının önyargılı tutumları bu gibi pratiklerdendir. Bu pratikler, şiddetin, sömürünün ve tacizin geniş bir zamana yayılmasıyla sonuçlanan cezasızlığa ve engelli kadınların deneyimlerinin görünmezliğine yol açabilmektedir²³. Dolayısıyla engelli kadınlar bakımından adalete erişim, EHİS m.16'da düzenlenen sömürü, şiddet veya istismara maruz kalmama hakkıyla da yakından ilişkilidir. Örneğin engelli kadınlar, bakım desteği aldıkları kişilerin desteğini kaybetme endişesiyle bu kişilerden gördükleri şiddet, sömürü ve tacizi bildirmekten imtina edebilmektedirler²⁴.

B. CEDAW

Kadınların adalete erişimi hususunda en önemli uluslararası metin olarak CEDAW kabul edilmektedir. CEDAW Komitesi, Sözleşme metnini yaşayan bir metin olarak ele almakta ve insan haklarının dinamizmine uygun şekilde Sözleşme'yi yorumlamaktadır. O halde CEDAW'ın yaklaşımını ortaya koymak için Komite'nin adalete erişime ve engelli kadınlara ilişkin yorumlarını dikkate almak gerekmektedir.

CEDAW Komitesi'nin 1991 tarihli ve 18 No.lu Genel Tavsiye Kararı'yla engelli kadın ve kız çocuklarının yaşadığı çifte ayrımcılığın altı çizilmiştir. Aynı zamanda Komite, bu tarihe kadar kendisine sunulan periyodik raporlarda engelli kadınların durumuna ilişkin çok az bilgi sunulduğunu tespit etmiştir. Yine engelli kadınların haklarının eşit şekilde güvence altına alınmasını CEDAW'ın 3. maddesiyle²⁵ ilişkilendiren Komite, engelli kadınların yaşamın her alanına katılımlarının sağlanması için devletlerin gerekli önlemleri almasını tavsiye etmiştir²⁶.

Bunun yanı sıra CEDAW Komitesi, adalete erişim ile bir ayrımcılık biçimi olarak tanımladığı engelli kadınlara yönelik şiddetin ortadan kaldırılması arasında açık bir ilişki kurmaktadır. CEDAW Komitesi'nin 18, 28, 33 ve 35 No.lu Genel Tavsiye'lerinde istikrarlı bir şekilde belirttiği üzere, toplumsal cinsiyete

²² BM EHİK, CRPD/C/GC/3, 2016, para. 52; BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, *Thematic Study on the Issue of Violence Against Women and Girls and Disability*, A/HRC/20/5, (2012), para. 41.

²³ BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, A/HRC/20/5, para. 19.

²⁴ BM EHİK, CRPD/C/GC/3, para. 31 ve 52.

²⁵ Yasal önlemler başlığını taşıyan 3. maddeye göre "taraf devletler kadının tam gelişmesini ve ilerlemesini sağlamak için, özellikle politik, sosyal, ekonomik ve kültürel alanlar başta olmak üzere bütün alanlarda, erkeklerle eşit olarak insan hakları ve temel özgürlüklerinden yararlanmalarını ve bu hakları kullanmalarını garanti etmek amacıyla yasal düzenleme dahil bütün uygun önlemleri alacaklardır."

²⁶ BM CEDAW Komitesi, General Recommendation No. 18: Disabled Women, A/46/38, Tenth Session, 1991.

dayalı şiddeti, kadınlara yönelik ayrımcılığın ve engellilik de dahil olmak üzere eşitsizliğin kesişen boyutlarının şekillendirdiği kabul edilmektedir.

Kadınların adalete erişimlerini ele aldığı 33 No.lu Genel Tavsiye Kararı'nda Komite, Sözleşme'nin 5. maddesinin (a) fıkrasına atıfla, toplumsal cinsiyete dayalı kalıpyargıların ve rollerin adalet sistemi ve bu sistemin içinde yer alan kurumlar arasında sürekli yeniden üretildiğini; toplumsal cinsiyet ile engellilik gibi kesişen ayrımcılık nedenlerinden dolayı engelli kadınlar için adalete erişimin daha zor hale geldiğini vurgulamaktadır²⁷. Buradan hareketle Komite, adalete erişimin sağlanması için adalet sisteminin sorgulanabilirliğini, mevcudiyetini, erişilebilirliğini, kalitesini, mağdurlar için çözüm yolları sunmasını ve hesap verilebilirliğini içeren altı birbiriyle ilişkili ve gerekli bileşen olduğunu tespit etmektedir²⁸.

Devletlerin kadınlar için adalet sisteminin erişilebilirliğini yaşama geçirirken yoksul kadınlar bakımından hukuki yardım konusunda ekonomik engellerin kaldırılmasını; yargısal ve yarı-yargısal süreçlerin tam olarak anlaşılması için dilsel engellerin kaldırılmasını; adalet mekanizmaları, prosedürler ve çözüm yollarına ilişkin mevcut olan bilginin yaygınlaştırılmasını ve kadınlarla işbirliği halinde tasarlanmasını; internet ve diğer bilgi ve iletişim teknolojilerine erişimin sağlanmasını; yargısal ve yarı-yargısal kurumlar ve diğer hizmetlerin fiziksel çevresinin ve konumunun erişilebilir olmasının sağlanmasını; kadınların adalete erişim sağlamak için üstesinden gelmek zorunda oldukları zorlukları azaltmak amacıyla bir dizi yasal ve sosyal hizmetleri de içeren “*ilk adım merkezleri*” gibi adalet erişim merkezlerinin tüm kadınlar için erişilebilir biçimde oluşturulmasını ve adalet sisteminin engelli kadınlar bakımından erişilebilirliğini sağlarken bu konuya özel önem verilmesini tavsiye etmektedir²⁹. Bu çerçevede Komite, erişilebilirliği “*gerek resmi ve gerekse yarı-yargısal adli sistemler dahil tüm yargı sistemlerinin güvenli, düşük maliyetli, kadınlarca fiziksel olarak erişilebilir; ayrımcılığın kesişen ve birleşen türleriyle yüz yüze gelen kadınlar da dahil olmak üzere tüm kadınların ihtiyaçlarına uygun ve bu ihtiyaçlara uyarlanabilir olması*” biçiminde tanımlamaktadır³⁰.

III. OLMASI GEREKENDEN OLANA: ENGELLİ KADINLARIN ADALETE ERİŞİMİ ÖNÜNDEKİ HUKUKİ-TOPLUMSAL ENGELLER

Engelli bireylerin adalete eşit erişimini engelleyen çeşitli etmenler söz konusudur. Bunların başlıcaları, hukuki ehliyetin kullanılmasına ilişkin kısıtlamalar; mahkemeler ve polis karakolları gibi adli tesislere fiziksel erişimin ve ulaşımın

²⁷ BM CEDAW Komitesi, CEDAW/C/GC/33, para. 7 ve 8.

²⁸ BM CEDAW Komitesi, CEDAW/C/GC/33, para. 14.

²⁹ BM CEDAW Komitesi, CEDAW/C/GC/33, para. 17.

³⁰ BM CEDAW Komitesi, CEDAW/C/GC/33, para. 14(c).

olmaması; adli yardım ve temsile erişimdeki engeller; erişilebilir formatlarda bilgiye erişim eksikliği; adaletin yerine getirilmesinin her aşamasında engellilerin katılma yeteneklerini sorgulayan ataerkil veya zararlı kalıpyargılara dayalı tutumlar ve adalet alanında çalışan profesyonellerin engellilik konusundaki eğitim ve farkındalık eksikliği olarak özetlenebilir³¹.

Engelliliğe ilişkin bu engel, kısıt, eksiklik ve tutumlar toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılıkla birleştiğinde katmerlenmektedir. Gerçekten de kesişen toplumsal yapılar olan engellilik ve toplumsal cinsiyet, özellikle kadınlara ve kız çocuklarına karşı yapısal ayrımcılığa yol açan klişeler tarafından daha da ağır hale gelmektedir. Sadece farklı ayrımcılık biçimlerinin birbirine eklenmesinden dolayı değil, aynı zamanda kişinin yaşamını belirleyen farklı faktörler (sosyal, ekonomik, politik, kültürel ve sembolik) arasındaki birçok olası kesişme biçimiyle sonuçlanan yeni ayrımcılık durumlarının yaratılmasından dolayı³² “katmerli” ve “ağırlaşmış³³” bir eşitsizlikten söz edilmektedir.

Belirtilen bu hukuki-toplumsal engeller, engelli kadınlar bakımından “*adalete erişim sürecinde karşılaşılan sorunlar*”, “*engelliliğe ilişkin kültürel normların insan haklarına getirdiği kısıtlar*” ve “*engellilik ve toplumsal cinsiyet bağlamında ayrımcılık*” başlıkları altında incelenmiştir.

A. ADALETE ERİŞİM SÜRECİNDE KARŞILAŞILAN SORUNLAR

Hukuki süreçte ve yargılama aşamasında adalete erişimin kadınlar bakımından gerçekleşmesini engelleyen sorunlar karşımıza çıkmaktadır. Bunların başlıcaları (i) kadınlara yönelik “*de jure*” ayrımcılığın devam etmesi; (ii) kadın haklarına ilişkin mevzuattaki boşluklar; (iii) ayrımcılık karşıtı mevzuatın cinsiyet gerekçesine dayalı kullanımının yetersizliği; (iv) sistemik eşitsizliğe yol açabilecek cinsiyet-nötr veya cinsiyet körü mevzuat; (v) yargı kararlarında uluslararası standartların sınırlı kullanımı; (vi) kadınlara yönelik dolaylı ayrımcılık için kısıtlı çareler; (vii) hukuki bir uyumsuzluğun hızlı bir şekilde sona ermesini sağlamak için yargı dışı çözüm usullerinin kullanılmasının teşvik edilmesine karşılık, bu usullerin genellikle kadınları dezavantajlı duruma düşürmesi; (viii) ceza yargılamasına ilişkin sürecin uzun sürmesi; (ix) yolsuzluk ve düşük mahkumiyet oranları; (x) ayrımcılığa yol açan uygulamalar; (xi) mahkemelerde ve kolluk kuvvetleri arasında olumsuz cinsiyet kalıpyargılarının geçerli olmasıdır³⁴.

Kadınların adalete erişim sürecinde, özellikle toplumsal cinsiyete dayalı şiddete maruz kaldıklarında başvurdukları ve genellikle maruz kalınan şiddeti önle-

³¹ BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, *International Principles and Guidelines on Access to Justice for Persons with Disabilities* (Cenevre: 2020), 6.

³² Oriti, *Accepting the Challenge-Women with Disabilities*, 8.

³³ BM EHİK, CRPD/C/GC/3, para. 4.

³⁴ Council of Europe, “Guaranteeing Equal Access of Women to Justice”, *Gender Equality Strategy* (2015), 3-4.

yici, telafi edici veya cezalandırıcı hukuki usul ve yolların gerektiği gibi işleme-
mesi nedeniyle ikincil mağduriyetler yaşadıkları söylenebilir³⁵. Engelli kadınlar
söz konusu olduğunda adalete erişim sürecinde engelliliğe ve toplumsal cinsiyete
ilişkin ayrımcı uygulamalar bir arada söz konusu olabilmektedir. Örneğin şidde-
te maruz kalan ve sığınma evinde kalmayı talep eden fiziksel engelli bir kadın,
tekerlekli sandalye kullanımına göre asansör olmayışından, tuvaletlerin ve odala-
rın düzeni gibi koşulların engelli kadınların kullanımı düşülmeksizin hazırlanmış
olmasından dolayı, gerekli uyumlaştırma yapılmamasından kaynaklı sorunlarla
karşılaşabilmektedir³⁶. Nitekim sığınma evlerinin, şiddet önleme ve izleme mer-
kezlerinin, kadın danışma merkezlerinin, hastanelerin, karakolların fiziksel ko-
şullarının engellilere uygun olmaması nedeniyle gerek başvuru sırasında gerekse
hizmet alma noktasında engelli kadınlar sorunlar yaşamaktadırlar³⁷.

Kadınların adalete erişimi söz konusu olduğunda adli yardımın, CEDAW
Komitesi'nin 33 No.lu Genel Tavsiye Kararı çerçevesinde değerlendirilmesi uygun
olacaktır. Bu bağlamda adli yardım sistemi, adalete erişimin sosyal adaletle ilgisi
bakımından önemli bir bileşeni olduğundan ekonomik ve sosyal anlamda kadınla-
rın dezavantajlı konumu dikkate alınarak düzenlenmelidir. Adli yardıma toplumsal
cinsiyet perspektifinden yaklaşıldığında (i) erişilebilir, sürdürülebilir ve kadınların
ihtiyaçlarına cevap veren adli yardım ve kamu avukatı sistemlerinin kurumsallaş-
tırılması; (ii) Adli yardım ve kamu avukatı sağlayıcılarının toplumsal cinsiyete du-
yarlılık ve gizliliğe saygı gösterme hususunda gerekli eğitime ve yetkinliğe sahip
olması; (iii) kadınların adli yardım ve kamu avukatıyla temsil koşulları hakkında
bilgiye erişimlerinin sağlanması, bunun için bilgi ve iletişim teknolojilerinden ya-
rarlanılması; (iv) aile içi çatışmalı durumlarda veya kadının aile gelirine eşit erişimi
olmadığı durumlarda kadının adli yardım ve kamu avukatı için uygunluğunun ger-
çek gelimine veya harcanabilir gelimine dayanması gerekmektedir³⁸. Engelli kadın-
lar söz konusu olduğunda bilginin ve adli yardımın erişilebilirliği engellilik bağla-
mında ayrıca ele alınmalıdır. Örneğin adli yardımın sadece mali olanak temelinde
tanımlanması, engelli kadınların ihtiyaç duyduğu adli yardım bürolarına fiziksel
erişim, bilgiye erişim ve bunun için bilgi ve iletişim teknolojilerinin kullanılması
gibi hususları kapsam dışında bırakma olasılığı yüksektir.

EHİS'in 12. maddesi, tüm engelli bireylerin tam hukuki ehliyete sahip olduk-
larını onaylamaktadır. Ne var ki engelli bireyler halen dünya çapında hukuk sis-
temlerinde hukuki ehliyeti en yaygın biçimde tanınmayan grup olarak kalmıştır.

³⁵ Uygur ve Özdemir, *Adalete Erişimde Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Haritalama ve İzleme Çalışması*, 41; Council of Europe, "Guaranteeing Equal Access of Women to Justice", 4.

³⁶ Dicle Maybek, *Şiddet Gören Kadına Açılan Kapı: Sığınmaevi ve Sonrasındaki Yaşam Stratejileri*, Yayınlanmamış Doktora Tezi (Ankara: Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyoloji Anabilim Dalı, 2016), 23 ve 158.

³⁷ Maybek, *Şiddet Gören Kadına Açılan Kapı*, 42.

³⁸ BM CEDAW Komitesi, CEDAW/C/GC/33, para. 37 (a, b, c, d, e).

Engelliliğin anaakımlaştırılması gereği, engelli kadınların adalete erişim hakkının gerçekleşmesi için 12. ve 13. maddeler birlikte ele alınarak, 6. maddeyle beraber uygulanmalıdır. Engelli kadınların ve kız çocuklarının haklarını Sözleşme'nin 6. maddesi çerçevesinde ele aldığı 3 No.lu Genel Yorum'unda EHİK, engelli kadınların halen insan hakları temelli engellilik modelinden mahrum bırakıldığını; engelli kadınlara pratikte halen vekaleten karar verme paradigmasının uygulanıyor olmasından dolayı engelli kadınların seçimlerinin genellikle dikkate alınmadığını ve kararlarının çoğunlukla yasal temsilciler, hizmet sağlayıcılar, vasiler ve aile üyeleri de dahil olmak üzere üçüncü şahısların tercihleriyle değiştirildiğini tespit etmektedir³⁹. Sorun, bununla da sınırlı kalmamaktadır. Nitekim engelli kadın veya kız çocuğu, belirtilen bu üçüncü kişilerden şiddet görüyorsa, buna ses çıkaramaz hale getirilmektedir.

Bu nedenle EHİK, bakım evi veya klinik gibi kurumlarda kalan veya günün büyük bir bölümünü bu kurumlarda geçiren engelli kadın ve kız çocuklarına yönelik cinsel taciz de dahil olmak üzere her türlü cinsel şiddetin önlenmesi için yatılı tesisler, özel okullar, ruh sağlığı merkezleri, gündüz bakım evleri ve mesleki istihdam kurumları gibi kurumların sivil toplum kuruluşları ve özellikle engelli kadın örgütleriyle ortaklaşa çalışması gerekliliğine işaret etmektedir. Bu bağlamda halen bu gibi kurumlarda kalan engelli kadınlara ve kız çocuklarına yönelen her türlü sömürü, şiddet ve istismarın önlenmesi için engellilere hizmet sunulan tüm tesis ve programların bağımsız otoriteler tarafından denetlenmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra halen kurumlarda kalan engelli kadınlara ve kız çocuklarına bu kurumlarda cinsel şiddete karşı korunduklarına ve herhangi bir uyumsuzluk halinde adalete erişim yollarının açık olduğuna ilişkin güvenceler oluşturulmalıdır⁴⁰.

Ev içi şiddet de dahil toplumsal cinsiyete dayalı şiddet biçimlerine en açık gruplardan biri olan engelli kadınların şiddete maruz kalmaları durumunda adalete erişim sürecinde koruyucu hizmetlere erişiminde de ciddi zorluklar mevcuttur ve ikincil mağduriyetler meydana gelmektedir. Özellikle ruh sağlığı sorunları ve/veya psikososyal engeli olan kadınların barınmaya ve tedaviye erişimde ciddi sorunlarla karşı karşıya kaldıkları görülmektedir. Örneğin engellilik üzerine ihtisaslaşmış bir danışma merkezinin ve sığınma evinin olmayışı nedeniyle ruh sağlığı sorunları ve/veya psikososyal engeli olan kadınlar zorunlu olarak psikiyatri klinikleri gibi kurumlara yatmaya yönlendirilmektedir. Aynı zamanda ihtisaslaşmış bir sığınma evi olsa dahi, engelli kadınları toplumdan yalıtmayan, yatılı bakım ve tedavi süresini minimuma indiren, ekonomik olarak ulaşılabilir, yatılı tedaviyi durdurucu etkisi olan itiraz mekanizmaları olan tedavi hizmetlerine ihtiyaç vardır⁴¹.

³⁹ BM EHİK, CRPD/C/GC/3, para. 44.

⁴⁰ EHİS m.16'nın bu hususla ilgili olmasının yanı sıra bkz. BM EHİK, CRPD/C/GC/3, para. 23.

⁴¹ Maybek, *Şiddet Gören Kadına Açılan Kapı*, 22; Erkem, *Psikososyal Engelli Bireylerin Adalete Erişimi*, 18, 19 ve 25.

B. ENGELLİLİĞE İLİŞKİN KÜLTÜREL NORMLARIN İNSAN HAKLARINA GETİRDİĞİ KISITLAR

Engellilik alanında EHİS yürürlüğe girene kadar uzunca bir süre ağırlıklı olarak uygulanan ve tarihsel olarak yerleşik hale gelmiş olan tıbbi model, engelli bireyler bakımından öncelikli olarak yetersizliklere odaklandığından engelliliğe ilişkin mevcut kültürel normları pekiştirici bir rol oynamıştır. Tıbbi modele göre şekillen anaakım hukuk araştırmalarında da engellilik, bir insan hakları meselesi olarak düşünülmemiştir. Engellilik, eğer tıbbi çözümlerle iyileştirilemiyor veya düzeltilemiyorsa hayırseverlik veya yardım yapılmasını gerektiren tıbbi bir durum olarak görülmüştür⁴². Bu noktada tıbbi modelin engellilik durumuna ilişkin zararlı kalıpyargıları besleyen “sağlamcılık”ı (ablesim)⁴³ ve onun bir görünümü olan “mentalizm”i (sanism)⁴⁴ pekiştiren bir etkiye sahip olduğu görülmektedir.

Sağlamcılık ve mentalizmden kaynaklanan basmakalıp yargılar, örtülü veya açık biçimde belirli kişileri “insandan aşağı” olarak nitelendirerek, bu kişilerin toplumda olumsuz şekilde temsil edilmesine yol açmakta ve dolayısıyla insan onurunu güvence altına alan insan haklarından yararlanmalarını sınırlamaktadır. Adalete erişim bağlamında engelli bireyler mahkeme salonlarında ve hukuk pratisyenlerince bu “insandan aşağı” muameleye maruz bırakıldıklarından sıklıkla insan onuruyla bağdaşmayan usullerle ve yöntemlerle karşı karşıya kalmaktadırlar⁴⁵.

Özellikle ruh sağlığı sorunları yaşayan ve/veya psikososyal engelli bireyler, ruh sağlığı veya zihinsel yeterlik koşullarıyla ilgili kültürel klişelere maruz bırakılmaktadırlar. Psikososyal engelin, kişisel zayıflığın, eksikliğin, kusurun göstergesi olduğu veya kökenlerinin büyücülüğe, manevi veya doğaüstü fenomenlere dayandığı gibi birçok olumsuz inançtan kaynaklanan klişeler tespit edilmiştir⁴⁶.

⁴² Anna Lawson, “Disability, Degradation and Dignity: The Role of Article 3 of the European Convention on Human Rights”, *Northern Ireland Legal Quarterly* 56, S. 4 (2005), 462.

⁴³ Sağlamcılık, tıpkı ırkçılık veya cinsiyetçilik gibi toplumda belirli bir gruba, bu durumda engelli bireylere yönelik ayrımcılığa yol açan değer yargıları bütünüdür. Örneğin toplumsal olarak yürümeye, tekerlekli sandalyeyle hareket etmekten daha fazla değer atfedilmektedir. Carli Friedman ve Aleksa L. Owen, “Defining Disability: Understandings of and Attitudes Towards Ableism and Disability”, *Disability Studies Quarterly* 37, S. 1 (2017), Erişim Tarihi: Mart 23, 2024, <https://production.ojs.dsq-sds.org/index.php/dsq/article/view/5061/4545>.

⁴⁴ Toplumda yaygın şekilde karşımıza çıkan, ruh sağlığı sorunları ve/veya psikososyal engelleri olan kişilere yönelik mantıksız korku olarak tanımlanan mentalizm, politikalar, idari usuller, teoriler ve programlar aracılığıyla kurumsallaştırılmaktadır. Bu nedenle ruh sağlığı sorunları ve/veya psikososyal engelleri olan bireyler üçüncü kişilere bağımlı hale getirilmektedir. Kiran Rabheru ve Margaret Gillis, “Navigating the Perfect Storm of Ageism, Mentalism, and Ableism: a Prevention Model”, *The American Journal of Geriatric Psychiatry* 29, S. 10 (2021), 1059. Mentalizm de sağlamcılık gibi engelli bireylere ilişkin önyargı ve kalıpyargılarla ilgilidir.

⁴⁵ Michael Perlin, “My Sense of Humanity Has Gone Down the Drain’: Stereotypes, Stigma and Sanism”, içinde *Stereotypes and Human Rights Law*, Editör, Eva Brems, Alexandra Timmer, (Intersentia, 2016), 96.

⁴⁶ WHO ve World Organization of Family Doctors, *Integrating Mental Health into Primary Care: A Global Perspective*, (2008), Erişim Tarihi Mart 3, 2024, <https://www.who.int/publications/i/item/9789241563680>, 25 ve 168.

Psikososyal engeli olan bireyler hakkında, kendilerini etkileyen kararlar üzerinde söz sahibi olamayacakları veya topluma olumlu katkı sağlayamayacakları gibi klişeler de dahil olmak üzere, kemikleşmiş yanlış kanılar damgalamayı ve ayırimcılığı pekiştirmektedir⁴⁷.

Kadınların doğum sonrası depresyon, lohusa hüznü gibi cinsel üreme sağlığıyla ilgili ruh sağlığı sorunlarıyla, cinsel şiddetten hayatta kaldıklarında travma sonrası stres bozukluğuyla ve ev içi şiddet biçimleriyle başa çıkmaya çalıştıkları; ancak bu gibi engellilik oluşturabilecek durumların genellikle görünmeyen bir alana itildiği gözlemlenmektedir. Gerçekten de kadınlarda dünya genelinde depresyon, anksiyete ve yeme bozukluğu gibi ruh sağlığı sorunlarının erkeklere oranla daha yüksek oranda görüldüğü⁴⁸ dikkate alındığında, kadınlar yaşadıkları ruh sağlığı sorunları ve/veya psikososyal engellerden dolayı hem toplumsal olarak hem de hukuk önünde sağlamcı ve mentalist bir zihniyetle “*tehlikeli, güvenilmez, tembel, sağlık sorunları kendisinden kaynaklanan veya bundan dolayı suçlanmayı hak eden, hasta taklidi yapan veya durumunu abartan veya çocuksu davranan, gözetim ve bakıma muhtaç*”⁴⁹ olmakla itham edilmektedir.

Buna karşılık engelli hakları hareketinin çabalarıyla engellilikte tıbbi modelden sosyal modele bir değişim söz konusu olmuş ve bu model engellilik durumunu yetersizlikler ve engeller arasındaki etkileşimin bir sonucu olarak ele almıştır. Tıbbi modelin öngördüğü gibi yalnızca engellere odaklanmak ve bunları “*düzelte-meye*” çalışmak yerine, engellileri yaşamın her alanına tamamen dahil etmek için toplumdaki engelleri ortadan kaldırmak amaçlanmaktadır. Örneğin, tıbbi model tekerlekli sandalye kullanıcısının fiziksel durumunu veya tekerlekli sandalye kullanıyor olmasını engellilik nedeni olarak görme eğilimindeyken, sosyal model tekerlekli sandalye kullanıcısının bir yere çıkmasını engelleyen merdiveni sosyal bir engel ve engellilik sebebi olarak görmektedir⁵⁰. Sosyal engellilik modeline göre fiziksel, çevresel, davranışsal, yasal, duyusal, sistemik, bilgisayar, ruhsal veya diğer engellilik türlerini meydana getiren toplumsal engellerdir⁵¹.

Sosyal model, engelli bireylerin özel ihtiyaçları olan bakım ve yardımın muhtaçlık temelinde ele alınıp algılanmasına eleştirel yaklaşmakla birlikte, engellilerin toplumsal yaşama özgürce katılmaları önündeki tüm engellerin kaldırıl-

⁴⁷ BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, *Mental Health and Human Rights: Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, A/HRC/34/32*, (2017), para. 15.

⁴⁸ Öte yandan dünya genelinde erkeklerde dikkat eksikliği/hiperaktivite bozukluğu, otizm ve madde kullanım bozukluğu oranları kadınlara göre daha yüksektir. WHO ve World Organization of Family Doctors, *Integrating Mental Health into Primary Care*, 23.

⁴⁹ Michael L. Perlin ve Alison J. Lynch, *Sexuality, Disability, and the Law: Beyond the Last Frontier?*, (Palgrave-Macmillan, 2016), 15.

⁵⁰ Takashi Izutsu, Atsuro Tsutsumi, Jin Hashimoto ve Yuhei Yamada, “Human Rights Aspects of Persons with Mental Health Conditions or Psychosocial Disabilities”, içinde *Innovations in Global Mental Health*, Editör, Samuel O. Okpaku, (İsviçre: Springer, 2021), 1345.

⁵¹ Lawson, “Disability, Degradation and Dignity”, 462.

ması için sadece olumsuz tutumların ve fiziksel engellerin kaldırılmasının yeterli olmadığını göz ardı etmektedir. Aksine engelli bireylerin bireysel farklılıklarının gözetildiği özel bazı çabalarla desteklenmesi gerekebilmektedir. Gerçekten de engelli bireylerin insan haklarından ayrımcılığa maruz kalmaksızın herkesle eşit şekilde istifade edebilmeleri için birtakım gereksinimlerine cevap veren destekler mevcut olmalıdır. Örneğin engelliler için özel olarak tasarlanmış hizmetler (işitme engellilerin acil sağlık veya güvenlik hizmetlerine erişimlerini sağlayacak özel bir mesaj hattı gibi) veya engelli bireylerin genel nitelikteki hizmetlerden yararlanmasını mümkün kılacak protez, tekerlekli sandalye gibi destekler bu gibi kolaylaştırıcılardandır⁵².

EHİS, sosyal modelin sınırlılığını görerek ve fakat getirdiği eleştirileri dikkate alarak, engellilik konusunda insan hakları yaklaşımını benimsemiştir⁵³. Benzer şekilde EHİS, engellileri hayırseverlik modeliyle sembolize edilen hizmetlerin pasif alıcıları, yararlanıcıları ve bu hizmete bağımlı olanlar yerine “toplumda aktif katkı sağlayanlar” olarak görmektedir⁵⁴. Engelliliğe ilişkin meselenin yeniden tanımlanmasını sağlayan insan hakları yaklaşımına göre temel sorun, engelli bireylerin herkesle eşit hak ve özgürlüklere sahip olduklarının hukuka ve hukuk uygulamasına yansıtılmamış olmasıdır. Böylece bir insan hakları meselesi haline gelen engellilik, hukuk alanına taşınmış ve sorunun çözümünde ulusal ve uluslararası hak arama mekanizmaları devreye sokulmuştur⁵⁵. Dolayısıyla mevzuat, hukuk tekniği ve pratiği eliyle üretilen engelliliğe ilişkin zararlı kalıpyargılar da bir insan hakları meselesi haline gelmiştir. Gerçekten de EHİS’in 8. maddesinin (b) fıkrasına göre göre yaşamın her alanında engellilere yönelen ve aynı zamanda cinsiyete dayalı olan klişelere, önyargılara ve ayrımcı davranışlara karşı acil, etkin ve uygun tedbirleri almak devletlerin engelli bireylerin insan haklarına ilişkin yükümlülüğü olarak tanımlanmaktadır.

İnsan haklarında toplumsal cinsiyet yaklaşımı ve bunun şiddetle bağlantısı, hem uluslararası insan hakları denetim organları nezdinde hem de ulusal hukuklarda giderek daha fazla benimsenip dikkate alınmaktadır. Bununla birlikte engelli kadınlar şiddete en açık gruplardan birisi olmasına karşın, onları dikkate alarak, toplumsal cinsiyetin engellilikle ilişkisinin kuran bir bakış açısı yaygın hale gelmemiştir. Gerçekten de engelli kadınların istismara ve şiddete maruz kal-

⁵² İdil Işıl Gül, *Yargı Organlarının Faaliyetleri Perspektifinden Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme*, (Ankara: Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, 2012), 13.

⁵³ Perlin, “My Sense of Humanity Has Gone Down the Drain”, 2016, 113; Silvia Favalli, “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities in the Case Law of the European Court of Human Rights and in the Council of Europe Disability Strategy 2017-2023: ‘from Zero to Hero’”, *Human Rights Law Review*, S. 18 (2018), 520; Gül, *Yargı Organlarının Faaliyetleri Perspektifinden Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme*, 14-16.

⁵⁴ Izutsu, Tsutsumi, Hashimoto ve Yamada, “Human Rights Aspects of Persons with Mental Health Conditions or Psychosocial Disabilities”, 2021, 1346.

⁵⁵ Gül, *Yargı Organlarının Faaliyetleri Perspektifinden Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme*, 14.

ma risklerinin daha yüksek olduğu ve bu vakalar sonucunda var olan engellerinin kötüleşebildiği veya psikolojik travma gibi ikincil engellerin ortaya çıkabildiği gözlemlenmektedir⁵⁶. Benzer şekilde kamu politikalarının ve sivil toplum faaliyetlerinin toplumsal cinsiyet ve engellilik arasındaki bağlantıyı nadiren dikkate aldığı görülmektedir. Politika ve faaliyetlerde bu bağlantı dikkate alındığında ise bu kesişme noktasındaki ana özne olan engelli kadınlar ve kız çocukları hala diğer kadınlardan ayrılmış, küçük, homojen bir grup olarak kabul edilmektedir. Ayrıca, engelli kadınlara ve kız çocuklarına yönelen ayrımcılığın ve şiddetin ortadan kaldırılması için gereken belirli eylemlerin pahalı ve yönetilmesi zor olacağı varsayılmaktadır⁵⁷. Bu noktada EHİK, ülkelere ilişkin Sonuç Gözlemleri'nde engellilere ilişkin önyargı, kalıpyargı ve klişelerin süregeldiğine dikkat çekmektedir. Buna göre engelli bireyleri hayırseverliğin nesnesi, savunmasız ve korunmaya muhtaç olarak nitelendirmek EHİS'e taraf olan ülkelerde yaygın olarak karşılaşılan basmakalıp yargılardanır⁵⁸. Aynı zamanda engelli bireyler, damgalanmaya, önyargıya, şiddete, sosyal dışlanmaya ve ayrımcılığa yol açan hukuk önünde eşit tanınmaya ilişkin zararlı veya hatalı kalıpyargılarla karşı karşıya kalmaktadır. Bunlara hukuki çare arayışlarında yasa dışı veya keyfi şekilde klinikler gibi kurumlara yerleştirilme, aşırı ilaç tedavisi gibi özerkliklerini, irade ve tercihlerini dikkate almayan tedavi uygulamaları gibi idari pratikler eklenmektedir⁵⁹.

Hukuki çare arayışında bir hukuki sürecin tarafının insan onuruna yakışır şekilde kendi hikayesini anlatmasına olanak sağlanması insan onurunu korumaktadır. Engelli bireyler açısından hukuki bir süreçte insan onuruna yakışır muamele demek, özerklik, saygı, eşitlik ve irade dışı kuruma yerleştirme veya ilaç tedavisi gibi gereksiz ve ölçüsüz müdahalelere maruz kalmaksızın hareket edebilmeleri anlamına gelmektedir⁶⁰. Engelli birey, ancak bu şekilde kendi hikayesini hukuk makamları önünde anlatabilecektir. Buna karşın engelli kadınların cinsel şiddetin failini tanımlayamama, şiddet ortamını kolaylıkla terk edememe ve fakat bu gibi durumların yargılamada dikkate alınmaması; fiziksel şiddet de dahil olmak üzere, cinsel şiddete karşı koyamadığı için yargıda tecavüz mitlerine maruz kalma, hem hane içinde hem de bakım evi, huzur evi, yatılı rehabilitasyon merkezi gibi kurumlarda şiddete uğrama, ancak korku, utanç ve çaresizlik hissederek şiddeti bildirememesi gibi engellilik ve toplumsal cinsiyet kesişiminde karşımıza çıkan

⁵⁶ Şenyurt Akdağ, Tanay Aksaç, Temur Şimşekcan ve Kara, *Toplumsal Cinsiyet Eşitliği ve Engelli Kadının El Kitabı*, 29; Maria Orchard, "Makul Düzenlemelerin Ötesinde: Aile İçi Şiddet Bağlamında Engelli Kadınlar İçin "Adalet Erişim" Çerçevesinin Tasarlanması", içinde *Uluslararası Engelli Hakları Konferansı: Engellilerin Adalet Erişimi*, (İstanbul: Eşit Hakları İçin İzleme Derneği, 2018), 113.

⁵⁷ Oriti, *Accepting the Challenge-Women with Disabilities*, 8.

⁵⁸ BM EHİK, *Sonuç Gözlemleri: Avusturya*, UN Doc CRPD/C/AUT/CO/1, 2013, para. 22; BM EHİK, *Sonuç Gözlemleri: Azerbaycan*, UN Doc CRPD/C/AZE/CO/1, 2014, para. 21; BM EHİK, *Sonuç Gözlemleri: Meksika*, UN Doc CRPD/C/MEX/CO/1, 2014, para. 17-18.

⁵⁹ BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, A/HRC/34/32, 2017, para. 25-33.

⁶⁰ Perlin, "My Sense of Humanity Has Gone Down the Drain", 101.

tutum ve klişelerle başa çıkmaları gerekmektedir⁶¹. Klişelere göre sergilenen bu gibi tutumlar ise insan onuruna aykırı muamele anlamına gelmektedir.

Engelli kadınlar bakımından ailenin kutsallaştırılıp, bakım desteği veren yegane kurum olarak konumlandırılması da ciddi riskler barındırmaktadır. Örneğin ruh sağlığı sorunları yaşayan ve/veya psikososyal engeli olan kadınların sıklıkla şiddetin, özellikle cinsel şiddetin mağduru oldukları görülmektedir. Tespit edilen şiddet vakalarında, şiddet uygulayanın, mağdurun çoğunlukla tanıdığı kişi/kişiler olduğu, hatta çoğu zaman aile üyelerinden birinin şiddeti uygulayan kişi olduğu görülmektedir. Özellikle tecavüz vakalarından sonra engelli kadınların hamile kalması ve mahkeme kararıyla kürtaj edilmesi yine sıklıkla rastlanan durumlardan biridir. Bu noktada, EHİS'in 17. maddesi gereği kişisel bütünlüğün korunması ilkesinin aksine, engelli kadınların beden bütünlüğünün korunmadığı, hatta farklı kişi ve kurumlar tarafından ikincil ihlallerle aslında yok sayıldığı ortaya çıkmaktadır⁶².

Basmakalıp yargılar, kendini gerçekleştiren kehanet etkisine sahip olduğundan, örneğin zaten yoksullukla mücadele eden, ruh sağlığı sorunları yaşayan ve/veya psikososyal engelli kadınlar ihtiyaç duydukları tedavi ve bakımı alamadıkları için daha derin bir yoksulluğa düşebilmekte, evsiz kalabilmekte, şiddete daha açık hale gelebilmekte ve kendi kendine yetemez duruma düşebilmektedir. Dolayısıyla hem engellilik hem de toplumsal cinsiyetten kaynaklanan kalıpyargılar ve roller bir ayrımcılık biçim olup, aynı zamanda insan hakları ihlali anlamına gelmektedir. Bu noktada engelli kadınların uğradığı ayrımcılık biçimlerine bakmakta fayda vardır.

C. ENGELLİLİK VE TOPLUMSAL CİNSİYET BAĞLAMINDA AYRIMCILIK

Engelli kadınlar, engellilik ve toplumsal cinsiyet gibi iki farklı alanın kesişiminde “*çifte dezavantaj*” olarak da adlandırılan çoklu ayrımcılığa maruz kalabilmektedir. “*Çoklu temelde ayrımcılık*” olarak da adlandırılan çoklu ayrımcılık, bir kişinin birden çok temelde ayrımcılığa uğraması durumunu ifade etmektedir. Buna göre çoklu ayrımcılık bir kişinin farklı alanlarda farklı temelde ayrımcılığa uğramasıyla veya bir kişinin tek bir olayda birden fazla temelde ayrımcılığa uğramasıyla gerçekleşebilir. Örneğin bir kişi hem engelli hem de kadın olduğu gerekçesiyle yargılama esnasında yargıç kendisine tarafsız davranmıyorsa çoklu ayrımcılığa uğruyor demektir⁶³. Bunun yanı sıra son yıllarda kadınları cinsiyetle-

⁶¹ Council of Europe, “Guaranteeing Equal Access of Women to Justice”, 3; İdil Seda Ak, Gizem Tanay Aksaç ve Arzu Şenyurt Akdağ, Türkiye’de Engelli Kadına Yönelik Şiddet Raporu 2013-2014, (Ankara: Engelli Kadın Derneği, 2014), Erişim Tarihi: Şubat 13 2024, 7, <https://www.enkad.org/wp-content/uploads/2022/12/TURKIYEDE-ENGELLI-KADINA-YONEL-I%CC%87K-S%CC%A71%CC%87DDET-RAPORU-2013-2014.pdf>.

⁶² Şenyurt Akdağ, Tanay Aksaç, Temur Şimşekcan ve Kara, *Toplumsal Cinsiyet Eşitliği ve Engelli Kadın El Kitabı*, 44.

⁶³ İdil Işıl Gül-Ulaş Karan, *Ayrımcılık Yaşığı: Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme*, Editör, Burcu Yeşiladalı, Gökçeççek Ayata, (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011), 21.

riyle birlikte etkileyen yaş, ırk, etnik köken, sosyo-ekonomik statü ve engellilik gibi durumlar temelinde ortaya çıkan çoklu baskı sistemlerini ele almanın önemi anlaşılmış olup, çoklu baskı sistemlerinin yol açtığı ayrımcılığın incelenmesinde kesişimsellik yaklaşımı kullanılmaya başlanmıştır⁶⁴. EHİK, çoklu ayrımcılık ile kesişimsel ayrımcılık arasında bir ayırım yapmaktadır. Buna göre çoklu ayrımcılık, “*bir kişinin iki ya da daha fazla gerekçeyle ayrımcılığı deneyimlediği ve karmaşık ve ağırlaşmış ayrımcılığa neden olan durumları*” ifade etmektedir. Kesişimsel ayrımcılık ise “*farklı ayrımcılık gerekçelerinin aynı anda birbirinden ayrılmayacak şekilde keşiştiği durumlar*”da ortaya çıkmaktadır⁶⁵. Kesişimsel ayrımcılık kavramı, EHİK tarafından “*bireylerin homojen bir grubun mensupları olarak ayrımcılığa uğramasından ziyade kimliklerin, statülerin ve hayat koşullarının çok boyutlu katmanlarına ait bireyler olarak*” ayrımcılığa uğraması şeklinde tanımlanmaktadır⁶⁶. Engelli kadınların maruz kaldığı ayrımcılık, çoklu ve kesişimsel ayrımcılık olarak karşımıza çıkabilmektedir. Çoklu ve kesişimsel ayrımcılık kategorileri, yüksek dezavantajlı bireylerin yaşanmış gerçekliklerini ve deneyimlerini dikkate alan kategoriler olmak bakımından ayrıştırılmış veri toplama, müzakere, politika geliştirme, ayrımcılık yapmayan politikaların uygulanabilirliği ve etkin çözümün sağlanması hedefine yönelik tedbirlerin alınmasını gerektirmektedir⁶⁷.

BM Kadına Karşı Şiddet Özel Raportörü’ne göre çoklu ayrımcılık temelinde toplumsal cinsiyete ve engelliliğe ilişkin kalıpyargılar birlikte söz konusu olduğunda engelli kadınlara ve kız çocuklarına yönelik şiddetin kendine özgü biçimleri, nedenleri ve sonuçları açığa çıkarılmalıdır⁶⁸. Raportör’ün tespitlerine göre toplumsal cinsiyete dayalı şiddet vakalarında, engelli kadınların örneğin tanık ifadelerinin veya şikayetlerinin kabul görmemesi veya dikkate alınmaması gibi durumlarda, hem toplumsal cinsiyete hem de engelliliğe dayalı klişeler temelinde çoklu ayrımcılık meydana gelebilmektedir. Gerçekten de psikososyal engelli kadınların ve kız çocuklarının hukuki ehliyetleri ve güvenilirlikleri hakkında olumsuz sonuçlara yol açabilmektedir. Yine Raportör’e göre bu gibi olumsuz sonuçların başında engelli kadınların, onları “*insan olarak görmeyen, çocuklaştıran, dışlamaya veya tecrit etmeye yönelen, cinsel ve diğer şiddet biçimleri için hedef*

⁶⁴ Johanna E. Bond, “International Intersectionality: A Theoretical and Pragmatic Exploration of Women’s International Human Rights Violations”, *Emory Law Journal* 52, S. 71 (2003), 72-73; Ayşe Güneş, “Kesişimsellik Yaklaşımı Bağlamında Kadına Yönelik Toplumsal Cinsiyete Dayalı Şiddete İlişkin CEDAW Komitesi Genel Tavsiye 35 Sayılı Kararı’nın Analizi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 29, S. 3 (2021), 1749-1750.

⁶⁵ BM EHİK, CRPD/C/GC/3, 2016, para. 4/c.

⁶⁶ BM EHİK, CRPD/C/GC/3, 2016, para. 16.

⁶⁷ BM EHİK, CRPD/C/GC/3, 2016, para. 16.

⁶⁸ BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, “Report by Special Rapporteur on Violence against Women, its Causes and Consequences Rashida Manjoo”, A/67/227, 2012, Erişim Tarihi: Mart 14, 2024, para. 41, 76-84, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Women/A.67.227.pdf>.

gösteren” toplumsal klişelerle ve önyargılarla çevrili olmaları nedeniyle yüksek şiddet riski altında olmaları gelmektedir⁶⁹. Benzer bir tespiti EHİK de yapmaktadır. Buna göre ruh sağlığı sorunları olan veya psikososyal engeli olan kadınların adli süreçlerde hukuki ehliyetlerinin olmadığı gerekçesiyle tanıklıklarının reddedilmesi ve böylece bu kadınların şiddet mağduru olarak adalet ve etkili çözüm yollarından mahrum bırakılması durumunda doğrudan ayrımcılık meydana geldiği tespit edilmektedir⁷⁰.

CEDAW ve EHİS’in önyargılar, kalıpyargılar ve bunlara dayalı rollere ilişkin benzer bir yaklaşıma sahip olduğu üzerinde durulmaktadır. Bu bağlamda engellilik ve toplumsal cinsiyete dayalı kalıpyargıların yol açtığı ayrımcılık ve hak ihlalleri konusunda CEDAW Komitesi’nin hukuk doktrinine öncülük ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim R.P.B./Filipinler kararında hem konuşma hem de işitme engeli olan 17 yaşındaki bir kız çocuğunun tecavüze maruz kalması vakasını ele alan CEDAW Komitesi, iç hukukta ilk derece mahkemesinin kalıpyargılara dayanarak sanıkları beraat ettirmesini CEDAW’ın ihlali olarak yorumlamaktadır. Buna göre duruşmada yargıcın klişeleştirmeye başvurarak, R.P.B.’nin engelli bir kız çocuğu olduğunu göz önünde bulundurmaksızın, saldırıya belirli bir şekilde, örneğin fiziksel olarak karşılık vermediği gerekçesiyle R.P.B.’nin ifadelerinin güvenilirliğine ilişkin olumsuz bir değer yargısına ulaşmasının bir insan hakları ihlali oluşturduğu tespit edilmektedir⁷¹.

Benzer şekilde CEDAW Komitesi, zaman içinde kesişimsellik yaklaşımını benimseyerek genel tavsiye kararlarında kadına karşı cinsiyet ayrımcılığıyla kesişen diğer baskı unsurlarını ayrıntılı bir şekilde ele almış ve kesişimsel ayrımcılığı Sözleşme metni kapsamı değerlendirmeye başlamıştır⁷². Nitekim kadınlara yönelik şiddeti ele aldığı 1992 tarihli 19 no.lu Genel Tavsiye Kararı’nı kesişimsellik yaklaşımı bağlamında 2017 yılında güncelleyen CEDAW Komitesi, “*kadına yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddet*” başlıklı 35 No.lu Genel Tavsiye Kararı’nı yayımlamıştır⁷³. Bu güncellemede EHİS’in engelliliğe ilişkin yaklaşımı ve bundan hareketle Sözleşme’yi yorumlayan EHİK’nin engelli kadınlara yönelik ayrımcılıkla mücadeleye ilişkin görüşleri etkili olmuştur⁷⁴.

Hak ihlali anlamına gelen ayrımcılığın çoklu ve kesişimsel türlerinin açığa çıkarılması, çifte dezavantajlı bireylerin yaşanmış gerçekliklerinin ve deneyimlerinin

⁶⁹ BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, A/67/227, 2012, para. 41, 76-84.

⁷⁰ BM EHİK, CRPD/C/GC/3, 2016, para. 17/a.

⁷¹ BM CEDAW Komitesi, R.P.B./Filipinler, Başvuru No. 34/2011, CEDAW/C/57/D/34/2011, 2014, para. 8/9, 8/10 ve 9.

⁷² Güneş, “Kesişimsellik Yaklaşımı Bağlamında Kadına Yönelik Toplumsal Cinsiyete Dayalı Şiddet”, s. 1741.

⁷³ Bkz. BM CEDAW Komitesi, *Kadınlara Yönelik Toplumsal Cinsiyete Dayalı Şiddete İlişkin 35 No.lu Genel Tavsiye Kararı (19 Sayılı Genel Tavsiye Kararı Güncellendi)*, CEDAW/C/GC/35, 2017.

⁷⁴ BM CEDAW Komitesi, CEDAW/C/GC/35, 2017, para. 3.

dikkate alınmasıyla mümkündür. Örneğin adalete erişim bağlamında doğrudan ayrımcılık, psikososyal engeli olan kadınların tanıklıklarının hukuki ehliyet nedeniyle yargılamaya sürecinde reddedilmesi durumunda meydana gelmekte olup, kadınların deneyimlerinin ve yararlanabilecekleri etkin çözümlerin yok sayılması anlamına gelmektedir. Bunun yanı sıra dolaylı ayrımcılık, ilk bakışta tarafsız görünen yasa, politika ve uygulamaların engelli kadınlar üzerinde orantısız olarak olumsuz etkisinin olmasını ifade etmektedir. Örneğin sağlık tesisleri tarafsız görünebilir, fakat engelli kadınlara uygun uygun jinekolojik muayene masası olmadığı zaman ayrımcı muameleye yol açmaktadır⁷⁵. Yine adliye binalarında ve diğer adli birimlerde makul düzenlemenin yokluğu, ayrımcılığa neden olabilmektedir. Söz gelimi engelli bir kadının, adliyenin fiziksel ve/veya bilgiye erişilebilirliğinin olmaması nedeniyle dilekçe sunma, dosya inceleme, harç yatırma gibi işlemleri gerçekleştirememesi adalete erişim hakkının ihlali anlamına gelecektir. Buna ek olarak adliyelerin sadece fiziksel olarak değil, benimsediği yargı örgütü kültürüyle de hem engelli hakları temelli hem de toplumsal cinsiyet eşitliği bakış açısına göre kurulmuş ve işliyor olması önem taşımaktadır. Söz gelimi yapısal veya sistemli ayrımcılık, ayrımcı kurumsal davranışların, kültürel geleneklerin ve toplumsal norm ve/veya kuralların açık ya da örtük şekilde uygulanması sonucu karşımıza çıkmaktadır⁷⁶. Bu tür bir ayrımcılığa neden olabilecek zarar verici cinsiyet ve engellilik kalıpyargıları, özellikle engelli kadınlara yönelik politika, düzenleme ve hizmetlerin olmayışıyla ayrılmaz bir şekilde bağlantılıdır. Örneğin engelli kadınlar şiddeti raporlama konusunda polis, savcılık ve mahkemede kuşku ve reddedilmeyle karşılaştığında, gerekli kamu otoritesine erişse bile ikincil engellerle yüz yüze gelebilmektedir⁷⁷.

Dolayısıyla engelli kadınlara dair zarar verici kalıpyargıların önlenmesi hakkında kamu görevlileri, öğretmenler, sağlık hizmeti sağlayıcılar, polis, savcı, yargıç ve noterlere yönelik farkındalık eğitim ve politikalarının olmayışı adalete erişim hakkı ihlallerine yol açabilmektedir⁷⁸. Söz gelimi bir avukata vekalet vermek isteyen görme engelli bir kadından noterlik makamının iki tanık getirmesini istemesi, aksi halde vekaleti düzenlememesi ya da engelli bir kadının mahkeme harcını yatırmak amacıyla hesabından para çekmek ya da bir hesaba para yatırmak için banka şubesine gittiğinde ondan tanık veya ailenin erkek bireylerinden birinin yanında olmasının istenmesi, aksi halde hesabı bulunan bu banka şubesinden para çekmesinin önlenmesi⁷⁹ adalete erişim hakkı bakımından ayrımcılık anlamında gelecektir.

⁷⁵ BM EHİK, CRPD/C/GC/3, 2016, para. 17/b.

⁷⁶ BM EHİK, CRPD/C/GC/3, 2016, para. 17/e.

⁷⁷ BM EHİK, CRPD/C/GC/3, 2016, para. 17.

⁷⁸ BM EHİK, CRPD/C/GC/3, 2016, para. 17/e.

⁷⁹ Osman Sezer, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesindeki Son Düzenlemeler Bağlamında Engellilik Nedeniyle Yapılan Ayrımcılığa Yönelik Değerlendirmemiz", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3 (2016), 543; Osman Sezer, "Engelliler ve Ceza Hukuku", *Yarasa Hukuk Elektronik Dergi*, S. 1 (Temmuz 2022), Erişim Tarihi: Şubat 20, 2024, <https://gorevhukuk.org.tr/node/10>.

IV. ENGELLİ KADINLARIN ADALETE ERİŞİMİNE İLİŞKİN DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Adalete erişim de dahil engelli kadınların insan haklarının güvence altına alınması, yasaların çerçevesini çizen toplumsal yapıların ve iktidar ilişkilerinin, sosyo-ekonomik dinamiklerin, ailenin, toplumsal yaşamın ve kültürel inançların kapsamlı bir şekilde kavranmasını gerektirmektedir. Bu kavrayış beraberinde devletlere yaşamın tüm alanlarında engellilere ilişkin klişeler, önyargılar ve zarar verici uygulamalarla mücadele etmeyi bir yükümlülük olarak getirmektedir⁸⁰. EHİS, CEDAW'dan sonra kültürel normlara dayalı klişelere karşı devletlere açık yükümlülükler getiren yalnızca ikinci uluslararası insan hakları sözleşmesidir. Gerçekten de EHİS m.8/1/b'ye göre taraf devletler, “yaşamın her alanında cinsiyet ve yaşa dayalı ayrımcı davranışlar da dahil olmak üzere engellilere yönelen kalıpyargılar, önyargılar ve zararlı uygulamalarla mücadele etme” amacını gerçekleştirmek için acil, etkin ve uygun tedbirleri almakla yükümlü kılınmaktadır. Bu yükümlülük, kalıpyargılar birden fazla bireysel niteliğe dayandığında ayrımcılık ve diğer hak ihlalleri deneyimlerinin farklılık gösterebileceğini kabul ettiği için engelli kadınlar bakımından özellikle önem taşımaktadır⁸¹. Dolayısıyla EHİS'in engellilik ve cinsiyete dayalı birden fazla kalıpyargıyı ilgilendiren ayrımcılık ve ihlal biçimlerinin, salt engelliliğe veya cinsiyete dayalı olanlardan bağımsız biçimde ele alınması gerektiğine işaret ettiği söylenebilir.

Bu noktada adalete erişim sürecinden hem karar alma hem de haktan istifade aşamasında dışlanan engelli kadınların uluslararası insan hakları standartları uyarınca diğerleriyle eşit şekilde adalete erişim hakkından yararlanabilmesi için devletlerin ayrımcılığı yasaklamakla yetinmesi yeterli değildir. Yasaklamanın yanı sıra hukuki ehliyetlerini kullanabilmeleri için hizmet ve tesislere fiziksel, dijital ve diğer uygun araçlarla erişilebilirliğin güvence altına alınması gerektiğinden, devletlerin hem negatif hem de pozitif yükümlülükleri bir arada ele alması gerekmektedir⁸². Bu husus, aynı zamanda hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkına saygı gösterme yükümlülüğünün de bir parçasıdır.

Bu kapsamda BM bünyesinde Engellilerin İnsan Hakları Özel Raportörü tarafından 2018'de başlatılan engelli bireylerin diğerleriyle eşit şekilde adalete etkin erişimini sağlamak için ilkelerin ve stratejilerin belirlenmesi çalışması 2020'de tamamlanmış olup, BM İHYK tarafından “*Engelli Bireylerin Adalete Erişimi Hakkında Uluslararası İlkeler ve Kurallar Kılavuzu*” (International Principles and Guidelines on Access to Justice for Persons with Disabilities) başlı-

⁸⁰ BM EHİK, CRPD/C/GC/3, 2016, para. 8.

⁸¹ Simone Cusack, “Building Momentum Towards Change: How the UN's Response to Stereotyping is Evolving”, içinde *Stereotypes and Human Rights Law*, Editör, Eva Brems, Alexandra Timmer, (Intersentia: 2016), 20.

⁸² Selda Çağlar, “Engellilerin Erişebilirlik Hakkı ve Türkiye'de Erişebilirlikleri”, *AÜHFD* 61, S. 2 (2012), 566-567.

ğıyla yayımlanmıştır. Kılavuz'a göre adalete erişimin gerçekleşmesi için ulusal hukuklara yol gösterici on ilke belirlenmiştir. Bu ilkeler özetle şu şekildedir: Engellilik durumu ayırt edilmeksizin hukuki ehliyete⁸³ sahip olma hakkı (İlke 1); adalete erişimle ilgili tesis ve hizmetlerin erişilebilirliği (İlke 2); usule ilişkin uyumlaştırma⁸⁴ doğrultusunda uygun usuli düzenlemelere göre muamele görme hakkı (ilke 3); yasal bildirimlere ve bilgilere eşit şekilde erişme hakkı (İlke 4); uluslararası hukukta tanınan tüm maddi ve usuli güvencelere eşit erişim hakkı (İlke 5); ücretsiz veya uygun fiyatlı hukuki yardım alma hakkı (İlke 6); adalet sisteminin yönetimine eşit şekilde katılma hakkı (İlke 7); insan hakları ihlalleri ve suçlarla ilgili şikayetleri bildirme ve yasal işlem başlatma; bu şikayetlerinin soruşturulması ve etkili hukuk yollarına başvurma hakkı (İlke 8); etkili ve di-rençli izleme mekanizmalarına erişim (İlke 9); adalet sisteminde çalışan herkese, özellikle adalete erişim bağlamında, engelli bireylerin haklarını ele alan bilinç yükseltme programları ve eğitimler düzenlenmesi (İlke 10)⁸⁵.

Kılavuzda yer alan ilkeler arasında toplumsal cinsiyete ve/veya engelli ka-dınlara yönelik münferit bir ilke olmamakla birlikte, her bir ilkenin yerine getiril-mesine ilişkin önerilerde toplumsal cinsiyete duyarlı politikalara vurgu yapıldığı görülmektedir. Örneğin adalete erişimde ayrımcılık yasağıyla ilişkili İlke 3 çer-çevesinde ayrımcılığın önlenmesi ve engellilerin tüm hukuki sürece etkin ve eşit katılımının güvence altına alınması için devletlerin, engelli bireyler için cinsiyete ve yaşa uygun şekilde kişiselleştirilmiş usul düzenlemelerini temin etmesi gerekti-ği belirtilmektedir⁸⁶. Adli yardıma ilişkin İlke 6 kapsamında toplumsal cinsiyete dayalı şiddet birimleri gibi uzmanlaşmış hizmetlerin engelli bireyler için de eşit şekilde erişilebilir olmasının sağlanması gerektiği ifade edilmektedir⁸⁷. Benzer şekilde İlke 8'e göre engelli bireyler bakımından hem şikayet mekanizmalarının

⁸³ Kılavuz'da EHİK'in hukuki ehliyet tanımı benimsenmektedir.

⁸⁴ Kılavuza göre engelli bireylerin adalete erişimi için usuli düzenlemelerin de uyumlaştırılması ge-rekmektedir. Buna göre belirli bir durumda ihtiyaç duyulduğunda, engelli bireylerin diğerleriyle eşit olarak katılımını sağlamak için adalete erişim bağlamında gerekli ve uygun tüm değişiklik ve düzenlemeler usule ilişkin uyumlaştırma kapsamında kabul edilmektedir. Makul uyumlaştırmanın aksine, usule ilişkin uyumlaştırma, "orantısız veya aşırı yük" kavramıyla sınırlı değildir. Usule ilişkin uyumlaştırma ile makul uyumlaştırma arasında çok temel bir fark söz konusu olup, birbirine karıştırılmaması gerekmektedir. Buna göre usule ilişkin uyumlaştırmayı da kapsayan EHİS'in 13. maddesinde adalete erişim hakkı, tüm hakların etkili şekilde kullanılması ve gerçekleşmesi için güvence görevi görmektedir. Dolayısıyla usule ilişkin bir uyumlaştırmanın yapılmamış olması, adalete erişim hakkıyla bağlantılı olarak engelliliğe dayalı bir ayrımcılık biçimi oluşturacaktır. BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, *Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme'nin 5. maddesine İlişkin Eşitlik ve Ayrımcılık Yapılmaması Raporu*, A/HRC/34/26, 2016, para. 35.

⁸⁵ BM İHYK, *International Principles and Guidelines on Access to Justice for Persons with Disabilities*, 11.

⁸⁶ BM İnsan hakları Yüksek Komiserliği, *International Principles and Guidelines on Access to Justice for Persons with Disabilities*, 15.

⁸⁷ BM İnsan hakları Yüksek Komiserliği, *International Principles and Guidelines on Access to Justice for Persons with Disabilities*, 20.

ve soruşturmaların toplumsal cinsiyete duyarlı olması hem de toplumsal cinsiyete dayalı şiddetle, nefret suçuyla, çocuklarla ve insan ticaretiyle ilgilenen birimler gibi uzmanlaşmış birimlerin engelli bireyler için erişilebilir ve ihtiyaçlarına cevap verebilir olması sağlanmalıdır⁸⁸. Bilinç yükseltme ve eğitim faaliyetlerini düzenleyen Ülke 10 çerçevesinde de eğitim programlarının asgari içeriğinde engellilikle kesişen toplumsal cinsiyet, yoksulluk, göçmenlik gibi diğer dezavantajların yarattığı ayrımcılık biçimlerinin yanı sıra, toplumsal cinsiyete ve engelliliğe ilişkin zararlı kalıpyargılarla ve önyargılarla mücadele de dahil olmak üzere, engelli bireylerin hukuk önünde kişi olarak tanınma hakkını zedeleyen yapılarla nasıl başa çıkılacağına ilişkin yollara/yöntemlere yer verilmelidir⁸⁹.

Nitekim hak ihlali ve ayrımcılığa yol açan toplumsal cinsiyete dayalı kalıpyargılara karşı sağlık, hukuk, eğitim ve sosyal hizmet alanında çalışan uzmanlar; yargı, polis, seçim görevlileri gibi kamu görevlileri ve medya uzmanları, gazeteciler gibi konuyla ilgili her uygulayıcıya yönelik eğitim-öğretim faaliyetleri yürütmek ve bilinç yükseltme çalışmaları yapmak devletin ödevleri arasındadır. Bu ödev kapsamında engelliliğe ilişkin basmakalıp yargılara karşı engellileri hak özneleri olarak gören politikalar ve programlar geliştirilmesini gerektirmektedir⁹⁰. Bu noktada CEDAW Komitesi'nin basmakalıp yargılara ilişkin içtihadı, EHİK için yol gösterici olmaktadır. Gerçekten de CEDAW Komitesi'nin R.P.B./Filipinler kararına göre Sözleşme'ye taraf devletin tüm cinsel şiddet yargılamalarının tarafsız, adil ve hayatta kalanın cinsiyeti, yaşı veya engeline dayalı klişelerden arındırılmış olarak yürütülmesini sağlaması gerekmektedir. Ayrıca yargıçlara, avukatlara, savcılara, noterlere ve diğer hukuk pratisyenlerine düzenli eğitimler verilerek klişelerin yargılama işlemlerini ve karar alma sürecini etkilememesi güvence altına alınmalıdır⁹¹.

Aynı zamanda CEDAW Komitesi, 35 No.lu Tavsiye Kararı'nda kesişimsel ayrımcılığı dikkate alarak, engelli kadınların adalete erişim hakkının güvence altına alınması için devletin geleneksel, dini ve yerel yasalar da dahil olmak üzere kadınlara karşı ayrımcılık yaparak onlara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddeti tetikleyen, neden olan, meşru kılan veya hoş gören tüm yasal hükümlerin yürürlükten kaldırılması yükümlülüğü getirmektedir. Bu kapsamda engelli kadınları yasal haklarından istifade etmekten alıkoyan veya engelli kadınların mahkemede şahitlik yapma hakkını kısıtlayan vesayet yasaları gibi kadınların toplumsal cinsiyete dayalı şiddeti rapor etmesini engelleyen veya kısıtlayan yasalar yürürlükten kaldırıl-

⁸⁸ BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, *International Principles and Guidelines on Access to Justice for Persons with Disabilities*, 23.

⁸⁹ BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, *International Principles and Guidelines on Access to Justice for Persons with Disabilities*, 27.

⁹⁰ BM EHİK, UN Doc CRPD/C/AZE/CO/1, 2014, para. 21; BM EHİK, UN Doc CRPD/C/MEX/CO/1, 2014, para. 18.

⁹¹ BM CEDAW Komitesi, CEDAW/C/57/D/34/2011, 2014, para. 9.

malıdır⁹². Bunun yanı sıra Komite, 35 No.lu Tavsiye Kararı'nda kadınların adalete erişim hakkını ele aldığı 33 No.lu Tavsiye Kararı'na atıfta bulunarak, devletlerin toplumsal cinsiyete dayalı şiddete maruz kalan ve hukuki çözüm yollarına başvuran kadınları ve şiddete tanık olanları korumak, bu kişilere destek sağlamak için yasal işlemler öncesinde, süresince ve sonrasında, etkin önlemler alma ve uygulama yükümlülüğünü açıklamaktadır. Buna göre şiddete maruz kalanın, tanıkların ve sanığın yasal hakları dikkate alınarak, 33 No.lu Tavsiye Kararı'na uygun olarak, toplumsal cinsiyet konusunda duyarlı yargılama ve önlemler yoluyla mahremiyet ve gizlilik korunmalıdır. Aynı zamanda devletler, koruma yükümlülüğü kapsamında engelli kadınlar bakımından iletişim engellerini ortadan kaldırmak da dahil olmak üzere, şiddete maruz kalanların yasal işlem başlatması için herhangi bir ön koşul olmaksızın şiddetin bir daha yaşanmasını engelleyecek ya da şiddet tehdidini ortadan kaldıracak uygun ve erişilebilir koruma mekanizmalarını sağlamalıdır⁹³. Bu anlamda devletler, tüm yasal işlemler, koruma, destek ve önlem gibi hizmetleri sunarken toplumsal cinsiyete dayalı şiddete maruz kalan engelli kadınların özerkliklerini tanımalı, buna saygı göstermeli ve yaşadıkları çoklu ve kesişimsel ayrımcılık dikkate alınarak hizmetlerin erişilebilirliği güvence altına alınmalıdır⁹⁴.

SONUÇ

Diğer uluslararası insan hakları sözleşmeleri gibi EHİS de her ülkenin hukuk sistemine dahil edildikten sonra ulusal hukukun bir parçası haline gelmektedir. Bu anlamda içerdiği ilke ve kavramlar bağlamında EHİS iç hukukta iki yönlü bir etkiyle doğrudan uygulanabilir niteliktedir. Konumuz çerçevesinde engelli kadınlara ilişkin ortaya koyduğu toplumsal cinsiyet bakış açısı ile adalete erişimi bir insan hakkı olarak ele aldığı yaklaşımı ulusal hukuklara yol göstericidir. Dolayısıyla bir yönüyle iç hukukta tüm hukuk pratisyenleri (hakimler, savcılar, noterler, avukatlar gibi) yasaları Sözleşme'ye uygun olarak yorumlamakla yükümlüdür. Diğer yönüyle bir insan hakları sözleşmesi olduğu için ulusal hukuk kaynaklarına dahil edildiğini göz önünde bulundurarak, devletlerin iç hukuk metinlerini EHİS'e uygun şekilde uyarlamaları öncelikli bir gereklilik oluşturmaktadır.

Engelli kadınların adalete erişim hakkına ilişkin devlet yükümlülükleri de göstermektedir ki devletler, EHİS'in engellilikle ilgili ortaya koyduğu paradigma değişikliğini benimseyerek, engelli kadınların hukuk sistemi ve kamu otoriteleri tarafından savunmasız veya korunmaya muhtaç kurbanlar olarak değerlendirilmesini ve istismarcının yargılanması yerine aşırı korumacı bir tavır sergilenmesini önlemeli; kendi kaderini tayin hakkını ve hukuki güçlenmeyi desteklemelidir⁹⁵.

⁹² BM CEDAW Komitesi, CEDAW/C/GC/35, 2017, para. 31/c.

⁹³ BM CEDAW Komitesi, CEDAW/C/GC/35, 2017, para. 40.

⁹⁴ BM CEDAW Komitesi, CEDAW/C/GC/35, 2017, para. 41.

⁹⁵ Orchard, "Makul Düzenlemelerin Ötesinde", 113-114.

Bu bakış açısına uygun olarak, adalete erişimi hakkının yaşama geçebilmesi için engelli bireylerin insan onuruna ve haklarına saygı duyulmasına yönelik bilinçlendirme çalışmaları (EHİS m.8); cinsiyete dayalı görünümleri dahil sömürü, şiddet ve istismara karşı uygun yasal, idari, sosyal, eğitsel ve diğer tüm tedbirlerin alınması (EHİS m.16); cinsiyete duyarlı sağlık hizmetleri de dahil sağlık hakkının yaşama geçirilmesi (EHİS m.25); rehabilitasyon ve rehabilitasyon hizmetlerinin sunulmasına yönelik devlet yükümlülüklerinin 13. maddeyle birlikte ele alınması önerilmektedir.

Buna karşılık EHİK'nin yasa önünde eşit tanınmaya ilişkin 1 No.lu Genel Yorum'u da göstermektedir ki insan hakları temelli engellilik modelinin, vekaleten karar verme paradigmasından destekli karar verme mekanizmasına geçiş anlamına geldiği, devletler tarafından tam olarak anlaşılammıştır. Oysaki EHİS, yasa önünde eşit tanınmanın “*her yerde*” geçerli olduğunu belirtmektedir. Başka bir deyişle, uluslararası insan hakları hukukuna göre bireyin yasa önünde kişi olarak tanınma hakkından mahrum edilmesini ya da bu hakkın kısıtlanmasını meşru kılan hiçbir koşul/durum bulunmamaktadır. Aynı zamanda yasa önünde bir kişi olarak eşit tanınma hakkı, diğer haklardan tam olarak yararlanmanın bir ön koşulu olarak kabul edilmelidir. Bu husus, adalete erişim hakkının gerçekleşmesinde ayrıca önem taşımaktadır.

Buna karşılık engelli kadınlar, adalete erişim sürecinde devletler tarafından bu paradigma değişiminin anlaşılammış olmasından kaynaklı olarak hak ihlallerine ve ayrımcılığa maruz kalmaktadırlar. Bu çalışmada ihlal ve ayrımcılık biçimleri, engelli kadınların adalete erişimi önündeki hukuki-toplumsal engeller olarak adlandırılmıştır. Bu engellerin, adalete erişim sürecinde hukuk pratiğinden kaynaklı, engelli kadınların karşılaştıkları çoklu ve/veya kesişimsel ayrımcılıkla ilgili ya da kültürel normların hukuka yansması sonucu ortaya çıkabildiği tespit edilmiştir. Engelliliğe ilişkin zararlı klişeler, tutumlar, pratikler ile toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılık birleştiğinde engelli kadınların adalete erişim sürecinde ikincil mağduriyetler yaşadıkları ve ayrımcılığın bu anlamda katmerlendiği görülmüştür. Engelli kadınların adalete eşit erişimini engelleyen başlıca etmenler şu şekilde özetlenebilir: Hukuki ehliyetin kullanılmasına ilişkin kısıtlamalar ve engelli kadınları erkek aile bireyelerine muhtaç konumlandırın kişi anlayışı; mahkemeler ve polis karakolları gibi adli tesislere fiziksel ve bilgiye erişimin bulunmayışı, bunun için gerekli altyapının olmayışı; adli yardım ve hukuki temsile erişimdeki engeller; adaletin yerine getirilmesinin her aşamasında engelli kadınların katılma yeteneklerini sorgulayan ataerkil zararlı kalıpyargılara dayalı tutumlar ve adalet alanında çalışan profesyonellerin engellilik ve toplumsal cinsiyet konusundaki eğitim ve farkındalık eksikliğidir.

Bu engellerin ortadan kaldırılması devletin yükümlülüğüdür. Gerçekten de hem EHİS hem de CEDAW'ın yaklaşımına göre engelli kadınların adalete erişim

hakkının güvence altına alınması gerekmektedir. Bunun için mevzuatın yapılmasını, yorumlanmasını ve uygulanmasını etkileyen iktidar ilişkileri, sosyo-ekonomik dinamikler, aile, toplumsal ve kültürel yapılar, EHİS'in ortaya koyduğu insan hakları temelli engellilik modeli ve CEDAW'ın cinsiyete dayalı iktidar ilişkilerini dönüştürücü eşitlik yaklaşımı bağlamında ele alınmalıdır. EHİK'nin de görüşü doğrultusunda, engelli kadınların, herhangi bir engelinin bulunmasının ve cinsiyetinin, EHİS'in 12. maddesi uyarınca herhangi bir hakkın ya da hukuki ehliyetin reddedilmesi için gerekçe oluşturamayacağı, dolayısıyla Sözleşme'nin 13. maddesinde düzenlenen adalete erişim hakkının da bu bağlamda anlaşılması gerektiğinin altı çizilmelidir. Bu noktada devletin engelli kadınlara diğerleriyle birlikte eşit temellerde tam hukuki ehliyetin tanınmasını sağlamak için, 12. maddeyi amacı ya da sonucu açısından ihlal eden her türlü hukuk normuna ve/veya uygulamaya derhal son verme yükümlülüğü söz konusudur. Buna karşılık engelli kadınların hukuk önünde görünmeyen bir alana itilerek, haklarına diğerleriyle eşit şekilde erişebilmesini ve hem özel hem kamusal yaşama azami katılım olanaklarını engelleyen etkenlerin varlığını sürdürdüğü görülmektedir. Bu çalışmanın da engelli kadınların hukuk önünde eşit tanınma ve hak arama özgürlüğü bağlamında adalete erişim hakkı mücadelesine katkı sunması amaçlanmıştır.

KAYNAKÇA

- Ak, İdil Seda, Tanay Aksaç, Gizem ve Şenyurt Akdağ, Arzu, Türkiye’de Engelli Kadına Yönelik Şiddet Raporu 2013-2014. Ankara: Engelli Kadın Derneği, 2014, Erişim Tarihi: Şubat 13 2024. <https://www.enkad.org/wp-content/uploads/2022/12/TURKIYEDE-ENGELLI-KADINA-YONEL-I%CC%87K-S%CC%A7I%CC%87DDET-RAPORU-2013-2014.pdf>.
- Al-Nashif, Nada. Annual Full-day Discussion on the Human Rights of Women. Human Rights Council 47th Session. 5 Temmuz 2020, Erişim Tarihi: Şubat 17, 2024. <https://www.ohchr.org/en/statements/2021/07/panel-1-violence-against-women-and-girls-disabilities>.
- Alver, Damla, Şimşek, Emre, Koçakgöl, Muhammet ve Karacan, Olcay vd. *Kız Çocuklarının Adalete ve Adli Yardım Hizmetlerine Erişim Rehberi, Türkiye’de Kadınların Adalete Erişiminin Desteklenmesi Projesi*. Ankara: Uçan Süpürge Vakfı, 2022, Erişim Tarihi: Şubat 14, 2023. <https://ucansupurge.org.tr/kiz-cocuklarinin-adalete-ve-adli-yardim-hizmetlerine-erisim-rehberi/>.
- Bedner, Adriaan ve A.C. Vel, Jacqueline. “An Analytical Framework for Empirical Research on Access to Justice.”, *Law, Social Justice & Global Development Journal (LGD)*, S. 1 (2010): 2-29.
- BM CEDAW Komitesi, *Engelli Kadınlara İlişkin 18 No.lu Genel Tavsiye Kararı*, A/46/38, 10. Oturum, 1991.
- BM CEDAW Komitesi, *Kadınların Adalete Erişimine İlişkin 33 No.lu Genel Tavsiye Kararı*, CEDAW/C/GC/33, 2015.
- BM CEDAW Komitesi, *R.P.B./Filipinler*, Başvuru No. 34/2011, CEDAW/C/57/D/34/2011, 2014.
- BM EHİK, *Engelli Kadınlar ve Kız Çocukları Üzerine Genel Yorum No. 3*, CRPD/C/GC/3, 2016.
- BM EHİK, *Sonuç Gözlemleri: Avusturya*, UN Doc CRPD/C/AUT/CO/1, 2013.
- BM EHİK, *Sonuç Gözlemleri: Azerbaycan*, UN Doc CRPD/C/AZE/CO/1, 2014.
- BM EHİK, *Sonuç Gözlemleri: Meksika*, UN Doc CRPD/C/MEX/CO/1, 2014.
- BM EHİK, *Yasa Önünde Eşit Tanınmaya İlişkin Genel Yorum No. 1*, CRPD/C/GC/1, 2014.
- BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, *International Principles and Guidelines on Access to Justice for Persons with Disabilities*, Cenevre: 2020.
- BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, *Mental Health and Human Rights: Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, A/HRC/34/32, 2017.
- BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, *Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme’nin 5. maddesine İlişkin Eşitlik ve Ayrımcılık Yapılmaması Raporu*, A/HRC/34/26, 2016.
- BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, *Thematic Study on the Issue of Violence Against Women and Girls and Disability*, A/HRC/20/5, 2012.
- BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, “Report by Special Rapporteur on Violence against Women, its Causes and Consequences Rashida Manjoo”, A/67/227, 2012, Erişim Tarihi: Mart 14, 2024, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Women/A.67.227.pdf>.

- Bond, Johanna E. “International Intersectionality: A Theoretical and Pragmatic Exploration of Women’s International Human Rights Violations.”, *Emory Law Journal* 52, S. 71 (2003): 71-186.
- Council of Europe, *Guaranteeing Equal Access of Women to Justice*, Gender Equality Strategy, 2015.
- Cusack, Simone. “Building Momentum Towards Change: How the UN’s Response to Stereotyping is Evolving.”, içinde *Stereotypes and Human Rights Law*, Editör, Eva Brems, Alexandra Timmer. Intersentia: 2016: 11-39.
- Çağlar, Selda. “Engellilerin Erişebilirlik Hakkı ve Türkiye’de Erişebilirlikleri.”, *AÜHF* 61, S. 2 (2012): 541-598.
- Çağlar, Selda. “Engelli Hakları Sözleşmesi’nde Ayrımcılık Yasağı ve Türkiye’nin Uyum Sorunu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 96 (2011): 149-178.
- Erkem, Nalan. *Psikososyal Engelli Bireylerin Adalete Erişimi*, İstanbul: Ruh Sağlığında İnsan Hakları Girişimi Derneği, 2015.
- Favalli, Silvia. “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities in the Case Law of the European Court of Human Rights and in the Council of Europe Disability Strategy 2017-2023: ‘from Zero to Hero’.”, *Human Rights Law Review*, S. 18 (2018): 517-538.
- Friedman, Carli ve Owen, Aleksa L. “Defining Disability: Understandings of and Attitudes Towards Ableism and Disability.”, *Disability Studies Quarterly* 37, S. 1 (2017), Erişim Tarihi: Mart 23 2024, <https://production.ojs.dsq-sds.org/index.php/dsq/article/view/5061/4545>.
- Gül, İdil Işıl ve Karan, Ulaş. *Ayrımcılık Yasağı: Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme*, Editör, Burcu Yeşiladalı, Gökçeçiçek Ayata. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011.
- Gül, İdil Işıl. *Yargı Organlarının Faaliyetleri Perspektifinden Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme*. Ankara: Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, 2012.
- Güneş, Ayşe. “Kesişimsellik Yaklaşımı Bağlamında Kadına Yönelik Toplumsal Cinsiyete Dayalı Şiddete İlişkin CEDAW Komitesi Genel Tavsiye 35 Sayılı Kararı’nın Analizi.”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 29, S. 3 (2021): 1739-1771.
- Hatipoğlu Aydın, Duygu. “Kadınların Adalete Erişimi.”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4 (2015): 79-107.
- Izutsu, Takashi, Tsutsumi, Atsuro, Hashimoto, Jin ve Yamada, Yuhei. “Human Rights Aspects of Persons with Mental Health Conditions or Psychosocial Disabilities.”, içinde *Innovations in Global Mental Health*, Editör, Samuel O. Okpaku, İsviçre: Springer, 2021: 1343-1363.
- Kalem Berk, Seda. *Türkiye’de Adalete Erişim: Göstergeler ve Öneriler*. İstanbul: TESEV Yayınları, 2012.
- Lawson, Anna. “Disability, Degradation and Dignity: The Role of Article 3 of the European Convention on Human Rights.”, *Northern Ireland Legal Quarterly* 56, S. 4 (2005): 462-491.
- Macdonald, Roderick A. “Access to Justice in 2003 Scope, Scale, Ambitions (Foundation Paper Executive Summary).”, *Symposium on Access to Justice*. Kanada: 2003: 2-7.

- Marden, Orison S. "Equal Access to Justice: The Challenge and the Opportunity.", *Washington and Lee Law Review* 19, S. 2 (1962): 153-164.
- Maybek, Dicle. *Şiddet Gören Kadına Açılan Kapı: Sığınmaevi ve Sonrasındaki Yaşam Stratejileri*. Ankara: Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyoloji Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2016.
- Orchard, Maria. "Makul Düzenlemelerin Ötesinde: Aile İç Şiddet Bağlamında Engelli Kadınlar için "Adalete Erişim" Çerçevesinin Tasarlanması.", içinde *Uluslararası Engelli Hakları Konferansı: Engellilerin Adalete Erişimi*, İstanbul: Eşit Hakları İçin İzleme Derneği, 2018, 113-125.
- Oriti, Chiara. *Accepting the Challenge-Women with Disabilities: For a Life Free of Violence - An Inclusive and Cross-cutting Perspective*. Montevideo: UN WOMEN, 2021.
- Perlin, Michael L. ve Lynch, Alison J. *Sexuality, Disability, and the Law: Beyond the Last Frontier?*. Palgrave-Macmillan, 2016.
- Perlin, Michael. "'My Sense of Humanity Has Gone Down the Drain': Stereotypes, Stigma and Sanism.", içinde *Stereotypes and Human Rights Law*, Editör, Eva Brems, Alexandra Timmer, Intersentia, 2016: 95-119.
- Rabheru, Kiran ve Gillis, Margaret. "Navigating the Perfect Storm of Ageism, Mentalism, and Ableism: a Prevention Model.", *The American Journal of Geriatric Psychiatry* 29, S. 10 (2021): 1058-1061.
- Sezer, Osman. "Engelliler ve Ceza Hukuku.", *Yarasa Hukuk Elektronik Dergi*, S. 1 (Temmuz 2022), Erişim Tarihi: Şubat 20, 2024. <https://gorevhukuk.org.tr/node/10>.
- Sezer, Osman. "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesindeki Son Düzenlemeler Bağlamında Engellilik Nedeniyle Yapılan Ayrımcılığa Yönelik Değerlendirmemiz.", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3 (2016): 533-544.
- Şenyurt Akdağ, Arzu, Tanay Aksaç, Gizem, Temur Şimşekcan, Nurcihan ve Kara, Özlem. *Toplumsal Cinsiyet Eşitliği ve Engelli Kadın El Kitabı*, Ankara: Engelli Kadın Derneği, 2016. Erişim Tarihi: Şubat 4, 2024. <https://www.enkad.org/wp-content/uploads/2022/12/ToplumsalCinsiyetEngelliKadin.pdf>.
- Şimşek, A. Ash. "Engelli Bireylerin Bilgi Edinme Hakkı: Birleşmiş Milletler Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme'nin Yaklaşımı Bağlamında Bir Değerlendirme.", *YÜHFD* 18, S. 1 (2021): 409-444.
- Uygur, Gülriz ve Özdemir, Nadire. *Adalete Erişimde Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Haritalama ve İzleme Çalışması*. Ankara: CEİD Yayınları, 2021.
- Vickrey, William C., Dunn, Joseph L. ve Kelso, J. Clark. "Access to Justice: A Broader Perspective", *Loyola of Los Angeles Law Review* 42, S. 4 (2009): 1147-1191.
- WHO ve World Organization of Family Doctors. *Integrating Mental Health into Primary Care: A Global Perspective*. 2008. Erişim Tarihi Mart 3, 2024. <https://www.who.int/publications/i/item/9789241563680>.
- Women Watch. "Women with Disabilities." Erişim Tarihi: mart 14, 2024. <https://www.un.org/womenwatch/enable/>.

THE ISSUES OF SCOPE AND LEGAL STATUS IN WTO - IMF CONSULTATIONS^(*)

Dr. Mustafa GÖKER^(**)

Abstract

In designing the international economic governance system after the Second World War, trade and finance, due to the close connection between them, were addressed as parts of a whole. A predictable and stable international monetary system was recognized as prerequisite for healthy and sustainable trade. However, these two issues were regulated under different institutional structures, by envisaging close cooperation and coordination. The International Monetary Fund (IMF), designed to be responsible for international financial and monetary issues, was established in 1944. The International Trade Organization (ITO) was designed to address international trade, while the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), with a limited scope, was temporarily put into implementation in January 1, 1948 to provide rapid tariff reductions until the ratification of ITO Charter. The ITO became still-born as it was not approved by national parliaments, especially by US Congress, and international trade continued to be regulated by the GATT. The GATT, with its unique organizational structure that gradually developed, continued its existence until the establishment of the World Trade Organization (WTO) in 1995 and hosted international trade negotiations. WTO, with more advanced legal and institutional structure, took over the functions of the GATT. Formal consultation procedures have constituted an important part of the cooperation between the GATT/WTO and the IMF in the context of the management of international trade and monetary/financial system. These procedures differ from traditional cooperation activities between international organizations and have a special character. It is regulated in a binding language as an obligation for the relevant WTO bodies to apply for consultations with the IMF on certain issues and to comply with the inputs received from the IMF. There are some points open to interpretation regarding the scope of the consultations and the binding and functional status of IMF inputs in the WTO, which this study discusses.

Keywords

World Trade Organization (WTO), International Monetary Fund (IMF), Balance of Payments Restrictions, Exchange Arrangements, WTO-IMF Consultations.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 18.02.2024 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 02.05.2024,
DOI No: <https://doi.org/10.54704/akdhfd.1439203>.

The views in this study belong to the author himself and do not reflect the opinion of the institution he works for.

^(**) Senior Trade Expert, Turkish Ministry of Trade / Ankara, Türkiye.
E-posta: mustafa7goker@yahoo.com,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-7853-5887>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

DTÖ - IMF DANIŞMALARINDA KAPSAM VE HUKUKİ STATÜ MESELELERİ

Öz

İkinci Dünya Savaşı sonrasında uluslararası ekonomik yönetim sistemi tasarlanırken ticaret ve finans konuları, aralarındaki yakın bağlantı nedeniyle bir bütünün parçaları olarak ele alınmıştır. Öngörülebilir ve istikrarlı bir uluslararası para sistemi, sağlıklı ve sürdürülebilir bir uluslararası ticaret için ön koşul olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte, bu iki konu farklı kurumsal yapılar altında düzenlenmiş; bu yapılar arasında yakın işbirliği ve koordinasyon öngörülmüştür. Uluslararası finans ve para konularından sorumlu olmak üzere tasarlanan Uluslararası Para Fonu (IMF) 1944 yılında hayata geçirilmiştir. Uluslararası ticareti ele almak üzere ise Uluslararası Ticaret Örgütü (ITO) tasarlanmış, bu arada, ITO Şartı devletler tarafından onaylanıncaya kadar hızlı bir şekilde tarife indirimleri sağlamak üzere, sınırlı bir kapsama sahip Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Antlaşması (GATT) 1 Ocak 1948'de geçici şekilde uygulamaya konulmuştur. ITO Şartı, başta ABD olmak üzere ulusal parlamentolarca onaylanmayınca hayata geçirilememiş, uluslararası ticaret konuları GATT tarafından düzenlenmeye devam etmiştir. GATT, tedricen gelişen özgün örgütsel yapısıyla, 1995'te Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) kuruluncaya kadar varlığını sürdürmüş ve uluslararası ticaret müzakerelerine ev sahipliği yapmıştır. Daha ileri bir yasal ve kurumsal yapıya sahip olan DTÖ, GATT'ın işlevlerini devralmıştır. Uluslararası para/finans sistemi ile ticaretin yönetimi bağlamında GATT/DTÖ ve IMF arasındaki işbirliğinin önemli bir kısmını resmi danışma usulleri oluşturmaktadır. Bu usuller, örgütler arasındaki geleneksel işbirliği faaliyetlerinden farklılıklar arz etmekte ve hususi bir karakter taşımaktadır. Belirli konularda, ilgili DTÖ organlarının IMF'e danışma başvurusunda bulunması ve IMF'den alınan girdilere uygun davranması, bağlayıcı bir dille, bir yükümlülük olarak düzenlenmiştir. Danışmaların kapsamı ile IMF girdilerinin DTÖ'deki bağlayıcılık ve işlevsel statüsüne dair yoruma açık hususlar bulunmaktadır. Bu çalışma, bahsi geçen kapsam ve hukuki statü meselelerini tartışmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ), Uluslararası Para Fonu (IMF), Ödemeler Dengesi Kısıtlamaları, Kambiyo Düzenlemeleri, DTÖ-IMF Danışmaları.

Extended Abstract

International trade and finance/money issues are closely interconnected. Healthy trade flows depend on the existence of a stable and properly functioning international monetary and financial system. For this reason, they were dealt simultaneously and together when designing the post-World War II global economic governance order. The International Monetary Fund (IMF), designed to be responsible for international financial and monetary issues, was established before the end of the war (1944). Based on fixed exchange rates, this system, with US Dollar (USD) at the center fixed to gold and other national currencies defined relative to USD, was called the Bretton Woods System. The system, in which the IMF was responsible for the supervision of fixed exchange rates and states were required to obtain permission from the IMF for exchange rate adjustments, provided predictability and stability for international trade. In the first half of the 1970s, USD-gold link was broken and then national currencies started to float against the USD, which later caused fundamental changes in IMF's functions.

On the other hand, the International Trade Organization (ITO), designed to discipline international trade, was stillborn. Preparations of the ITO Charter and the text of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), which aimed to provide rapid customs reductions in goods trade, were conducted simultaneously. GATT, came into force on January 1, 1948 through a provisional application protocol, would remain in force until the approval of ITO Charter and then it would be incorporated into the ITO. After several attempts, the ITO Charter failed to receive approval from the US Congress and fell off the agenda in 1951. Thus, GATT continued to exist as the only instrument regulating international trade until the establishment of the WTO in 1995, and became a *de facto* international organization with its *sui generis* organizational structure that developed over time and expanding area of responsibility.

The close interaction between trade and finance has brought about the need for an advanced level of coordination and cooperation between relevant organizations. The issue of cooperation was not included in the IMF Articles as the ITO Charter and the GATT text had not yet been completed when the IMF was established. However,

in various provisions of the GATT, GATT Contracting Parties were obliged to consult with the IMF on certain matters falling within the IMF's responsibility. The obligation of consultation is a special form under the broader obligation of cooperation. This obligation has been carried over to the WTO period. The consultations in question are of a formal nature and include convention-based legal obligations for the GATT/WTO. Rules regarding the procedures for consultations have developed through secondary regulations and customs.

Yet, there are issues open to debate regarding the scope of the consultations and the legal status of the binding nature and function of the inputs presented by the IMF. First of all, although the functions of the international financial/monetary system and the IMF have undergone radical changes since the early 1970s, the relevant GATT provisions have remained intact. This requires an updated interpretation of some issues with a dynamic approach. One of these is the scope of the obligation to consult in terms of subject and type of measure. It is also a controversial issue that which WTO bodies are under consultation obligation and whether it specifically extends to the WTO adjudication process (panels).

Besides, there are issues that need to be discussed and clarified further regarding the legal status of IMF inputs in the WTO. Particularly the WTO panels have had controversial stance regarding the IMF consultations themselves being mandatory and the inputs obtained from the IMF during these consultations being binding on the WTO side. In addition, there are issues that need clarification, evaluation and discussion regarding the functional status of IMF inputs.

There are studies that address certain aspects of these issues. In this context, the aim of this study is to contribute to the clarification of the mentioned controversial issues within the scope of WTO - IMF consultations.

In this study, as a method, the existing literature is examined and discussed; legal texts are analyzed; and the WTO's case law is consulted.

INTRODUCTION

World Trade Organization (WTO) and International Monetary Fund (IMF) are two dominant international organizations in terms of their membership structure, and represent the trade and finance pillars of the global economic governance order established after the Second World War (WWII). Trade and finance are closely interconnected issues, therefore, they were dealt together when the post-war global order were designed. In this regard, negotiators made simultaneous efforts for the preparations of a multilateral agreement (the General Agreement on Customs Tariffs and Trade - GATT) to provide rapid customs reductions in goods trade and the establishment of the International Trade Organization (ITO), which was envisaged to be responsible for the operation of international trade. The GATT was put into force in a temporary status as of January 1, 1948. The ITO became stillborn as it could not get approval from the US Congress, and the GATT, though designed temporarily, operated as a *de facto* international organization with its gradually developing institutional structure and expanding area of responsibility until the WTO was established in 1995. On the other hand, the IMF, which represents the institutional structure of the financial pillar of the system, was established in 1944, just before the end of the WWII.

The close interaction between trade and finance has brought about the need for an advanced level of coordination and cooperation between relevant organizations. The issue of cooperation was not included in the IMF Articles¹ as the ITO Charter and

¹ The official name of the agreement establishing the IMF is "The Articles of Agreement of the International Monetary Fund". In this study, we use "IMF Articles" as an abbreviation.

the GATT text had not yet been completed when the IMF was established. However, in various provisions of the GATT, GATT Contracting Parties² were obliged to consult with the IMF on certain matters falling within the IMF's responsibility. This obligation has been carried over to the WTO period. The consultations in question are of a formal nature and include convention-based legal obligations for the GATT/WTO. Rules regarding the procedures for consultations have developed through secondary regulations and customs. Yet, there are issues open to debate regarding the scope of the consultations and the legal status of the binding nature and function of the inputs presented by the IMF. There are studies that address certain aspects of these issues. It is preferred to refer to the relevant literature when appropriate, rather than discussing it in a separate section. In this context, the aim of this study is to contribute to the clarification of the mentioned controversial issues within the scope of WTO - IMF consultations.

In this framework, in terms of study order, it covers, in Part I, the historical and institutional background of the WTO - IMF consultations; in Part II, the legal basis of the WTO's obligation to consult with the IMF; in Part III, the scope of the obligation to consult; in Part IV, the bindingness status of the inputs provided by the IMF in the WTO; in Part V, the functional status of IMF inputs in the WTO. As a method, the existing literature is examined and discussed; legal texts are analyzed; and the WTO's case law is consulted.

I. HISTORICAL AND INSTITUTIONAL BACKGROUND OF WTO - IMF CONSULTATIONS

In designing the new order after WWII, trade, finance (money) and investment (capital) issues were seen as closely interconnected and thus dealt together. In fact, the belief that the prerequisite for a functioning global trade system is the existence of a monetary system that would protect the world economy from shocks and imbalances had existed since the First World War (WWI). In this context, the inter-war period (1919-1939) witnessed significant efforts to make international trade and payments operational. Initiatives such as the return to the classical gold standard, the construction of an international monetary system based on the gold-exchange standard³, the establishment of an international payments bank (bank for

² In the GATT text, the concept of "contracting parties" is employed as opposed to "member states" of the WTO Agreement (Marrakesh Agreement Establishing the WTO). On the other hand, Contracting Parties (with first letters upper case) is used to denote the highest decision-making body of the GATT. In this study, we employ the "contracting party/parties" (with lower case initials) to mean individual GATT countries whereas the "Contracting Parties" (with upper case initials) to signify the GATT's highest decision-making organ.

³ In contrast to the classical gold standard in which the money supply was fixed on the physical gold stock, in the gold-exchange standard, national currencies were tied to the national currencies of certain central states that could be easily converted into gold. In this system, peripheral states would regulate their exchange rates by buying and selling gold-convertible central currencies such as the US Dollar and the British Pound, rather than directly using gold.

international settlements) that would play the role of the central bank of national central banks (1929 - Young Plan)⁴ all were influenced by the special and unique economic and political conditions of the post-war period. Those initiatives remained inconclusive due to the factors such as political and social risks and the Great (Economic) Depression that broke out in 1929. As a result of the Great Depression, international cooperation became impossible as states began to chart their own paths. Therefore, the inter-war period witnessed intense currency wars, *beggar thy neighbor* policies and protectionist practices in trade.

Under these circumstances, global trade figures faced huge declines, especially during the 1930s. As a result, the idea of establishing an international organization responsible for the liberalization and supervision of international trade came to the fore in those years⁵. The US and the UK, the pioneers of this idea, referred, in the Atlantic Charter (Fourth Paragraph) they signed in 1941, to the goal of ensuring that all states have equal access to the raw materials and trade they need for their economic prosperity⁶. In the Master Lend-Lease Agreement (Article VII) of 1942, the goal of achieving an agreement that would be open to all other like-minded countries of the US and the UK and that would ensure the elimination of discriminatory practices, tariffs and other barriers to international trade was expressed once more again⁷. The commitments in these two instruments led to three conferences that would reveal the institutional actors of the post-war global economic order. As a result of the Bretton Woods Conference held in July 1944, the International Bank for Reconstruction and Development (IBRD) and the IMF; and as a result of the Dumbarton Oaks Conference held in August - October 1944, the United Nations (UN) Organization was established. At the Bretton Woods Conference, despite the establishment of the IBRD and the IMF, the issue of trade was not discussed, but the need to establish a similar and complementary organization for trade was confirmed⁸. Accordingly, the ITO Charter emerged as a result of the Havana Conference held between November 1947 and March 1948⁹. In this respect, all these organizations should be seen as a

⁴ The Bank of International Settlements was established on March 2, 1929, but was stillborn due to the Great Depression that started with the crash of the US stock market on October 24, 1929 - Black Thursday (Elli Louka, *The Global Economic Order: The International Law and Politics of the Financial and Monetary System* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2020), 192-193).

⁵ Craig VanGrasstek, *The History and Future of the World Trade Organization*, (Geneva: WTO Publications, 2013), 43.

⁶ For the text of the Atlantic Charter (1941) see <https://usa.usembassy.de/etexts/democrac/53.htm> Access Date: 18 February 2023.

⁷ For the text of Master Lend-Lease Agreement see https://avalon.law.yale.edu/20th_century/decade04.asp Access Date: 18 February 2023.

⁸ John Howard Jackson, *The World Trade Organization: Constitution and Jurisprudence* (London: Royal Institute of International Affairs, 1998), 15-16.

⁹ For more detailed information on pre-war and wartime developments, see. VanGrasstek, *The History and Future of the World Trade Organization*, 40; 43-45.

part of the whole post-war global economic architecture. In this architecture, the IBRD, the IMF and the ITO, respectively, would be in charge of capital flows/investments, financial flows/money and goods flows.

Meanwhile, states that desired to reap the fruits, without delay, of the post-war positive atmosphere of liberalization in trade started to negotiate a multilateral agreement (the GATT) that would provide rapid customs reductions in goods trade, simultaneously with the preparatory work for the ITO Charter¹⁰. It was aimed to add the GATT text to the ITO Charter and for these two to enter into force simultaneously. However, the GATT was put into effect on January 1, 1948, with a provisional application protocol until the ITO's approval¹¹. The GATT, which has a rather narrower-scope compared to the ITO, was not submitted to the approval of national parliaments by the Contracting Parties in order not to jeopardize the approval of the ITO, but the fate of the ITO was awaited to be submitted for approval as a package of two¹². Yet, after a long waiting period and multiple attempts, the ITO Charter could not receive approval from the US Congress and was withdrawn by President Truman in 1951. Thus, the GATT had never submitted to ratification procedures in national parliaments by the party-countries and continued to be implemented with an interim protocol until the establishment of the WTO in 1995. However, it worked like an international organization with its organs and institutional structure that developed over time. A comprehensive and well-equipped organizational structure that would be responsible for international trade, which could not be achieved with the ITO, was realized, with a delay of approximately 50 years, as a result of the Uruguay Trade Negotiations (1986 - 1994). The trade and finance interaction and the deficiencies in the functioning of that had been on the agenda throughout that 50-year period¹³ and formed an important item of the Uruguay Negotiations.

As the historical background reflects, trade and finance issues were specifically dealt together due to the strong interaction between them. The vitality and stability of trade flows depend on the healthy functioning of international money flows and therefore on the existence of a sound and stable international financial

¹⁰ Jackson, *The World Trade Organization: Constitution and Jurisprudence*, 17-18.

¹¹ For the text of the provisional application protocol see the Analytical Index of the GATT, p. 1071-1084. Access Date: 18 February 2023. https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/gatt_ai_e/prov_appl_gen_agree_e.pdf.

¹² Jackson, *The World Trade Organization: Constitution and Jurisprudence*, 18.

¹³ For instance; In the 1973 Tokyo Ministerial Declaration that initiated the Tokyo Trade Negotiations, it was stated that policies aimed at liberalizing global trade would not be successful without a monetary system that would protect the world economy from shocks and imbalances. Again, in the Decision on Exchange Rate Fluctuations and Their Effects on Trade, adopted at the 40th Meeting of the GATT Contracting Parties in 1984, it was pointed out that the relationship between instability in foreign exchange markets and international trade should be taken into account in IMF activities aimed at reviewing the functioning of the international monetary system.

system. On the other hand, properly functioning trade flows also have a reducing effect on the risks of balance of payments (BOP) problems and financial crises. For these reasons, the duties of the WTO and the IMF are complementary to each other. This situation is reflected in the legal instruments of both organizations.

As a result of the Uruguay Negotiations, the scope of GATT - IMF relations defined in the GATT 1947 was expanded to the GATT 1994¹⁴ and some other agreements annexed to the WTO Agreement. At the end of Uruguay Negotiations, a series of texts addressing WTO - IMF cooperation emerged: (1) The Declaration on the Relationship of the World Trade Organization with the International Monetary Fund (2) The Declaration on the Contribution of the World Trade Organization to Achieving Greater Coherence in Global Economic Policymaking (3) Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization (Article III - Functions of the WTO; Article V - Relations with Other Organizations). In order to implement the mandatory provisions in the mentioned documents, a WTO - IMF Cooperation Agreement was signed between the two organizations on 9 December 1996, shortly after the establishment of the WTO¹⁵. Beyond these general arrangements on cooperation and coordination, the WTO's legal texts, especially the GATT, also contain more specific provisions regarding the cooperation with the IMF. These provisions impose an obligation on the WTO to consult with the IMF on certain matters, as a specific form of cooperation. This obligation of consultation constitutes the area of interest of this study.

On the other hand, some provisions of the IMF Articles are specifically related to trade. Article I includes the following provisions that outline the trade - finance relationship, as well as the development and stability of the global monetary and financial system, which is the main task of the IMF: (1) To facilitate the expansion and balanced growth of international trade (2) To help establish a multilateral payments system for current transactions among member states and eliminate foreign exchange restrictions that hinder the growth of world trade. The main functions of the IMF, which do not specifically refer to the trade connection, also contribute to international trade, such as providing support to improve exchange rate stability and correct the BOP problems of states. Relatedly, Article IV of the IMF Articles prohibits exchange rate manipulations for the purpose of preventing effective BOP adjustments and gaining an unfair competitive advantage over

¹⁴ Original GATT 1947 text, with some complementary provisions and documents, was transferred to the WTO Agreement as a part of GATT 1994, without any changes in its text.

¹⁵ The WTO-IMF Cooperation Agreement determines the basic principles of cooperation to ensure further harmony between the two organizations in the formulation of global economic policies. It codifies the existing procedures for BOP consultations that had developed in the GATT era, such as on the participation of an IMF observer in meetings of the WTO Committee on Balance of Payments Restrictions (BOP Committee) and the preparation of confidential background documents by the IMF. For the text of the treaty see <https://www.imf.org/external/pubs/ft/history/2012/pdf/3b.pdf> Access Date: 18 February 2023.

other countries. Similarly, states are prohibited from imposing restrictions on payments for current international transactions without IMF approval (Article VIII - Section 2). The IMF welcomes requests for such kind of restrictions only if they are necessary for the BOP, not discriminatory and applied temporarily. Likewise, discriminatory or multiple exchange rate practices are prohibited, except in cases permitted in the IMF Articles (Article VIII - Section 3).

II. THE WTO'S LEGAL OBLIGATION TO ENTER INTO CONSULTATIONS WITH THE IMF

In WTO law, as a specific form of cooperation, there is an obligation, to consult with the IMF and to comply with the inputs from the IMF on certain matters related to external payments (GATT Article XV:2). One part of the consultation obligation is designed in connection with the BOP exceptions. WTO law, in general sense, covers basic obligations for the liberalization of trade and certain exceptions to those. Thus, member states are given the opportunity to continue their practices and regulations which are normally contrary to WTO law¹⁶. Among the exceptions, there are also those related to the BOP issues. In this context, member states facing one of the problems of BOP, liquidity or reserves are granted an exception to impose trade restrictive measures that are otherwise prohibited. The provisions of Article XII and Article XVIII of the GATT govern the BOP exceptions¹⁷. While all member states can apply for the Article XII, Article XVIII contains only developing members.

Article XII covers the restrictive measures that aim to protect external financial position and the BOP and brings an exception to the general ban of Article XI on quantitative restrictions. Thus, Member States may impose restrictions on imports based on value or quantity in order to protect the external financial position and the BOP. Article XII:2(a) establishes the criterion of “necessity” for such restrictions. Accordingly, permitted import restrictions should not exceed what is necessary (i) to prevent “the imminent threat of a serious decline” or to cease a “serious decline” in monetary reserves, or (ii) to ensure a “reasonable rate of increase” in reserves in case the monetary reserves are “very low”.

GATT Article XVIII regulates BOP exceptions for developing member states and is written very similarly to Article XII but imposes less strict conditions. In

¹⁶ For exceptions in WTO Law, see Mustafa Göker, “Ukrayna - Rusya krizi ve DTÖ hukuku: Güvenlik istisnalarının yükselişi mi?”, *Ömer Halisdemir Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 16, no. 2 (April 2023): 387-88.

¹⁷ The application principles of the BOP exception are detailed in the “Understanding on the Balance of Payments Provisions of GATT 1994 (BOP Understanding)”, which is a complementary and integrated part of GATT 1994. For its text see https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/09-bops_e.htm Access Date: 19 February 2023. Additionally, for technical information see Technical Information on Balance of Payments https://www.wto.org/english/tratop_e/bop_e/bop_info_e.htm Access Date: 19 February 2023.

Article XVIII:1, exempted countries are defined as “those whose economies can only support a low standard of living and are in the early stages of development”¹⁸. Through Article XVIII, the development needs of such economies were acknowledged and certain exceptions from the GATT rules were provided for that aim. Some of the exceptions are related to external financial situation. It is regulated in the paragraphs 9 to 12 of Article XVIII:B. In Paragraph 9, a contracting party is allowed to control the overall level of imports by restricting the quantity or value of goods to be imported, in order to (i) safeguard the external financial position and (ii) ensure an adequate level of reserves for the implementation of the economic development program. Necessity criteria similar to that of Article XII:2(a), but less strict, should be met. Accordingly, Article XVIII:9(a) does not include the “imminent” (threat) criterion of Article XII:2; Article XVIII:9(b) includes “insufficient” (monetary reserves) instead of “very low” (monetary reserves) of Article XII:2.

BOP exceptions are also included in the General Agreement on Trade in Services (GATS). Article XII of the GATS contains exception provisions for trade in services, both generally and for the needs of development or transition programs of developing or transition economies. Article XII is written in a way that is very similar but not equivalent to the above-mentioned articles of the GATT (XII and XVIII)¹⁹. According to Article XII:1; (i) Member States, in response to serious BOP and external financial difficulties or threats thereof, may adopt or maintain restrictions on trade in services on which it has specific state commitments, including on payments or transfers for transactions related to such commitments, and (ii) Member States may take restrictive measures to maintain sufficient levels of financial reserves to implement economic development or transition programs.

One of the conditions for applying for BOP exceptions is that the relevant state must hold consultations with GATT Contracting Parties (BOP Committee)²⁰. The pre-conditions to be met by applicant country in consultations are provided in GATT Article XII:4. Besides, The BOP Committee must fulfill its obligation to cooperate and consult with the IMF during the consultation process with that country in order to evaluate her request to benefit from the BOP exception. GATT Article XV:1 contains a general provision on this issue and obliges the Contracting Parties to seek

¹⁸ In this study, for ease of use, the concept of “developing country” is preferred for all the countries that are within the scope of Article XVIII (including underdeveloped countries).

¹⁹ GATS Article XII, GATT Article XII and GATT Article XVIII provisions are analogous but the GATS has more complex structure because it extends to the payments relating to the services, which overlaps with the IMF’s jurisdiction over payments and transfers for current international transactions.

²⁰ According to Paragraph 5 of BOP Understanding, BOP Committee must consult with the member state that takes the restrictive measure for BOP purposes.

cooperation between the GATT and the IMF in order to ensure coordinated policies on trade measures and foreign exchange issues. On the other hand, Article XV:2 requires Contracting Parties to engage in full consultations with the IMF in all cases where they are invited to consider questions relating to monetary reserves, BOP and foreign exchange arrangements. It also refers to consultations with the BOP Committee set out in Articles XII and XVIII:9. In this context, the IMF presents statistical findings on applicant country's situation relating to foreign exchange, monetary reserves and BOP, and other factual information and determinations regarding the compliance of the national measure at stake with the IMF Articles (or special exchange agreement, if any²¹). Article XV:3 obliges the WTO to endeavor to conclude an agreement on the procedures for consultations with the IMF. The WTO - IMF Cooperation Agreement dated 1996, was put into force as a result of this obligation among other cooperation issues.

III. THE SCOPE OF CONSULTATIONS

GATT Articles XII and XVIII, which regulate BOP exceptions, took their current form with the amendments made in 1957²². In the GATT 1947 text, restrictive measures for BOP purposes were considered as an exception to the general prohibition on quantitative restrictions (Article XI) which was under the realm of Working Party I on Quantitative Restrictions²³. However, in the WTO period, the scope of the BOP exception exceeded the ban on quantitative restrictions. With the Declaration on the Relationship of the WTO with the IMF, as annexed to Uruguay Round Final Act, the GATT - IMF relationship established by the provisions of the GATT 1947 was expanded to include all WTO Agreement's Annex-1A agreements²⁴. Furthermore, some Annex-1A agreements were made indirectly subject to the GATT on the matters involving cooperation with the IMF, by reference to the GATT provisions on BOP issues²⁵.

²¹ GATT Article X:6 requires GATT parties that are not IMF members to realize their membership to the IMF within a period determined by the Contracting Parties in consultation with the IMF, or, if they cannot do so, to sign a special foreign exchange agreement with other contracting parties. There are rare examples. For instance, Taiwan became a member of the WTO in 2001 as a "customs territory", but since customs territories could not become an IMF member, its IMF membership was not possible.

²² Technical Information on Balance of Payments.

²³ Report of Review Working Party I on Quantitative Restrictions, L/332/Rev.1, 28 February 1955, Access Date: 21 February 2023. https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/90690002.pdf.

²⁴ For the text of Declaration on the Relationship of the WTO with the IMF, see https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/34-dimf_e.htm Access Date: 21 February 2023.

²⁵ For example, the provisions of Article 3 of the Trade-Related Investment Measures (TRIMS) Agreement, which adopts all exception provisions in the GATT (including BOP exceptions); the provisions of Article 4 of the TRIMS Agreement, which provides for exceptions to developing member states from the National Treatment obligation and the general ban on quantitative restrictions.

On the other hand, a close examination of the provisions of Article XV:2 shows that the WTO's obligation to consult with the IMF is limited to certain matters. The obligation for "full consultations"²⁶ is regulated in such a way that, in terms of subject matter, it is limited to the problems related to "monetary reserves, BOP or foreign exchange arrangements". Thus, the first sentence of Article XV:2 states that: "In all cases in which the CONTRACTING PARTIES are called upon to consider or deal with problems concerning monetary reserves, balances of payments or foreign exchange arrangements, they shall consult fully with the International Monetary Fund." These provisions are comprehensive in nature and drafted with a scope that goes beyond the BOP Committee's consultations on BOP exceptions. In this respect, as will be discussed below, it paves the way for the interpretation of the obligation for consultation with the IMF beyond the BOP Committee to include other WTO bodies.

The WTO's obligation to consult with the IMF under Article XV:2 is also limited in terms of the type of measures. This issue was discussed in the case of *Argentina - Textiles and Apparel*. When the issue arose as to whether there was an obligation to consult with the IMF on an "adjustment measure" within the scope of an IMF-supported stabilization programme, the panel considered that the only measures listed in Article XV:2 (measures relating to foreign exchange, monetary reserves and BOP) required consultations with the IMF. It accepted the measures in XV:2 as a limited list and ruled that the adjustment measures under review did not require to consult with the IMF, on the grounds that they did not concern one of the issues listed²⁷. The Appellate Body (AB) confirmed the panel's decision, stating that "there is an obligation to consult with the IMF

²⁶ Since different consultation procedures were provided for developing countries, a distinction was made between full and simplified consultations. Simplified consultations, a procedure intended for developing countries, were first adopted in 1972 (See Procedures for Regular Consultations on Balance-Of-Payments Restrictions with Developing Countries, L/3772/Rev.1, 10 January 1973 (As approved by the Council of Representatives on 19 December 1972). Access Date: 27 February 2023. <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/L3799/3772R1.PDF>. Consultation procedures were later included in the BOP Understanding in the WTO period. In addition to simplified consultations (paragraph 5), the BOP Understanding also provides for full consultations (paragraph 8). According to the provisions of these two documents, the BOP Committee may evaluate and decide whether to switch to full consultation procedures with the country applying simplified procedures. According to paragraph 8, the decision to move to full consultations is made on the basis of the factors listed in the 1972 rules. In addition, a developing country (except least developed countries) may use simplified consultation procedures at most twice in a row (no more than two successive consultations under simplified procedures), after which it must use full consultation procedures. In full consultations, the IMF submits to the BOP Committee a document on current economic developments and an official statement, including, *inter alia*, BOP statistics. In the case of simplified consultations, the IMF provides documentation but not formal statement; besides, BOP statistics provided by the IMF cannot be consulted unless consultations are converted into full consultations by the BOP Committee (Procedures for Regular Consultations on Balance-Of-Payments Restrictions with Developing Countries, par. 3).

²⁷ WTO, *Argentina: Measures Affecting Imports of Footwear, Textiles, Apparel and other Items-Report of the Panel* (27 November 1997) WT/DS56/R [6.79].

only on matters expressly enumerated in Article XV:2²⁸. This decision of the WTO judiciary should be approached with caution. In this regard, it should be taken into consideration that many similar measures developed later were not listed within the scope of Article XV, since tools such as adjustment programs were not yet implemented by the IMF in those years when the GATT 1947 text was negotiated²⁹. In such cases, it seems the most appropriate path for panels to adopt the “dynamic interpretation³⁰” approach as was used in some other disputes and became a customary rule of interpretation in the WTO, thus interpreting the provisions and terms of the treaties more broadly in the light of contemporary needs and developing knowledge. In this regard, the IMF, in a notification of its sent to the WTO Dispute Settlement Body (DSB), under the *Argentina - Textiles and Apparel* case, stated that there was no obligation to consult under Article XV:2, yet, in order to ensure wider cooperation and to better understand the measure challenged, arguments of the relevant member states and the context of the case, the panel should have consulted with the IMF³¹.

On the other hand, Article XV:9 makes a distinction between “exchange controls or exchange restrictions” and “import or export restrictions or controls” and regulates that exchange measures may be taken provided that they comply with the IMF Articles (or the relevant special exchange agreement, if any). When Articles XV:9 and XV:2 are interpreted together, the obligation to consult with the IMF depends on the measure being a foreign exchange measure. This issue was investigated in a dispute initiated by the UK in the GATT period (1952) due to a tax imposed by Greece on foreign currency to be purchased for import purposes (*Greece - Import Duties* case). In this dispute, although there had discussions on the criteria that could be employed to determine whether the measure in question was exchange control or trade restriction, no ruling was given on the issue³².

²⁸ WTO, *Argentina: Measures Affecting Imports of Footwear, Textiles, Apparel and other Items- Report of the Appellate Body* (27 March 1998) WT/DS56/AB/R [84].

²⁹ Deborah Siegel, “Legal Aspects of IMF/WTO Relationship: The IMF’s Articles of Agreement and the WTO Agreements”, In *Current Developments in Monetary and Financial Law* (Vol. 3) (International Monetary Fund, 2005), 893.

³⁰ Dynamic interpretation is a principle of law that has increasingly been used and accepted in international courts such as the European Court of Human Rights and the International Court of Justice, as well as in the WTO judiciary (Joost Pauwelyn & Manfred Elsig, “The Politics of Treaty Interpretation: Variations and Explanations Across International Tribunals”, In *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art*, eds. Jeffrey L. Dunoff & Mark A. Pollack (Cambridge University Press, 2012), 462).

³¹ Andrew D Mitchell & Elizabeth Sheargold, *GATT Art.XV: Exchange Arrangements*, Georgetown Business, Economics & Regulatory Law Research Paper No. 1507253, November 2009, parag. 15.

³² *Greece Import Duties on Products Specified in Schedule XXV* (1952) GATT G/27-IS/51 (For the relevant documents and panel report see <https://gatt-disputes.wto.org/dispute/gd-13> Access Date: 31 March 2023).

As experienced in the *Greece - Import Duties* case, it is difficult to distinguish between foreign exchange and trade measures. It is often difficult or impossible to characterize whether a measure is financial, commercial, or both³³. While there is no provision in the GATT on how to distinguish between them, the IMF clarified the issue to a certain extent with a decision dated June 1, 1960³⁴. Accordingly, a measure is a foreign exchange measure if it involves a direct government restriction on the availability or use of foreign currency³⁵. In this context, a limitation on payments for imports is an exchange control and falls within the IMF's jurisdiction; whereas a restrictive measure on trade in goods (such as an import ban or quota) which is the reason for the payment is a trade restriction and falls within the jurisdiction of the WTO³⁶.

A similar debate regarding the distinction between foreign exchange and trade measures was also brought up in the WTO-era *Dominican Republic - Import and Sale of Cigarettes* case. Against a commission fee charged by Dominican Republic on the sale of foreign currency and calculated on the value of imported cigarettes, Honduras filed a complaint alleging the fee is contrary to the provisions of GATT Article II.1(b) (additional customs duties). Dominican Republic, in its defense, claimed that the fee in question was a "transitional measure" within the scope of the tax reform and stabilization program implemented with the IMF. The WTO panel referred the issue to the IMF to determine whether the measure at stake was a foreign exchange measure within the meaning of Article XV:9(a). The IMF conveyed that the fee received from the sale of foreign currency was not a foreign exchange measure according to the 1960 Decision³⁷.

Within the scope of the consultations, IMF inputs that the WTO is obliged to accept were also specifically listed. According to the provisions of Article XV:2, the WTO is under obligation to accept three types of instruments from the IMF: (i) statistical findings (ii) other facts (iii) IMF's determinations as to whether an action by a member in exchange matters is in compliance with IMF Articles or special foreign exchange agreement (if any).

As to whether the obligation to consult with the IMF covers all bodies of the WTO, it is clear that BOP Committee has an obligation for consultations in

³³ Siegel, "Legal Aspects of IMF/WTO Relationship: The IMF's Articles of Agreement and the WTO Agreements", 895.

³⁴ IMF, "Decision on Payments Restrictions and Multiple Currency Practices, Article VIII and Article XIV, 1034-(60/27), 1 June 1960", Selected Decisions and Selected Documents of the IMF, Thirtieth-Fifth Issue, p. 561-563, 2010, Access Date: 31 March 2023. <https://www.imf.org/external/pubs/ft/sd/2011/123110.pdf>.

³⁵ Mitchell and Sheargold, *GATT Art.XV: Exchange Arrangements*, parag. 7.

³⁶ Siegel, "Legal Aspects of IMF/WTO Relationship: The IMF's Articles of Agreement and the WTO Agreements", 879.

³⁷ WTO, *Dominican Republic: Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes-Report of the Panel* (26 November 2004) WT/DS302/R [7.143]-[7.145].

the assessment process of member states' applications for permission under BOP exceptions of Articles XII and XVIII. GATT period practice confirms that. At this juncture, the question arises whether the obligation to consult with the IMF extends to the dispute settlement process and therefore to the panels³⁸. In GATT Article XV:2, the obligation in question is introduced for the GATT Contracting Parties and is written in a way that is not limited to any specific body. It is possible to divide Article XV:2 into two parts. First part, as follows, is composed of the first two sentences of the Article XV:2 and written in a comprehensive manner in the sense that there is no specific reference to any WTO body:

“In all cases in which the CONTRACTING PARTIES are called upon to consider or deal with problems concerning monetary reserves, balances of payments or foreign exchange arrangements, they shall consult fully with the International Monetary Fund. In such consultations, the CONTRACTING PARTIES shall accept all findings of statistical and other facts presented by the Fund relating to foreign exchange, monetary reserves and balances of payments, and shall accept the determination of the Fund as to whether action by a contracting party in exchange matters is in accordance with the Articles of Agreement of the International Monetary Fund, or with the terms of a special exchange agreement between that contracting party and the CONTRACTING PARTIES.”

The second part is the third sentence of the Article XV:2 and refers to specifically a member state's consultations with the BOP Committee under Articles XII and XVIII, which requires the BOP Committee to consult with the IMF on certain issues:

“The CONTRACTING PARTIES in reaching their final decision in cases involving the criteria set forth in paragraph 2 (a) of Article XII or in paragraph 9 of Article XVIII, shall accept the determination of the Fund as to what constitutes a serious decline in the contracting party's monetary reserves, a very low level of its monetary reserves or a reasonable rate of increase in its monetary reserves, and as to the financial aspects of other matters covered in consultation in such cases.”

Decision-making procedures in the GATT and the WTO also support the interpretation that the obligation to consult with the IMF is not limited to a specific body and process. In the GATT period, it was the BOP Committee to carry out the consultations on BOP exceptions with the applicant contracting party but exception permissions were concluded by the GATT Council on behalf

³⁸ Since the appeal process is limited only to the issues of law and legal interpretations in panel reports (Article 17.6 of Understanding on Rules and Procedures Governing Settlement of Disputes - DSU) and covers no collection of new evidence (factual information), the obligation to consult with the IMF under Article XV:2 does not extend to the AB. Therefore, this study, in that regard, only focuses on the panel process.

of the GATT Contracting Parties. In the WTO period, although decision-making are facilitated with reforms, decisions are still finalized in high-level decision-making bodies. For example, panel and appeal reports are concluded in the meetings held by the General Council under the title of DSB.

Case law would be enlightening for WTO judiciary's stance regarding scope of obligation in terms of organs. GATT panels saw no harm in resorting the provisions of GATT Article XV:2. The predominance of the diplomatic/political nature of the GATT period decision-making processes may have been effective in panels' position. The institutional and decisional structure of the GATT period did not allow the panels to act as an autonomous judicial body as they do, to a certain extent, in the WTO period. In the GATT period, there are examples of cases in which the need to apply to the IMF for consultations arose. In *Japan - Thrown Silk Yarn* case initiated against Japan in 1976, the GATT Council assigned a preliminary working group to consult with the IMF within the scope of Article XV:2. However, there is no mention of consultations with the IMF in the document establishing the panel. Neither is there information about consultations with the IMF in the final panel report. The dispute was resolved by mutual agreement in 1978³⁹. Later, in *the Republic of Korea - Restrictions of Imports of Beef* dispute, the panel consulted with the IMF under Article XV:2 for information on defendant South Korea's reserves and BOP situation and to determine the compliance of the measure in question with the provisions of the IMF Articles⁴⁰. The Panel referred to the IMF based on the provisions of GATT Article XV and directly used the information and findings of the IMF.

But however, WTO judiciary remains distant in considering consultations with the IMF binding on itself. In a limited number of disputes, WTO judicial bodies refrained from a detailed legal interpretation on the issue. In practice, panels chose to invoke, instead of binding provisions of Article XV:2, Article 13 of the DSU which gives them the right to "investigate and obtain all kinds of information needed to solve the dispute". There are significant differences between GATT Article XV:2 and DSU Article 13 in terms of binding force. While applying to the IMF is part of a consultation obligation under GATT Article XV:2, panels are given a wide discretion in DSU Article 13.

The distinction between GATT Article XV:2 and DSU Article 13 has made it unclear, in practice, whether the obligation to consult with the IMF includes panels. In *Argentina - Textiles and Apparel* case, the AB considered the consultations

³⁹ For information and documents regarding the case see <https://gatt-disputes.wto.org/dispute/gd-97> Access Date: 21 May 2023.

⁴⁰ *Republic of Korea Restrictions on Imports of Beef* (1989) GATT L/6504-36S/202, L/6505 - 36S/234, L/6503 - 36S/268. For documents of cases see https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/gatt_e/88beefau.pdf; https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/gatt_e/88beefnz.pdf; https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/gatt_e/88beefus.pdf Access Date: 19 May 2023.

with the IMF at the initiative of the panels, with reference to Article 13 of the DSU, and stated that there is no requirement, in Article XV:2, for the panels to consult with the IMF⁴¹. It ruled that panels may only be advised, but not obliged, to engage in consultations with the IMF and request determination and evaluation thereof regarding “adjustment measures” not expressly listed in Article XV:2⁴². Since the AB justified its decision by referring to the types of measures within the scope of consultations (explicitly enumerated measures) rather than whether the obligation to consult in Article XV:2 extends to the panels in general, it would not be correct to understand it in a general sense. Furthermore, it is possible to infer from its reference to the measures expressly mentioned in Article XV:2 that if one of those measures had been in question, the panel’s obligation to consult with the IMF under Article XV:2 would have been arisen.

In a similar vein, the panel of *India - Quantitative Restrictions* case, when applying to the IMF, relied on the general powers granted by DSU Article 13 to collect information and evidence. In this way, by resorting to DSU Article 13, the panel gave the message that the issue of consulting the IMF was at its own initiative⁴³. On the other hand, it refrained from entering into a legal analysis regarding the obligation to apply to the IMF. At the appeal stage, the AB stated that the issue had been discussed in detail by the parties before the panel, but the panel had not found it necessary to make a decision on the issue specifically for the case at hand, and it refrained from taking a position on the issue since this aspect of the dispute was not appealed⁴⁴.

It would not be wrong to associate the WTO judiciary’s careful avoidance of taking a clear stance that consultations with the IMF are binding for the dispute settlement process with its sensitivity to strengthen its place as an independent judicial body in international law circles and to see itself as an autonomous international court⁴⁵. However, there is no specific provision in GATT and WTO texts stating that the dispute resolution process and WTO panels are excluded from the obligation to consult with the IMF. First of all, the obligation in GATT Article XV:2 is more specific than DSU Article 13 and has a *lex specialis* nature. On the other hand, when a member state continues to implement the measure

⁴¹ WTO, *Argentina: Report of the Appellate Body* [84].

⁴² WTO, *Argentina: Report of the Appellate Body* [84].

⁴³ WTO, *India: Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products-Report of the Panel* (6 April 1999) WT/DS90/R [5.13].

⁴⁴ WTO, *India: Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products-Report of the Appellate Body* (23 August 1999) WT/DS90/AB/R [152].

⁴⁵ In particular, accusations against the AB from the US have led to the blocking of the elections for the AB members since 2019, and the appeal mechanism has become inoperable. For a study on the subject, see Mustafa Göker “Küresel Ticaret Kurallarından Kaynaklı Uyuşmazlıkların Çözümünde Temyiz Sorunu”, In *Sosyal Bilimlerde Güncel Meseleler*, eds. Çiğdem Çadırıcı & Hatice Aztımur (Konya: Çizgi Kitabevi, 2022), 46-74.

in question despite the conclusion, in the BOP Committee, that the restrictive measures implemented for BOP reasons are not in accordance with WTO and/or IMF rules, other states whose interests are harmed have the right to apply to WTO dispute settlement procedures. In the process of resolving such disputes, WTO panels may request statistical and factual (evidentiary) information from the IMF, in addition to those submitted to the BOP Committee. The fact that the IMF is not granted the right to participate in the meetings of WTO dispute settlement bodies with observer status does not mean that the obligation to consult under Article XV:2 does not extend to the WTO panel process.

The IMF's observer status in WTO bodies was regulated by the WTO - IMF Cooperation Agreement in 1996. According to paragraph 6, WTO is under the obligation to invite the IMF to send an observer to the meetings of the Ministerial Conference, the General Council, the Trade Policy Review Body, the Trade and Development Committee, the Regional Trade Agreements Committee, the Committee on Trade-Related Investment Measures and their relevant subsidiary bodies. However, the Committee on Budget, Financing and Management, the DSB and the panels are excluded from observership status of the IMF. For the DSB meetings, the WTO invites observers only where the issue of dispute under consideration relates to the IMF. Similarly, as a result of the consultations between the WTO and the IMF Secretariat, in cases where it is concluded that participation is in the interest of both organizations, the IMF is invited to participate with observer status to the meetings of the DSB to be held on the issues other than dispute resolution. According to the procedures established in 1970, this invitation is made separately for each consultation process with a communication sent to the IMF by the WTO Director General, and consultations with the IMF are carried out before the consultations with the relevant member state in the BOP Committee⁴⁶. On the other hand, Paragraph 8 provides that the IMF shall inform in writing the relevant WTO bodies (including WTO panels) dealing with the foreign exchange measures within its jurisdiction as to whether such measures comply with the IMF Articles. The introduction of such a provision must have been for the purpose of giving effect to the obligation to consult under GATT Article XV:2 rather than DSU Article 13. This would mean that the obligation to consult with the IMF would also extend to panels. However, it is not possible to conclude from these provisions that the IMF has a full-scale role in the WTO panel processes. Therefore, the IMF's function is limited to providing written responses to requests specific to a case⁴⁷.

⁴⁶ GATT, Documentation for Article XII:4(b) and Article XVIII:3(b) Consultations; Note by the Chairman of the Committee on Balance-of-Payments Restrictions (L/3388), 27 April 1970, parag. 8.

⁴⁷ Siegel, "Legal Aspects of IMF/WTO Relationship: The IMF's Articles of Agreement and the WTO Agreements", 885. When the WTO General Council approved the Cooperation Agreement, it also adopted a decision. In this decision, it is regulated that if the IMF wishes to present its opinions

IV. THE BINDINGNESS STATUS OF IMF INPUTS

The binding nature of the documentation and findings from the IMF for the WTO is closely related to the fact that consultations are treated as an obligation. The full consultation obligation set out in Article XV:2 also includes the acceptance of inputs sent by the IMF. In this respect, whether the obligation of consultations covers the dispute resolution process as discussed in the part III and the bindingness of the inputs are like two sides of the same coin. If there is an obligation to consult for the WTO, it is also necessary to accept that the inputs are binding. Accordingly, the WTO is obliged to accept the statistical findings and other facts presented by the IMF on foreign exchange, monetary reserves and BOP, and the determinations as to whether an action of a contracting party/member in foreign exchange matters complies with the provisions of the IMF Articles (or a special foreign exchange agreement, if any).

A similar obligation applies to IMF instruments obtained by the BOP Committee from the IMF during the consultations with a member state concerned on BOP exceptions under Articles XII:2 and Article XVIII:9. In this context, BOP Committee (the Contracting Parties), in reaching final decision, shall accept the determinations of the IMF as to what constitutes (i) a serious decline in the contracting party's monetary reserves, (ii) a very low level of its monetary reserves or (iii) a reasonable rate of increase in its monetary reserves; and as to the financial aspects of other matters covered in consultation in such cases (Article XV:2). Although Article XII:2(a)(i) and Article XVIII:9(a) include the element of "threat of serious decrease in monetary reserves" as well as the "actual" serious decrease in monetary reserves, the "threat" is not included for the determinations to be made by the IMF in the last sentence of Article XV:2. We consider that this is a conscious choice of negotiators, thus the threat situation is left to the discretion of the relevant contracting party/member state that would take precaution⁴⁸.

GATS Article XII includes a similar obligation for recognition regarding restrictions on trade in services on BOP grounds. According to the Article

to the panel regarding the compatibility of a foreign exchange measure with the IMF Articles, it forwards a letter containing its opinions to the Chairman of the DSB. The Chairman informs the panel of the existence of such notification, and the notification remains confidential except for the panel and the disputing parties unless the panel decides otherwise (Decision Adopted by the General Council Concerning Agreements between the WTO and the IMF and the World Bank at Its Meeting on 7, 8, 13 November 1996, WT/L/194, parag. 4(b)). However, the IMF Executive Board only approved the Cooperation Agreement in its very form (Siegel, "Legal Aspects of IMF/WTO Relationship: The IMF's Articles of Agreement and the WTO Agreements", 885; IMF, "Relations with the WTO and Fund-WTO Cooperation Agreement, 11381-(96/105), 25 November 1996", Selected Decisions and Selected Documents of the IMF, Thirty-Eighth Issue, p. 934-943, 2016).

⁴⁸ A similar example in which discretion is left to the member states is found in GATT Article XXI, where security exceptions are regulated. It includes the wording of "*deemed necessary* for the protection of essential security interests".

XII:2(b), BOP restrictions must, in addition to other conditions, comply with the IMF Articles⁴⁹. In addition, according to Article XII:5(a), the member state taking the measure is obliged to consult with the BOP Committee. Thus, the BOP Committee is obliged to consult with the IMF during the necessary consultations with the member state taking the restrictive measure and to accept all statistical findings, other facts and determinations to be presented by the IMF regarding foreign exchange, monetary reserves and BOP. Moreover, according to Article XII:5(e), the conclusions of consultations shall be based on the IMF's assessment of the BOP and external financial situation of the consulting member. Accordingly, Article XII:5(e) imposes two obligations on the BOP Committee: (i) to "accept" the statistical findings and other facts presented by the IMF on foreign exchange, monetary reserves and BOP (ii) to base conclusions on IMF assessments regarding the BOP and external financial situation of the applicant member. The second element is not included in GATT Article XV:2.

A distinction is made between full and simplified consultation procedures in terms of bindingness. According to the 1972 rules (L/3772.Rev.1) in which simplified procedures were first adopted and the BOP Understanding, the BOP Committee has the authority to evaluate and decide whether to switch to full consultation procedures for the country with simplified procedures. In simplified consultations, the IMF provides BOP statistics, but they are not used until the procedures are converted into full consultations by the BOP Committee⁵⁰.

Although the relevant articles of the GATT are written in a binding manner, different opinions are put forward in practice. The consultations carried out in the BOP Committee during the GATT period are informative about the interpretation and implementation manner of the obligation in question. For example; the report of the working group written for the consultations carried out in the BOP Committee on the "import deposit" put into force by the UK on the grounds of BOP issues in 1968, included the expressions "in the light of the findings of the IMF" and "taking into account this finding⁵¹"; the report of the working group for the consultations regarding the temporary import surcharges implemented by the US in 1971, again for BOP reasons, included the expression "taking into account the findings of the IMF⁵²". Likewise, the binding nature of IMF instruments was discussed during the discussion of the BOP Committee's report

⁴⁹ GATS Article XII does not include "special foreign exchange agreement, if any" as opposed to GATT XV:2.

⁵⁰ Procedures for Regular Consultations on Balance-Of-Payments Restrictions with Developing Countries, parag. 3.

⁵¹ GATT, First Report of the Working Party on United Kingdom Import Deposits (L/3193), 3 April 1969, parag. 17-18.

⁵² GATT, Report of the Working Party on United States Temporary Import Surcharge (L/3573), 13 September 1973, parag. 7, 39.

on the consultations with Spain in 1973 in the GATT Council. The representative of Spain explained that he was of the view that the BOP Committee followed the IMF findings closely in concluding that the GATT's BOP provisions were no longer applicable to Spain. The representative of Uruguay stated that the IMF's report is not the only element that should be taken into consideration. She/He argued that the IMF report on the state of the BOP cannot be contradicted, but only the Contracting Parties are competent to judge the relationship between the BOP situation and the further liberalization of trade, and in this context, it is for the GATT to decide whether the measures taken by a contracting party are effective and whether they can be sustained. Some other contracting parties expressed the opinion that: "In the light of the provisions of Article XV:2 and the IMF findings, the conclusions of the BOP Committee could not have been different." The BOP Committee's report was adopted by the GATT Council⁵³.

Similar differences of opinion deepen when it comes to panel processes. According to one view in the literature, there is no binding obligation for panels to comply with IMF inputs. This view suggests that treating IMF findings and assessments as binding may hinder the fulfillment of the duty of objective evaluation assigned to panels in Article 11 of the DSU⁵⁴. An opposing view argues that the provisions regarding the relations with the IMF are in the nature of special provisions (*lex specialis*), therefore the panel should give priority the obligation to accept the IMF inputs (GATT Article XV:2) over the obligation to make an objective assessment (DSU Article 11)⁵⁵. Another argument in favor of the priority of Article XV:2 obligations is that the opposite situation (IMF inputs not being accepted as binding) may result in the litigants being able to present rebuttal counterfactuals and findings against IMF determinations and assessments⁵⁶.

Some secondary sources reduce the degree of bindingness. Negotiation history of treaties, which is accepted as a complementary source of interpretation in the customary law on treaty interpretation⁵⁷, shows that the provisions of Article XV:2 correspond to and are more or less identical to Article 24 of the ITO Charter⁵⁸. In the discussions on the subject at the Havana Conference, it was stated that the provision in question does not aim to make the ITO an organization

⁵³ Analytical Index of the GATT on Article XV, p. 431.

⁵⁴ Marina Foltea, *International Organizations in WTO Dispute Settlement: How Much Institutional Sensitivity?* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 195.

⁵⁵ Siegel, "Legal Aspects of IMF/WTO Relationship: The IMF's Articles of Agreement and the WTO Agreements", 890-891.

⁵⁶ Dukgeun Ahn, "Linkages between International Financial and Trade Institutions: IMF, World Bank and WTO", *Journal of World Trade* 34, no. 4 (2000): 25.

⁵⁷ Vienna Convention on Law of Treaties, Article 32.

⁵⁸ For Final Act of Havana Conference and related document see https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf Access Date: 24 February 2023.

subsidiary to the IMF, but only to clarify that the ITO, despite the IMF's findings, has the final decision authority on whether the restrictions are in accordance with the ITO rules⁵⁹.

The issue of bindingness was discussed in some WTO disputes. However, the WTO judiciary appears to have carefully avoided engaging in an analysis of the binding status of IMF inputs for panels. For example; In the *Argentina - Textiles and Apparel* case, the AB considered the consultations with the IMF as the initiative of the panels within the scope of the right to "seek and obtain all kinds of information" in DSU Article 13, and in this context, it decided that the panels could not be obliged to enter into consultations with the IMF, but could only be recommended. However, it based its ruling on the fact that the measures at stake were in the nature of "adjustment measures" which were part of an IMF-supported program and adjustments measures were not expressly listed in Article XV:2⁶⁰. Thus, the AB ruled that not only consulting with the IMF but also the findings, facts and determinations from the IMF are not binding for WTO panels. However, considering the AB's interpretation of the bindingness is based on the fact that adjustment measures are not expressly enumerated in Article XV:2, it leaves the door open to the interpretation that if it were to the measures expressly mentioned in Article XV:2, it would be compulsory for panels to consult with the IMF and accept its inputs.

In *India - Quantitative Restrictions* case, the panel consulted with the IMF regarding India's BOP situation and used the IMF's findings and determinations in forming its decision. On the other hand, the panel did not find it necessary to conduct further analysis and make a ruling as to whether Article XV:2 requires consultation with the IMF or whether IMF determinations are binding⁶¹. India did not appeal this aspect of the issue, but appealed that the acceptance of the IMF findings by the panel without questioning was contrary to the panels' obligation to make an objective assessment of the facts in DSU Article 11, and claimed that the panel's attitude meant delegation of authority to the IMF⁶². The AB noted that the issue of bindingness was discussed in detail by the parties before the panel, but the panel did not find it necessary to make a ruling on the issue specifically for the case at hand, and since the issue was not appealed, it would refrain from taking a position on this issue, and only discussed whether the obligation to objectively evaluate the facts within the scope of DSU Article 11 was fulfilled⁶³. The AB found that the panel's critical evaluation of the information from the IMF

⁵⁹ Analytical Index of the GATT on Article XV, 431.

⁶⁰ WTO, *Argentina: Report of the Appellate Body* [84].

⁶¹ WTO, *India: Report of the Panel* [5.13].

⁶² WTO, *India: Report of the Appellate Body* [146].

⁶³ WTO, *India: Report of the Appellate Body* [152].

was sufficient to fulfill the objective assessment obligation of DSU Article 11 and rejected India's claim⁶⁴. The "critical evaluation" requirement expressed by the AB is not compatible with the peremptory language of Article XV:2, besides, the negotiation history of the GATT does not support this position of the AB⁶⁵.

A similar position was adopted by the panel in the subsequent case of *Dominican Republic - Import and Sale of Cigarettes*. The panel sought the opinion of the IMF on whether the commission fee collected from the sale of foreign currency for the imports was a foreign exchange measure, but did not rely directly on the opinion of the IMF when making its ruling. Separately, it made its own analysis on the basis of the criteria determined in the IMF's Decision of 1960 and came to a conclusion which was parallel to the IMF's⁶⁶. Thus, the panel avoided referring to the binding nature of the IMF's findings and preferred to use the expression "in agreement" with the IMF⁶⁷.

It matters, in the context of bindingness, that WTO panels, when applying to the IMF, rely on the general authority given to them by DSU Article 13 regarding the right to collect information and evidence. There are significant differences between GATT Article XV and DSU Article 13 in terms of binding force. While application to the IMF under GATT Article XV:2 is a part of the obligation to engage in consultations with the IMF on BOP issues, DSU Article 13 gives panels wide discretion to collect information and evidence from any source they deem appropriate. Based on DSU Article 13, panels gave the message that it was at their discretion to consult with the IMF and evaluate the input received from it. Despite the binding language of Article XV:2, the choice of this method by panels are deliberate and it would not be wrong to say that it is a result of panels' sensitivity regarding authority and bindingness. On the other hand, there are also views arguing that the provisions of DSU Article 13 do not grant any initiative to panels, on the contrary, they contain an obligation⁶⁸.

⁶⁴ WTO, *India: Report of the Appellate Body* [149]-[152].

⁶⁵ Some authors with this view report that, according to the negotiation history of the GATT, Australia proposed the expression "The IMF's opinions will be given special weight" instead of "the Contracting Parties shall accept the IMF's determinations" in Article XV:2, but this suggestion was not accepted (Mitchell & Sheargold, *GATT Art.XV: Exchange Arrangements*, parag. 19).

⁶⁶ In its evaluation according to the criteria in the 1960 Decision, the panel concluded that the commission fee collected from the sale of foreign currency was not a foreign exchange measure on the grounds that it was limited to imported goods and was calculated based on the cost of the imported goods, not the amount of foreign currency sold (WTO, *Dominican Republic: Report of the Panel* [5.52], [5.53], [7.144], [7.145]).

⁶⁷ WTO, *Dominican Republic: Report of the Panel* [7.145].

⁶⁸ According to some authors, for panels to collect factual information, technical support, expert opinion, legal interpretation, etc. is required for the fulfillment of the "objective assessment" obligation under DSU Article 11; it is not left to the discretion of panels (See Asif H Qureshi, *Interpreting WTO Agreements: Problems and Perspectives (Second Edition)*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2015), 78; Foltea, *International Organizations in WTO Dispute Settlement: How Much Institutional Sensitivity?*, 8).

V. THE FUNCTIONAL STATUS OF IMF INPUTS

IMF inputs obtained during the consultation process mainly play a role of factual reference source in the WTO. This concept refers to the existence of relevant factual conditions and evidence that would form the basis for a decision/ruling and aims to meet the need to establish the existence of factual realities. In this context, within the scope of GATT Articles XII, XVIII and XV, the statistical findings provided by the IMF on the situation of the relevant member state's foreign exchange, monetary reserves and BOP, all other information and determinations regarding the compliance of the measure with the provisions of the IMF Articles (or special foreign exchange agreement, if any) are used as a factual reference status in the WTO.

Among these elements, the legal nature of the determinations of conformity with the IMF Articles does not change the nature of the functional status of the input. Because the IMF does not evaluate the compliance with WTO law; its determinations regarding compliance with its own law provide factual reality (evidence) for the relevant WTO bodies in assessing compliance with WTO law. Since the provisions of Articles XV:1 and XV:4 make a clear distinction between exchange measures and trade measures and thus between the jurisdictions of the WTO and the IMF, WTO bodies do not have the authority to directly address the compliance of measures (which provide for exchange controls or restrictions) with IMF rules. Therefore, it is obliged to obtain a determination from the IMF as to whether a measure complies with IMF rules. The IMF decides whether a measure is a foreign exchange measure and, if so, whether it complies with the provisions of the IMF Articles. On the other hand, since the WTO panels have the authority to examine the compliance of a measure with the conditions in the relevant provisions of the GATT, the definition of the measure as a foreign exchange measure by the IMF does not remove it from the jurisdiction of the WTO panels. Additionally, there is no panel-like adjudication process within the IMF, otherwise could lead to forum competition with the WTO.

Discussions have been made in the previous lines (Chapter 3) on whether the obligation to consult with the IMF should be understood to extend to panel processes. The evidentiary use of IMF inputs as a source of factual reference in disputes before a WTO panel is an issue with more comprehensive dimensions. First of all, the gathering of factual evidence in a WTO dispute is limited to the panel stage only, thus the AB does not have the authority to collect new evidence; therefore, appealing work consists of addressing only legal issues. Panels derive their right to access to factual information primarily from the "inherent powers doctrine". Inherent powers are automatic ones arising from the mere nature of being a judicial body, enabling to carry out the duties entrusted

to it⁶⁹. On the other hand, the provisions of DSU Article 11, which obliges the panels to make an objective assessment of the dispute before them, including the “facts”, also constitute the legal basis for the panels’ authority to collect evidentiary information. Specifically, DSU Article 13 empowers panels to form expert groups when necessary to obtain information and technical advice from any source. Paragraph 2 of the article includes the concept of “factual matters” as well as scientific and technical issues and scientific expert advice. There are opinions arguing that DSU Article 13 includes obtaining legal advice in addition to factual information and technical advice⁷⁰. WTO judiciary made diverging rulings regarding the collection of legal opinions⁷¹. Considering these factors, it can be said that the GATT provisions regarding consultations (Articles XII, XVIII, XV) address the panels’ authority to access to information and evidence in a way that is specific to the BOP situation.

There is no restriction in WTO law regarding the types of sources that panels will refer to for factual evidence. Within this scope, the source of information may be an expert person, expert institution, group of experts, other international organizations (including founding agreements, conventions within the organization and secondary rules established by organization’s bodies), decisions of other international or national courts or national expert organizations, or an international treaty itself. It is even possible to refer to the negotiation histories of such agreements or conventions as a source of factual reference. Such an agreement need not be integrated into WTO law or even be binding on the members involved in the consultation or dispute. As a matter of fact, there are examples in WTO jurisprudence where an international agreement to which

⁶⁹ Isabelle Van Damme, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, (Oxford: Oxford University Press, 2009), 166; Gabrielle Marceau, “WTO Dispute Settlement and Human Rights”, *European Journal of International Law* 13, no. 4 (2002): 753.

⁷⁰ Qureshi, *Interpreting WTO Agreements: Problems and Perspectives (Second Edition)*, 77-79; Debra P Steger, “Amicus Curiae: Participant or Friend? The WTO and NAFTA Experience” In *European Integration and International Coordination: Studies in Transnational Economic Law in Honour of Clauss-Dieter Ehlermann*, eds. A Von Bogdany & Petros C Mavroidis & Yves Mény, (New York: Kluwer Law International, 2002), 447.

⁷¹ For example; In *Japan - Agricultural Products II* case, the AB accepted the US’ argument that the information that could be collected under DSU Article 13 includes information which could shed light on issues of law (WTO, *Japan: Measures Affecting Agricultural Products-Report of the Appellate Body* (22 February 1999) WT/DS76/AB/R [30]), likewise, in *US - Section 110(5) Copyright Act* case, the panel rejected the EC’s argument that DSU Article 13 should be understood as restricting itself to the collection of factual information and technical advice (WTO, *United States: Section 110(5) of the U.S. Copyright Act-Report of the Panel* (15 June 2000) WT/DS160/R [6.6]); however, the panel of *US - Section 211 Appropriations Act* case applied to the World Intellectual Property Organization (WIPO)’s International Bureau to clarify some provisions of the 1967 Paris Convention (Stockholm Agreement) of the WIPO, yet, it called its request as gathering factual information, though this was a clear matter of law (WTO, *United States: Section 211 Omnibus Appropriations Act of 1998-Report of the Panel* (6 August 2001) WT/DS176/R [6.1], [6.2], [8.13].

WTO members are not parties and therefore non-binding for them is used to establish factual reality. For example; In *the US - Shrimp (Article 21.5-Malaysia)* dispute⁷², complainant Malaysia referred to the “Inter-American Convention on the Protection and Conservation of Sea Turtles”, to which it was not a party, for factual determinations on whether the US had provided equal cooperation opportunities to all WTO members and the state of play in international protection.

The legal basis of the role that IMF instruments would play in the WTO as acts of an international organization, both in terms of general legal rules and in terms of WTO agreements (GATT Articles XII, XVIII, XV; GATS Article XII), will not be reiterated here, as they have already been discussed in the previous lines. However, it is worth mentioning various GATT/WTO disputes in which IMF inputs were used as a factual reference source. In the GATT period, South Korea’s restrictions on cattle imports based on the BOP exception under GATT Article XVIII were challenged by Australia, New Zealand and the US. In the panel report, completed and distributed in November 1989, it appears that the panel consulted with the IMF under GATT Article XV:2 for the purpose of collecting factual evidence about South Korea’s reserves and BOP situation and the compliance of the measures at stake with the provisions of the IMF Articles⁷³. The panel relied on the relevant GATT provisions regulating the obligation to consult the IMF and directly used the information and findings from the IMF. Since the WTO and DSU did not exist yet in those years, Article 13 discussions did not occur. In the WTO period, the authority given to the panels by DSU Article 13 to collect information and evidence has been the main reason for the debates on the status of the consultations with the IMF.

When it comes to the WTO period, in the case of *Argentina - Textiles and Apparel*, the WTO judiciary did not consult with the IMF on the grounds that the obligation of consultation is limited to the measures listed in Article XV:2. Yet, it, in *Dominican Republic - Import and Sale of Cigarettes* case, applied to the IMF under Article XV:2 to determine whether the measure complained of (the fee charged on the sale of foreign currency and calculated on the value of imported cigarettes) was a foreign exchange measure. The IMF stated that the fee was not a foreign exchange measure according to its 1960 Decision. Thus, the fee lacked a legitimate basis within the scope of the BOP exceptions. However, the panel did not directly use the IMF inputs, but used them as the basis for making its own determination and additionally, examined the criteria in the IMF’s 1960 Decision and made its own analysis and obtained a result parallel to that of the IMF⁷⁴. The

⁷² WTO, *United States: Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (India, Malaysia, Pakistan, Thailand v. United States)*, WT/DS58, 1996.

⁷³ *Republic of Korea Restrictions on Imports of Beef* (1989) GATT L/6504-36S/202, L/6505 - 36S/234, L/6503 - 36S/268.

⁷⁴ WTO, *Dominican Republic: Report of the Panel*, [5.52], [5.53]

panel avoided a discussion on the binding nature of IMF inputs. Leaving aside the panel's formal officiousness in protecting its jurisdiction, it used the inputs from the IMF as a source of factual reference in assessing compliance with WTO rules.

In this case, another issue regarding the obligation to consult with the IMF has come to the fore. The Dominican Republic, which took the measure, claimed that the fee stipulated by the measure was in compliance with the IMF Articles as required by GATT Article XV:2, on the grounds that it was based on an exemption in the standby agreement with the IMF. First of all, there was no need for the panel to enter into an analysis on this issue after obtaining the IMF's opinion that the measure was not a foreign exchange measure and closing the issue. However, in practice, panels make additional interpretations in order to complete the analysis. Thus, the panel, continuing its analysis, did not find the fact that the Dominican Republic based its exception claim only on a press release was sufficient to prove the measure to be part of the stabilization program⁷⁵. It follows that if it had been sufficiently demonstrated by the Dominican Republic that the measure was a necessity and part of the stabilization program, the panel would have deemed the measure to be in compliance with the provisions of the IMF Articles. However, according GATT Article XV:2, in the case of a foreign exchange measure, it is necessary to consult with the IMF regarding the compliance of the measure with the provisions of the IMF Articles.

While an application was made to the IMF for a determination on "foreign exchange" in the *Dominican Republic - Import and Sale of Cigarettes* case, there are also examples of disputes in which applications were made for assessments on "balance of payments". One example is the *India - Quantitative Restrictions* case, but the panel relied on the right to collect information and evidence from all sources (DSU Articles 13) instead of GATT Article XV:2, just as it did in the *Argentina - Textiles and Apparel* case. In this sense, this application to the IMF is not suitable for a discussion within the scope of formal consultations. However, it contains enlightening issues in terms of content. The panel consulted with the IMF regarding India's BOP situation and used the findings and determinations from the IMF in forming its decision. In its appeal, India claimed that the IMF inputs had been accepted without further questioning by the panel, therefore it had violated the "obligation to make an objective assessment of the facts" in DSU Article 11, which had amounted to delegation of authority to the IMF⁷⁶. AB rejected the India's objection on the grounds that the panel had referred to the IMF for factual information on the BOP situation and had considered further evidence from the sources outside the IMF in addition to critically evaluating the inputs of the IMF⁷⁷. Hence, the AB verified that IMF inputs were used for factual information purposes.

⁷⁵ WTO, *Dominican Republic: Report of the Panel* [7.147]-[7.154].

⁷⁶ WTO, *India: Report of the Appellate Body* [146].

⁷⁷ WTO, *India: Report of the Appellate Body* [149]-[152].

CONCLUSIONS

International law attaches a special importance to the close connection between trade and finance within the international economic order and defines a special form of cooperation between the GATT/WTO and the IMF. In this context, the GATT/WTO has an obligation to consult with the IMF on certain issues. In GATT 1947 text (Articles XII and XVIII), contracting parties facing BOP problems are granted the right to impose trade restrictive measures under certain conditions, as an exception to the general prohibition of quantitative restrictions of GATT Article XI. The scope of BOP exceptions has come to include other multilateral trade agreements in the WTO period.

Member states desiring to benefit from BOP exceptions must consult with the BOP Committee to assess whether they meet the necessary conditions. The BOP Committee, while making its decision during this evaluation process, is obliged to consult with the IMF on the BOP situation and reserves and other related financial issues regarding the member country in question and on the compliance of the measure at stake with the IMF Articles / relevant special foreign exchange agreement (The third sentence of Madde XV:2). In addition, WTO members have a general obligation to consult with the IMF in cases where issues regarding monetary reserves, BOP and foreign exchange regulations come to the fore (The first and second sentences of Madde XV:2).

The consultation is regulated in a binding language in WTO texts. Moreover, as a corollary of that, the acceptance of the information, findings and determinations coming from the IMF is considered as an obligation. However, there have been controversial issues regarding the scope of this obligation and the status of IMF inputs in the WTO. One of those is whether the obligation to consult also includes panel processes. The WTO judiciary has had tendency to exclude itself from this obligation, but also refrained from making a clear judgment on the issue in a limited number of disputes. It is necessary to wait for new rulings in prospective disputes for the WTO judiciary's stance on the issue to become clear. The binding language of Article XV:2 and the comprehensiveness of its first two sentences, makes it possible to infer that the obligation to consult extends to all WTO bodies.

The distant attitude of the law-oriented WTO judiciary towards Article XV obligations is not at an appropriate level in determining the WTO - IMF relationship in the context of international economic governance. In other words, Article XV obligations should not be left to the interpretations of judicial bodies due to their own authority concerns, but should be clarified sufficiently at the rule-making or decision-making level. There appears to have occurred a disconnection during the Uruguay Negotiations regarding the scope of bindingness, which resulted from the fact that the negotiators largely focused on reciprocity in concessions,

overlooking an international institutional perspective⁷⁸. Two methods that come to mind to close the gap in question are as follows: (i) the WTO General Council can act an authoritative interpretation based on the authority given in Article IX:2 of the WTO Agreement, or (ii) an explanatory text or a procedure for cooperation between bodies can be adopted by the WTO and the IMF.

The scope of the WTO's obligation to consult with the IMF is limited in terms of subject matter, which covers the issues related to monetary reserves, BOP or foreign exchange regulations and financial matters. Likewise, there is a limited scope in terms of the type of measures. The relevant provisions of the GATT included a limited list (measures regarding foreign exchange, monetary reserves and BOP). The distinction between trade measures and foreign exchange measures (GATT Article XV:9) matters since the obligation to consult with the IMF depends on the measure being a foreign exchange measure or at least having a financial aspect. However, distinguishing between trade and foreign exchange measures has always had difficulties.

The list of measures has expanded over time with the development of new concepts that are not included in the IMF and GATT texts. When the question on whether there was an obligation to consult with the IMF for an "adjustment measure" within the scope of an IMF-supported stabilization programme was raised before WTO judiciary (*Argentina - Textiles and Apparel* case), the panel considered the measures enumerated in Article XV:2 (the measures related to foreign exchange, monetary reserves and BOP) as a limited list requiring consultations with the IMF and did not find it necessary to apply to the IMF on the grounds that the adjustment measures under review did not concern one of these issues. The AB supported panel's ruling. Besides, the IMF also confirmed that there was no matter that required consultation as per the list in Article XV:2 but stated that panel should have consulted in order to ensure wider cooperation and better understand the measure, arguments and the context of the case. In the years when the GATT 1947 text was written, tools such as adjustment programs were not yet included in the IMF's toolbox, so they were not provided in the GATT 1947 text. In taking such developing new concepts and situations into consideration, it is an appropriate way to employ the principle of dynamic interpretation, which is one of the established principles of customary international law.

The functional status of IMF inputs obtained during the consultations is to provide factual reality to WTO decision-making processes. This corresponds to the concept of evidence in dispute settlement processes. The legal nature of the IMF's determinations regarding the compliance of the measures under review with the IMF Articles (or a special foreign exchange agreement, if any) does not change the nature of the functional status of the input for the WTO.

⁷⁸ Siegel, "Legal Aspects of IMF/WTO Relationship: The IMF's Articles of Agreement and the WTO Agreements", 878.

BIBLIOGRAPHY

- Ahn, Dukgeun. "Linkages between International Financial and Trade Institutions: IMF, World Bank and WTO". *Journal of World Trade* 34, no. 4 (2000): 1-36.
- Analytical Index of the GATT on Article XV. Access Date: 21 February 2023. https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/gatt1994_art15_gatt47.pdf.
- Foltea, Marina. *International Organizations in WTO Dispute Settlement: How Much Institutional Sensitivity?* Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- GATT, Documentation for Article XII:4(b) and Article XVIII:3(b) Consultations; Note by the Chairman of the Committee on Balance-of-Payments Restrictions (L/3388), 27 April 1970. Access Date: 06 June 2023. <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/L3799/3388.PDF>.
- GATT, First Report of the Working Party on United Kingdom Import Deposits (L/3193), 3 April 1969. Access Date: 06 June 2023. https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/90820027.pdf.
- GATT, Procedures for Regular Consultations on Balance-Of-Payments Restrictions with Developing Countries, L/3772/Rev.1, 10 January 1973 (As approved by the Council of Representatives on 19 December 1972). Access Date: 27 February 2023. <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/L3799/3772R1.PDF>.
- GATT, Report of the Working Party on United States Temporary Import Surcharge (L/3573), 13 September 1973. Access Date: 06 June 2023. <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/L3799/3573.PDF>.
- GATT Disputes, <https://gatt-disputes.wto.org/disputes>.
- Göker, Mustafa. "Küresel Ticaret Kurallarından Kaynaklı Uyuşmazlıkların Çözümünde Temyiz Sorunu". In *Sosyal Bilimlerde Güncel Meseleler*, Eds. Çiğdem Çadırcı & Hatice Aztimur, 46-74. Konya: Çizgi Kitabevi, 2022.
- Göker, Mustafa. "Ukrayna - Rusya Krizi ve DTÖ Hukuku: Güvenlik İstisnalarının Yükselişi Mi?" *Ömer Halisdemir Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 16, no. 2 (April 2023): 381-406.
- IMF's website, <https://www.imf.org/en/Home>.
- IMF, "Decision on Payments Restrictions and Multiple Currency Practices, Article VIII and Article XIV, 1034-(60/27), 1 June 1960", Selected Decisions and Selected Documents of the IMF, Thirtieth-Fifth Issue, p. 561-563, 2010. Access Date: 31 March 2023. <https://www.imf.org/external/pubs/ft/sd/2011/123110.pdf>.
- IMF, "Relations with the WTO and Fund-WTO Cooperation Agreement, 11381-(96/105), 25 November 1996", Selected Decisions and Selected Documents of the IMF, Thirtieth-Eighth Issue, p. 934-943, 2016. Access Date: 10 June 2023. https://www.imf.org/external/pubs/ft/sd/2016/IMF_Selected_Decisions_38e.pdf.
- Jackson, John Howard. *The World Trade Organization: Constitution and Jurisprudence*. London: Royal Institute of International Affairs, 1998.
- Louka, Elli. *The Global Economic Order the International Law and Politics of the Financial and Monetary System*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2020.
- Marceau, Gabrielle. "WTO Dispute Settlement and Human Rights". *European Journal of International Law* 13, no. 4 (2002): 753-814.

- Mitchell, Andrew and Sheargold, Elizabeth. *GATT Art.XV: Exchange Arrangements, Georgetown Business*. Economics & Regulatory Law Research Paper No. 1507253, November 2009.
- Pauwelyn, Joost and Elsig, Manfred. “The Politics of Treaty Interpretation: Variations and Explanations Across International Tribunals”. In *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art*, Eds. Jeffrey L Dunoff & Mark a Pollack, 445-473. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- Procedures for Regular Consultations on Balance-Of-Payments Restrictions with Developing Countries, L/3772/Rev.1, 10 January 1973 (As approved by the Council of Representatives on 19 December 1972). Access Date: 27 February 2023. <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/L3799/3772R1.PDF>.
- Qureshi, Asif. *Interpreting WTO Agreements: Problems and Perspectives (Second Edition)*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- Report of Review Working Party I on Quantitative Restrictions, L/332/Rev.1, 28 February 1955 (adopted on 2, 4 and 5 March 1955, 3S/170). Access Date: 21 February 2023. https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/90690002.pdf.
- Siegel, Deborah. “Legal Aspects of IMF/WTO Relationship: The IMF’s Articles of Agreement and the WTO Agreements”. In *Current Developments in Monetary and Financial Law (Vol. 3)*, 873-941. International Monetary Fund, 2005. Access Date: 1 March 2023. <https://www.elibrary.imf.org/display/book/9781589063341/ch040.xml>.
- Steger, Debra. “Amicus Curiae: Participant or Friend? The WTO and NAFTA Experience”. In *European Integration and International Coordination: Studies in Transnational Economic Law in Honour of Clauss-Dieter Ehlermann*, eds. A. von Bogdany & Petros C Mavroidis & Yves Mény, 419-450. New York: Kluwer Law International, 2002.
- Technical Information on Balance of Payments. Access Date: 21 February 2023. https://www.wto.org/english/tratop_e/bop_e/bop_info_e.htm.
- Van Grassek, Craig. *The History and Future of the World Trade Organization*. Geneva: WTO Publications, 2013.
- Van Damme, Isabelle. *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- WTO Website, <https://www.wto.org/index.htm>.
- WTO, Decision Adopted by the General Council Concerning Agreements between the WTO and the IMF and the World Bank at Its Meeting on 7, 8, and 13 November 1996, WT/L/1 94.

GATT Disputes Cited

- Greece Import Duties on Products Specified in Sechedule XXV* (1952) GATT G/27-IS/51.
- Republic of Korea Restrictions on Imports of Beef* (1989) GATT L/6504-36S/202, L/6505 - 36S/234, L/6503 - 36S/268.

WTO Disputes Cited

- WTO, *Argentina: Measures Affecting Imports of Footwear, Textiles, Apparel and other Items-Report of the Panel* (27 November 1997) WT/DS56/R.

- WTO, *Argentina: Measures Affecting Imports of Footwear, Textiles, Apparel and other Items-Report of the Appellate Body* (27 March 1998) WT/DS56/AB/R.
- WTO, *Dominican Republic: Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes-Report of the Panel* (26 November 2004) WT/DS302/R.
- WTO, *India: Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products-Report of the Panel* (6 April 1999) WT/DS90/R.
- WTO, *India: Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products-Report of the Appellate Body* (23 August 1999) WT/DS90/AB/R.
- WTO, *Japan: Measures Affecting Agricultural Products-Report of the Appellate Body* (22 February 1999) WT/DS76/AB/R.
- WTO, *United States: Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (India, Malaysia, Pakistan, Thailand v. United States)*, WT/DS58, 1996.
- WTO, *United States: Section 110(5) of the U.S. Copyright Act-Report of the Panel* (15 June 2000) WT/DS160/R.
- WTO, *United States: Section 211 Omnibus Appropriations Act of 1998-Report of the Panel* (6 August 2001) WT/DS176/R.

IRAK-TÜRKİYE HAM PETROL BORU HATTI UYUŞMAZLIĞINA İLİŞKİN HAKEM KARARI VE *REBUS SIC STANTIBUS* İLKESİ^(*)

Arş. Gör. Dr. Damla AKKAYA^(**)

Öz

Irak ve Türkiye arasında 1973 yılında imzalanan ve takip eden yıllarda çeşitli anlaşma ve protokollerle ek ve değişiklikler yapılan Irak-Türkiye Ham Petrol Boru Hattı (ITP) Anlaşmaları, 2010 Değişiklik Anlaşması ile son halini almıştır. ITP Anlaşmaları çerçevesinde taraflar, Irak ham petrolünün Türkiye'nin Akdeniz kıyısında yer alan tesisler aracılığıyla deniz yoluyla ihracatına izin verilmesi ve ham petrolün taşınmasına imkân verecek şekilde her iki tarafın ülkesini kapsayan bir dizi boru hattının inşası ve yönetiminin düzenlenmesi konusunda mutabakata varmıştır. Söz konusu Anlaşmalar çerçevesinde inşa edilen Birinci Boru Hattı 1977 yılında, İkinci Boru Hattı ise 1987'de faaliyete geçmiştir. 2005 yılında Irak Kürt Bölgesel Yönetimi, federal bir devlet olan Irak Cumhuriyeti'nin özerk bir bölgesi olarak kurulmuştur. Ancak o dönemde Kuzey Irak'taki ham petrol rezervlerinin işletilmesine ilişkin federal bir düzenleme bulunmamaktaydı. 2007 yılında Irak Kürt Bölgesel Yönetimi, Kuzey Irak'taki ham petrol ve gaz sahalarının yönetimine ilişkin bir hidrokarbon düzenlemesi çıkarmıştır. Ancak Irak Hükümeti ve Irak Kürt Bölgesel Yönetimi arasında bölgedeki ham petrol ve doğal kaynakların yönetimi ve mülkiyeti konusunda uyuşmazlık yaşanmıştır. 2012 yılında Irak Kürt Bölgesel Yönetimi ile Türkiye, Kuzey Irak ham petrolünün ITP Boru Hattı Sistemi yoluyla dünyaya pazarlanması amacıyla Kuzey Irak'ta Türkiye sınırına yakın yeni bir boru hattının inşa edileceğini duyurmuş ve 2013 yılında inşası tamamlanan bu Hat, ITP sisteminin Irak topraklarındaki ölçüm istasyonu olan Fişhaber'a bağlanmıştır. Irak Cumhuriyeti, 23 Mayıs 2014'te, Türkiye'nin, Irak Kürt Bölgesel Yönetimi tarafından gönderilen Irak petrolünü, Irak Cumhuriyeti Petrol Bakanlığı'nın onayı olmaksızın taşıdığı ve yüklediği yani ITP Anlaşmaları'nı ihlal ettiği iddiasıyla Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Heyeti'ne başvurmuştur. Andlaşmalar hukukuna ilişkin pek çok meselenin konu edildiği bu davada Türkiye'nin ileri sürdüğü iddialardan biri de, Türkiye'nin ITP Anlaşmaları'nı şartların esaslı değişimi, diğer bir deyişle *rebus sic stantibus* ilkesi (Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, 62. madde) çerçevesinde askıya almış bulunduğu, bu nedenle söz konusu Anlaşmalar'ın o dönemde yürürlükte olmadığıdır. Konuya ilişkin değerlendirmesinde *rebus sic stantibus* ilkesinin koşullarını ve hukuki etkilerini inceleyen Hakem Heyeti, Türkiye'nin bu iddiasını iyniyet ilkesi çerçevesinde reddetmiştir. Çalışmada tarafların *rebus sic stantibus* ilkesine ilişkin karşılıklı iddiaları ve Hakem Heyeti'nin konuya ilişkin tespitleri andlaşmalar hukukunun ilgili kuralları çerçevesinde incelenecek ve konuya ilişkin değerlendirmelerde bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler

Şartların Esaslı Değişimi, *Rebus Sic Stantibus*, Zimni Kabul, İyniyet İkesi, Andlaşmaların Askıya Alınması, Kuzey Irak Petrolleri, Irak Kürt Bölgesel Yönetimi, ITP Anlaşmaları.

(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 07.11.2023 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 30.12.2023, DOI No: <https://doi.org/10.54704/akdhfd.1387542>.

(**) Ankara Hacıbayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı / Ankara, Türkiye.

E-posta: damlayildirim@gmail.com,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-9928-735X>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

ARBITRATION AWARD ON THE IRAQ-TÜRKİYE CRUDE OIL PIPELINE DISPUTE AND THE PRINCIPLE OF REBUS SIC STANTIBUS

Abstract

The Iraq-Turkey Crude Oil Pipeline (ITP) Agreements, originally signed between both countries in 1973 and amended by subsequent agreements and protocols in the following years, took their final form with the 2010 Amendment Agreement. With this ITP Agreement Framework, both parties agreed on allowing the sea export of Iraqi crude oil via facilities located on the Turkish Mediterranean coast, and arranging for the construction and management of a set of pipelines spanning on both territories to allow for the transport of said-oil. The first pipeline built within the framework of the Agreements became operational in 1977, followed by the second one in 1987. In 2005, the Kurdish Region of Iraq (the KRI) was established as an autonomous region of the Iraqi federal state. At that time however, there was no federal regulation regarding the exploitation of crude oil reserves located in the KRI. In 2007, the Kurdish Regional Government of Iraq (the KRG), the executive body of the KRI, issued a hydrocarbon regulation regarding the management of crude oil and gas fields in Northern Iraq. However, there has been a dispute between the Iraqi Government and the KRG regarding the management and ownership of crude oil and natural resources in the KRI region. In 2012, the Kurdish Regional Government and Türkiye announced that a new pipeline would be built in the KRI near the Turkish border in order to market KRI crude oil to the world through the ITP pipeline system. Its construction was completed in 2013, and it was tied-in to Fishkabur, the pumping station in Iraq. On May 23rd, 2014, the Republic of Iraq initiated proceedings with the International Chamber of Commerce Arbitration Panel, alleging that Türkiye transported Iraqi oil sent by the KRG without the approval of the Ministry of Petroleum of the Republic of Iraq, in violation of the ITP Agreements. One of the claims put forward by Türkiye in this case, in which many arguments related to the law of treaties, was that Türkiye suspended the ITP Agreements due to a fundamental change of circumstances, also known as the principle of *rebus sic stantibus* (Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 62). Türkiye's claim was therefore that the ITP Agreements were not in force at that time. The Arbitral Tribunal, which examined whether the conditions to apply the *rebus sic stantibus* principle were met, rejected Turkey's claim based on the principle of good faith. In this article, the counter claims of the parties regarding the principle of *rebus sic stantibus* and the findings of the Arbitral Tribunal on the subject will be examined within the framework of the relevant rules of treaty law and assessments will be made on the issue.

Keywords

Fundamental Change of Circumstances, *Rebus Sic Stantibus*, Acquiescence, Principle of Good Faith, Suspension of Treaties, North Iraq, Crude Oil, Kurdish Regional Government of Iraq, ITP Agreements.

Extended Abstract

In 1973, Iraq and Türkiye entered into an agreement (the Iraq-Turkey Crude Oil Pipeline Agreement) aimed at building a pipeline system for the transport of crude oil from Iraqi fields, as well as allowing its storage and loading at facilities at a Turkish Mediterranean port in Ceyhan for export. The Agreement has been amended by various additional agreements and protocols over the years, the latest of which was signed in 2010. All these agreements, together referred to by the Tribunal as ITP Agreements, constitute the legal framework that is still in force today. The first two pipelines built within the framework of the ITP Agreements became respectively operational in 1977 and in 1987. In 2005, the Kurdish Region of Iraq (the KRI) was established as an autonomous region of the federal Iraqi state. At that time, there were no federal regulations regarding the exploitation of crude oil reserves located in the KRI. In 2007, the Kurdish Regional Government (the KRG) issued a hydrocarbon regulation pertaining to the management of crude oil and gas fields in the KRI. However the Federal Government of Iraq (FGI) and the KRG disagreed on the interpretation of the Iraqi Constitution in relation to the management and ownership of oil and natural resources in the region. In 2012, the KRG and Türkiye announced that a new pipeline would be built in the KRI, close to the Turkish border, in order to export the KRI crude oil to the world via the ITP pipeline system. This latest pipeline, completed in 2013, was connected to the pumping station of the ITP system located in Fishkabur, Iraq. On May 23rd, 2014, the Republic of Iraq filed a complaint against Türkiye to the International Chamber of Commerce Arbitration Panel (the Tribunal), alleging that Türkiye transported Iraqi oil sent by the KRG without the approval of the Ministry of Petroleum of the Republic of Iraq, in violation of the ITP Agreements.

Türkiye put forward various arguments against Iraq's claims. One of these arguments stated that Türkiye had suspended the application of the ITP Agreements pursuant to the *rebus sic stantibus* principle, as codified in Article 62 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. Indeed, Türkiye claimed that this suspension was warranted, based on two material facts that created a fundamental change of circumstances: a) the KRG's suspension of oil supplies to Iraq's State Oil Marketing Company (SOMO) in 2012, and b) the bombing of the 1987 pipeline by the Islamic State terrorist group (more commonly known as ISIS) in 2014. In its final judgment, the Tribunal stated that the KRG's suspension of oil supplies to SOMO in 2012 did not constitute a fundamental change of circumstances and rejected Türkiye's claim that the *rebus sic stantibus* principle applied. With regard to the bombing of the second pipeline, the Tribunal accepted that this situation fundamentally changed the circumstances of the ITP Agreements. However, the Tribunal also noted that Türkiye had started transporting and storing crude oil from the KRG even before the second pipeline was damaged. According to the Tribunal, this showed that Türkiye's motivation to cooperate with the KRG was not related to the ITP framework becoming inapplicable. In this context, considering that both parties to the ITP Agreements are under the obligation to act in good faith when it comes to applying their treaty obligations, the Court rejected Türkiye's claims and stated that it could not apply the *rebus sic stantibus* principle for the events that occurred after Turkey had already violated its obligations arising from the ITP Agreements by engaging directly the KRG.

GİRİŞ

Rebus sic stantibus ilkesi, andlaşmalar hukukunun önemli konularından biridir. Bu durum, ilkenin, andlaşmalar hukukuna hâkim olan *pacta sunt servanda* ilkesinden kaynaklanan katı istikrarın, değişim lehine dengelenmesini ve hukukun adalet fonksiyonunu yerine getirmesini sağlamasından ileri gelmektedir. *Rebus sic stantibus* ilkesine uygulamada devletler tarafından sıkça başvurulduğu görülmektedir¹. Bununla birlikte ilke, uluslararası mahkeme² kararlarında karşımıza

¹ Yalnızca 2023 yılında bile şartların esaslı değişimi ilkesi çerçevesinde taraf oldukları andlaşmaları sona erdiren, askıya alan veya bu andlaşmalardan çekilen devletler olmuştur. Örneğin, Ukrayna, Rusya ile aralarındaki İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nı (BIT Anlaşması) 27 Ocak 2025 tarihinden itibaren sona erdirecek olan bir yasa kabul etmiştir. Söz konusu yasanın tasarısında Anlaşma'nın sona erme nedeni iki Devlet arasında yaşanan 'olaylar' çerçevesinde şartların esaslı değişimi olarak belirtilmiştir. (Bkz. "Ukraine's termination of its Bilateral Investment Treaty with Russia: What Happened and What It Means for Potential Future Claims," Freshfields Bruckhaus Deringer, Erişim Tarihi: Aralık 20, 2023, <https://riskandcompliance.freshfields.com/post/102ip3m/ukraines-termination-of-its-bilateral-investment-treaty-with-russia-what-happen>). Diğer bir örnek, Rusya'nın, ABD ile aralarındaki Stratejik Savunma Silahlarının Daha da Azaltılması ve Sınırlanması Andlaşması'nı (New START Andlaşması) askıya almasıdır. Rusya konuyla ilgili olarak, ABD'nin benimsediği politikanın Rusya'nın ulusal güvenliğine zarar verdiğini ve bu durumun New START Andlaşması'nda benimsenen temel ilkelere ve anlayışa ters düştüğünü belirtmiştir. Söz konusu temel ilkelere aykırı hiçbir andlaşmayı imzalamayacak olduğunu belirten Rusya, ABD'nin bu davranışlarının Andlaşma'nın şartlarını esaslı olarak değiştirdiğini ileri sürmüş ve New START Andlaşması'nı askıya almıştır. (Bkz. "Foreign Ministry Statement in Connection with the Russian Federation Suspending the Treaty on Measures for the Further Reduction and Limitation of Strategic Offensive Arms (New START)," The Ministry of Foreign Affairs of Russian Federation, Erişim Tarihi: Aralık 20, 2023, https://mid.ru/en/foreign_policy/news/1855184/). Son olarak ABD de, Rusya'nın, Avrupa'da Konvansiyonel Silahlı Kuvvetler Hakkında Andlaşma'dan (CFE Andlaşması) çekilmesinin ve Ukrayna'ya karşı yürüttüğü tam kapsamlı saldırı savaşının Andlaşma'nın şartlarında esaslı değişiklik meydana getirdiğini iddia etmiş ve CFE Andlaşması'ndan kaynaklanan yükümlülüklerini askıya aldığı açıklamıştır. (Bkz. "United States Will Suspend the Operation of its Obligations Under the Treaty on Conventional Armed Forces in Europe," U.S. Department of State, Erişim Tarihi: Aralık 20, 2023, <https://www.state.gov/united-states-will-suspend-the-operation-of-its-obligations-under-the-treaty-on-conventional-armed-forces-in-europe/>). İlkenin uygulamadaki geçmiş örnekleri için bkz. Athanassios Vamvoukos, *Termination of Treaties in Inter-*

nadiren çıkmaktadır³. Hatta bazı yazarlar ilkeyi “garajdan hiçbir zaman ayrılmayan bir araba”ya benzetmektedirler⁴. Uluslararası yargı makamlarının uluslararası hukukun tespiti ve gelişiminde oynadığı rolün ağırlığı, *rebus sic stantibus*un yorumu ve uygulanması bakımından, ilkeye ilişkin bu kararların önemini arttırmaktadır. Bu çerçevede, *rebus sic stantibus* ilkesinin tartışıldığı ve ilkeye ilişkin tespitlerde bulunulan güncel bir yargı kararı, ilkenin günümüz hukukundaki yeri bakımından yol gösterici olmasının yanı sıra ilkenin gelişimine de katkı sağlayacaktır.

2023 yılının Mart ayında Milletlerarası Ticaret Odası (ICC/MTO) Hakem Heyeti⁵, Irak ile Türkiye arasındaki Ham Petrol Boru Hattı Uyuşmazlığı’na ilişkin kararını açıklamıştır. Kararda taraflarca ileri sürülen pek çok hukuki mesele de Heyet tarafından cevaplanmıştır. Bu çalışma, söz konusu uyuşmazlıktaki, Türkiye tarafından ileri sürülen şartların esaslı değişimi (*rebus sic stantibus*) iddiasını ve Hakem Heyetinin bu iddiaya dair değerlendirmelerini incelemektedir. Bu çerçevede öncelikle uyuşmazlığın tarihsel gelişimine yer verilmiştir. Daha sonra Heyetin konuya dair tespitleri, *rebus sic stantibus* ilkesine ilişkin kurallar çerçevesinde incelenmiş ve bununla ilgili değerlendirmelerde bulunulmuştur.

MTO’nun Hakem kararlarına ilişkin çalışmalar uyuşmazlığa dair taraf iddialarına ulaşılması bakımından belirli zorluklar içermektedir. Zira tarafların iddialarının yer aldığı dilekçeler, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece yayınlanmaz. Bununla birlikte, Irak’ın esasa ilişkin verilen kararın tenfizi amacıyla ABD mahkemelerine başvurmasıyla⁶, Hakem Heyetinin kararı aleni hale gelmiştir⁷. Bu nedenle çalışmada, tarafların iddialarına Heyetin esasa ilişkin kararında bu iddialara yer verdiği ölçüde değinilecektir.

national Law, The Doctrines of Rebus Sic Stantibus and Desuetude, (Oxford: Clarendon Press, 1985), 61-126; Damla Akkaya, *Uluslararası Andlaşmalarda Şartların Esaslı Değişimi: Rebus Sic Stantibus İlkesi*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021), 67-102.

² Uluslararası mahkeme genel olarak önüne gelen uyuşmazlıklarda uluslararası hukuka dayanan bağlayıcı kararlar verme yetkisi olan bağımsız yargı makamı olarak tanımlanabilir. Ömer İlhan Akipek, *Milletlerarası Adalet Divanı*, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1974), 13-14.

³ Malgosia Fitzmaurice, “Exceptional Circumstances and Treaty Commitments.” *The Oxford Guide to Treaties* içinde, ed. Duncan B. Hollis, (Oxford: Oxford University Press, 2020), 602.

⁴ Marko Milanovic, “Brexit, the Northern Irish Backstop, and Fundamental Change of Circumstances,” *EJIL: Talk!*, Erişim Tarihi: Aralık 22, 2023, <https://www.ejiltalk.org/brexit-the-northern-irish-backstop-and-fundamental-change-of-circumstances/>.

⁵ Bundan sonra “Hakem Heyeti veya Heyet” olarak belirtilecektir.

⁶ Bkz. “Iraq Petitions US Court to Enforce Oil Export Arbitration Award Against Turkey,” *Reuters*, Erişim Tarihi: Ekim 31, 2023, <https://www.reuters.com/legal/iraq-petitions-us-court-enforce-oil-export-arbitration-award-against-turkey-2023-04-11/>.

⁷ Karar için bkz. *Irak v. Türkiye*, ICC Case No. 20273/AGF/ZF/AYZ/ELU, (Final Award) 13.2.2023, Erişim Tarihi: Ekim 31, 2023, https://jusmundi.com/en/document/decision/en-the-republic-of-iraq-v-1-the-republic-of-turkey-and-2-botas-petroleum-pipeline-corporation-reconstitution-of-the-tribunal-pending-friday-1st-january-2021#decision_18104. [Bundan sonra “*Irak v. Türkiye*” olarak belirtilecektir.].

I. TARİHSEL ARKA PLAN

A. IRAK-TÜRKİYE HAM PETROL BORU HATTI (ITP) ANLAŞMALARI⁸

20. yüzyılın ikinci yarısında teknolojinin ilerlemesiyle petrol verimliliği artan Irak, bu petrolün Akdeniz'e taşınması için yeni yollar aramaya başlamıştır⁹. Türkiye ile bu çerçevede yapılan görüşmeler olumlu sonuçlanmış ve iki Devlet arasında 1973 Ham Petrol Boru Hattı Anlaşması¹⁰ imzalanmıştır. Anlaşma'da genel olarak, yirmi yıl boyunca¹¹ Irak ham petrolünün her iki ülke topraklarında inşa edilecek boru hatları vasıtasıyla Türkiye topraklarından taşınması ve Türkiye'nin Akdeniz topraklarında yer alan bir terminal üzerinden deniz yoluyla ihraç edilmesi öngörülmüştür¹². Anlaşma'da, inşa edilen sistemin münhasıran Irak'tan gelecek ham petrolün taşınması ve yüklenmesi amacıyla kullanılması¹³, bunun karşılığında Irak'ın, Türkiye'ye belirli miktarda taşıma ve yükleme ücreti ödemesi¹⁴ kararlaştırılmıştır. Boru hattı sisteminin Irak'tan kaynaklanan bir sebeple tam kapasite kullanılamaması ihtimaliyle ilgili olarak ise, Irak'ın her hâlükarda gerçekleştirmek zorunda olduğu yıllık asgari taşıma miktarı belirlenmiş, garanti edilen bu miktarın sağlanamaması durumunda Irak'ın buna karşılık gelen ücreti Türkiye'ye ödemesi planlanmıştır¹⁵.

1973 Anlaşması çerçevesinde inşa edilen Birinci Boru Hattı 1977 yılında faaliyete geçmiştir. 1985 yılında imzalanan Ek Anlaşma'yla¹⁶, Birinci Boru Hattı ile birlikte çalışacak ikinci bir boru hattının inşası kararlaştırılmış; bu Boru Hattı ise 1987'de faaliyete geçmiştir. (Boru Hatları'nın gösterildiği harita için bkz. Şekil I)

⁸ Irak-Türkiye petrol hattına ilişkin yürürlükte olan tüm Anlaşma ve Protokoller, Hakem Heyeti tarafından ITP Anlaşmaları olarak işaret edilmektedir. Bu nedenle çalışmada da bu anlaşma ve protokollerin tümü ITP Anlaşmaları olarak kullanılacaktır.

⁹ Aybüke İnan, "Kerkük-Yumurtalık Petrol Boru Hattı ve Türkiye-İrak İlişkileri (1973-2011)," *Ortadoğu Analiz* 5, S. 56 (2013), 71.

¹⁰ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Irak Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Ham Petrol Boru Hattı Anlaşması, Erişim Tarihi: Ekim 31, 2023, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/15268.pdf>.

¹¹ Anlaşma süresi yirmi yıl olarak kararlaştırılmış, bu süre sonunda taraflarca sona erdirilmemesi halinde Anlaşma'nın her beş yılda bir kendiliğinden yenileneceği düzenlenmiştir. Bkz. 1973 Ham Petrol Boru Hattı Anlaşması Madde 22.

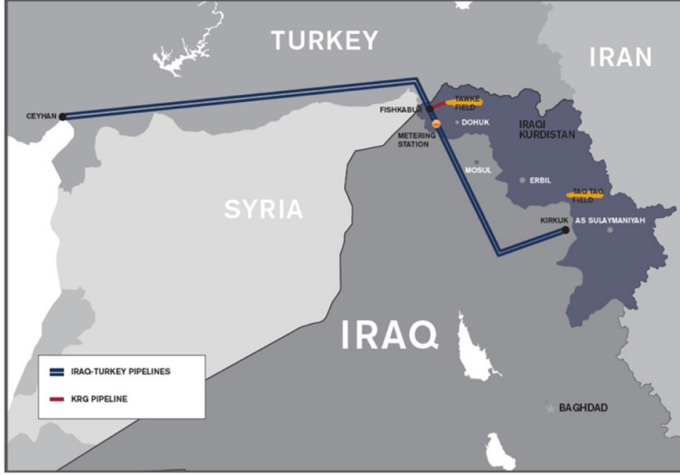
¹² Bkz. 1973 Ham Petrol Boru Hattı Anlaşması Madde 1.

¹³ Bkz. 1973 Ham Petrol Boru Hattı Anlaşması Madde 3.

¹⁴ Bkz. 1973 Ham Petrol Boru Hattı Anlaşması Madde 7.

¹⁵ Bkz. 1973 Ham Petrol Boru Hattı Anlaşması Madde 11.

¹⁶ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Irak Cumhuriyeti Hükümeti Arasında 27 Ağustos 1973 Tarihli Ham Petrol Boru Hattı Anlaşmasına Ek Anlaşma, Erişim Tarihi: Ekim 31, 2023, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/19041.pdf>.

Şekil I¹⁷

1973 Ham Petrol Boru Hattı Anlaşması yıllar içinde çeşitli ek anlaşmalarla değişikliğe uğramıştır. Bunlardan sonuncusu 2010 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Irak Cumhuriyeti Hükümeti arasındaki 27 Ağustos 1973 tarihli Ham Petrol Boru Hattı Anlaşması ve sonrasındaki ilgili Anlaşmalar, Protokoller, Toplantı Tutanaqları ile Eklerinin Tadiline İlişkin Değişiklik Anlaşması¹⁸’dır.

Değişiklik Anlaşması imzalanmadan önce, Irak yıllardır garanti edilen asgari taşıma miktarını sağlayamıyordu. Bu nedenle, söz konusu Anlaşma’yla, garanti edilen asgari taşıma miktarı daha sonra yeniden eski haline dönmek üzere belirli bir süre için düşürülmüştür. Bununla birlikte Irak, belirlenen yeni asgari miktarı da, davanın açıldığı 2014 yılı da dâhil olmak üzere hiçbir sene sağlayamamıştır¹⁹.

B. IRAK KÜRT BÖLGESEL YÖNETİMİ VE KERKÜK PETROLLERİ

2005 tarihli Irak Cumhuriyeti Anayasası çerçevesinde, Irak Kürt Bölgesel Yönetimi (IKBY), Irak’ın özerk bir bölgesi olarak kurulmuştur. O dönemde Kuzey Irak’ta bulunan petrol rezervlerinin işletilmesiyle ilgili herhangi bir federal düzenleme bulunmamaktaydı. 2007 yılında IKBY, Kuzey Irak’taki ham petrol ve gaz sahalarının yönetimiyle ilgili bir hidrokarbon düzenlemesi çıkarmıştır²⁰. Bu düzenleme çerçeve-

¹⁷ Harita Hakem kararından alınmıştır. Bkz. *Irak v. Türkiye*, ¶ 2.

¹⁸ Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Irak Cumhuriyeti Hükümeti arasındaki 27 Ağustos 1973 tarihli Ham Petrol Boru Hattı Anlaşması ve sonrasındaki ilgili Anlaşmalar, Protokoller, Toplantı Tutanaqları ile Eklerinin Tadiline İlişkin Değişiklik Anlaşması, Erişim Tarihi: Ekim 31, 2023, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/05/20110528M1-5-1.pdf>. Bundan sonra “Değişiklik Anlaşması” olarak belirtilecektir.

¹⁹ Bkz. *Irak v. Türkiye*, ¶ 479.

²⁰ Irak Hükümeti ve Irak Kürt Bölgesel Yönetimi arasında bölgedeki ham petrol ve doğal kaynakların yönetimi ve mülkiyeti konusunda uyuşmazlık yaşanmıştır. Irak Anayasa Mahkemesi 2022 yılında verdiği bir kararla bu düzenlemenin Irak Federal Anayasasına aykırı olduğunu tespit etmiştir. Bkz.

sinde IKBY, Kuzey Irak'ta ham petrol ve doğalgaz sahaları geliştirmeye başlamıştır. IKBY, söz konusu sahalarından çıkardığı ham petrolü 2011 itibariyle Irak Devlet Petrol Pazarlama Şirketi (SOMO) ile yaptığı çeşitli mutabakatlar çerçevesinde Irak'ın bütçesinden aldığı pay karşılığında yine SOMO'ya teslim etmeye başlamıştır. 2012'de ise IKBY ve Irak Hükümeti arasında, SOMO tarafından IKBY'ye ödenmesi kararlaştırılan payın ödenip ödenmediğine ilişkin anlaşmazlıklar yaşanmış ve IKBY, Kuzey Irak'ta üretilen ham petrolün SOMO'ya naklini durdurmuştur²¹.

2012 yılında, IKBY ile Türkiye Cumhuriyeti Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, Kuzey Irak'ta Türkiye sınırına yakın yeni bir boru hattının (Kuzey Irak Boru Hattı) ITP Boru Hattı Sistemi'ne bağlanmak üzere inşa edileceğini duyurmuştur²². Eylül 2013'te, IKBY, Irak Hükümeti'nin de inşasından haberdar olduğu bu yeni Boru Hattı'nı, Birinci Boru Hattı'nın Irak topraklarındaki pompa istasyonu olan Fişhabur'a bağlamıştır. Birinci Boru Hattı'nın Irak'ta kalan kısmı ise 1997 yılından beri kullanılamaz haldedir ve Irak bu Boru Hattı'nın tamirini gerçekleştirmemiştir²³.

Fişhabur İstasyonu'na bağlanan yeni Kuzey Irak Boru Hattı'nın testleri sürerken, Irak Hükümeti, ITP Tesisleri'nin IKBY'den gelen ham petrolün taşınması amacıyla kullanılmasının ITP Anlaşmaları'na aykırılık teşkil ettiğini ileri sürerek durumu protesto etmiştir. Taraflar konuyla ilgili görüşmeler yapmak amacıyla bir araya gelmiş, ancak herhangi bir sonuç alınmamıştır. Ocak 2014'te testleri tamamlayan IKBY, bu tarihten itibaren Fişhabur üzerinden Ceyhan'a ham petrol sevk etmeye başlamıştır. Şubat 2014'te, SOMO Genel Müdürü, BOTAŞ Genel Müdürü'ne yazdığı bir yazı ile, Boru Hatları üzerindeki tüm sevkiyatın durdurulmasını, aksi bir durumun ITP Anlaşmaları'nın ihlali anlamına geleceğini bildirmiştir. BOTAŞ Genel Müdürü ise Mart ayında gönderdiği yazı ile, ITP Anlaşmaları'nın ihlal edildiğini düşünmediğini ve BOTAŞ'ın Irak tarafındaki Fişhabur bağlantı noktasından Türkiye'ye gelen ham petrol üzerinde hiçbir kontrolünün olmadığını belirtmiştir²⁴.

Birinci Boru Hattı'nın 1997 yılında zarar görmesinden sonra Irak ile Türkiye arasında ham petrol akışını sağlayan tek hat İkinci Hat olmuştur. Bu Hat da Mart 2014'te İŞİD saldırılarına hedef olarak zarar görmüş ve İkinci Boru Hattı'nın Fişhabur İstasyonu'nun güneyinde kalan kısmı kalıcı olarak işlevsiz hale gelmiştir. IKBY'den gelen ham petrolün taşınmasına ise Kuzey Irak Boru Hattı'nın Fişhabur İstasyonu bağlantısı (*tie-in*) sayesinde devam edilmiştir²⁵.

"UPDATE: Iraqi Supreme Court Strikes Down KRG Oil Sector Independence," *Iraq Oil Report*, Erişim Tarihi: Ekim 31, 2023, <https://www.iraqoilreport.com/news/iraqi-supreme-court-strikes-down-krq-oil-sector-independence-44500/>.

²¹ *Irak v. Türkiye*, ¶ 178 ve 481.

²² Bkz. "Baghdad Attacks Turkey Oil Pipeline Plan," *Financial Times*, Erişim Tarihi: Ekim 31, 2023, <https://www.ft.com/content/66859aac-a364-11e1-988e-00144feabdc0>.

²³ *Irak v. Türkiye*, ¶ 179 ve 190.

²⁴ *Irak v. Türkiye*, ¶ 186-189.

²⁵ *Irak v. Türkiye*, ¶ 190 ve 192.

C. UYUŞMAZLIK

Irak, 23 Mayıs 2014'te, Türkiye'nin, IKBY tarafından gönderilen Irak petrol-lerini Irak Cumhuriyeti Petrol Bakanlığı'nın onayı olmaksızın taşıdığı ve yüklediği, yani ITP Anlaşmaları'nı ihlal ettiği iddiasıyla Hakem Heyeti'ne başvurmuştur.

Irak'ın iddiası, Türkiye'nin ITP Boru Hatları'nın Türkiye topraklarındaki kısmının ve Ceyhan'daki depolama ve yükleme tesislerinin işletilmesinde, Irak tarafından verilen talimatlara uygun hareket etmediği ve ITP Anlaşmaları uyarınca bu tesislerden tam kapasite yararlanma konusunda münhasır hak sahibi olan Irak'ın hifafına, tesisleri üçüncü şahısların yani IKBY'nin yararına kullandığı olmuştur. Irak, Türkiye'nin en azından Aralık 2013'ten itibaren ITP Boru Hatları'nı ve Tesisleri'ni Irak Cumhuriyeti Petrol Bakanlığı'nın yazılı talimatlarına aykırı olarak kullandığını belirtmiş ve bu eylemlerin ITP Anlaşmaları'na aykırı olduğunu ileri sürmüştür²⁶.

Türkiye'nin Irak'ın iddialarına karşı ileri sürdüğü argümanlardan biri²⁷, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi²⁸'nin (VAHS) 62. maddesinde düzenlenmiş olan *rebus sic stantibus* yani şartların esaslı değişimi ilkesi çerçevesinde ITP Anlaşmaları'nı askıya almış olduğudur. 62. maddenin örf ve adet hukuku kuralı niteliğinde olduğunu belirten²⁹ Türkiye, ITP Anlaşmaları'ndan kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal etmediğini, Irak'ın ihlal oluşturduğunu iddia ettiği eylemlerin gerçekleştiği dönemde Anlaşmalar'ın esasen yürürlükte olmadığını ileri sürmüştür.

Türkiye *rebus sic stantibus*a ilişkin iddiasını iki maddi olguya dayandırmıştır:

- a) IKBY'nin 2012 yılında SOMO'ya ham petrol naklini durdurması;
- b) İkinci boru hattının 2014 yılında IŞİD tarafından bombalanarak kullanılmaz hale gelmesi³⁰.

Türkiye, bu iki olgu sonucunda meydana gelen değişikliklerin, tarafların Değişiklik Anlaşması'nın akdedildiği tarihteki beklentilerini esaslı şekilde taşıyıp taşımadığını iddia etmiştir. Bu değişiklikler çerçevesinde ITP Anlaşmaları'nı tek taraflı olarak askıya almış olduğunu ileri süren Türkiye'ye göre, yürürlükte olmayan bir andlaşmanın taraflardan birince ihlal edilmesi de mümkün değildir.

VAHS'nin 62. maddesinin örf ve adet hukuku niteliğini kabul eden Irak, Türkiye'nin şartların esaslı değişimine ilişkin iddialarına çeşitli gerekçelerle karşı çıkmıştır. İlk olarak *rebus sic stantibus* ilkesinin koşullarının somut olay bakımından oluşmadığını ileri süren Irak, Değişiklik Anlaşması'nın yürürlüğe girdiği tarihteki şartlara ilişkin değişikliklerin esaslı nitelikte olmadığını; değişikliklerin

²⁶ *Irak v. Türkiye*, ¶ 173.

²⁷ Türkiye'nin Irak'a karşı ileri sürdüğü tüm iddialar için bkz. *Irak v. Türkiye*, ¶ 240-260.

²⁸ Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, 1155 UNTS 331.

²⁹ *Irak v. Türkiye*, ¶ 417 ve 432.

³⁰ *Irak v. Türkiye*, ¶ 431.

esaslı nitelikte olduğu kabul edilse dahi bunların öngörülebilir mahiyette olduğunu ifade etmiştir. Değişiklik Anlaşması'nın imzalandığı dönemde IKBY'nin SOMO'ya ham petrol tedarikini askıya almış olduğunu belirten Irak, ileri tarihli olası bir kesintinin Türkiye tarafından öngörülmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Irak Hükümeti, İkinci Boru Hattı'nın bombalanmasıyla ilgili olarak ise, ülkesindeki istikrarsız güvenlik durumunun Değişiklik Anlaşması müzakereleri sırasında da mevcut olduğunu ve bombalamanın 2010 yılından önce başlayan terör faaliyetlerinin bir parçası olduğunu belirtmiş ve 2014 yılında meydana gelen hasarın öngörülebilir nitelikte olduğunu iddia etmiştir³¹.

Irak'ın ikinci iddiası, Türkiye'nin ITP Anlaşmaları'nı tek taraflı olarak askıya almış olduğu savının uluslararası hukuka aykırı olduğudur. VAHS'nin 62. maddesinin, taraflara, anlaşmaları tek taraflı olarak askıya alma hakkı tanımadığını ileri süren Irak, anlaşmaların askıya alınmasında izlenmesi gereken kuralın yine VAHS'nin 65. maddesinde düzenlenmiş olduğunu ve bu düzenlemenin örf ve adet hukukunu yansıttığını iddia etmiştir. Irak, *rebus sic stantibus* ilkesine dayanarak bir anlaşmayı askıya almak isteyen tarafın, 65. madde uyarınca diğer tarafa resmi bir bildirimde bulunması ve bunun devamında tarafların konuya ilişkin karşılıklı görüşmeler gerçekleştirmesi gerektiğini ileri sürmüştür³².

Türkiye, anlaşmaların askıya alınması usulü bakımından, uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerini yerine getirdiğini, askıya alma bildiriminin taşınması gereken belirli bir şekil olmadığını ve Anlaşma'nın askıya alındığına ilişkin resmi bir çıkarsamanın (*formal indication*) yeterli olduğunu ileri sürmüştür³³. Türkiye resmi çıkarsamanın ne anlama geldiğini açıklamamıştır. Bununla birlikte somut olay bağlamında bunun, taraf devletin resmi görevlilerinin diğer taraftan gelen taleplere olumlu cevap vermemesi veya anlaşma yürürlükte değilmiş gibi davranışlarda bulunması gibi eylemler olduğunu düşünmek mümkündür. Konuyla ilgili değinilmesi gereken diğer bir nokta ise, Türkiye bu konuya her ne kadar *rebus sic stantibus* ilkesine ilişkin iddialarında değil somut uyuşmazlığa ilişkin başka bir hukuki iddiasında yer vermiş olsa da, Türkiye'nin VAHS'nin 65. maddesinde yer alan usul kurallarının örf ve adet hukukunu yansıtmadığı savıdır. Bu çerçevede Türkiye, ITP Anlaşmaları'nın askıya alınması bakımından 65. maddeyle bağlı olmadığını ileri sürmüştür³⁴.

Irak, Türkiye'nin şartların esaslı değişikliğine ilişkin iddialarının geçersiz olduğuna dair son savını VAHS'nin 45/b maddesinde düzenlenmiş olan zımnî kabul müessesesi çerçevesinde temellendirmiştir. Bu bağlamda Irak, Türkiye Cumhuriyeti Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından Mart ve Nisan 2014'te

³¹ *Irak v. Türkiye*, ¶ 444/e.

³² *Irak v. Türkiye*, ¶ 440-441.

³³ *Irak v. Türkiye*, ¶ 432.

³⁴ Bkz. *Irak v. Türkiye*, ¶ 429.

yapılan ITP Anlaşmaları'nın yürürlükte olduğuna işaret eden açıklamaların³⁵, Türkiye'nin bu açıklamaların öncesinde gerçekleşmiş olan olgulara dayanarak Anlaşmalar'ı askıya alma hakkını sona erdirdiğini iddia etmiştir³⁶.

II. *REBUS SIC STANTIBUS* İLKESİ VE HAKEM HEYETİNİN DEĞERLENDİRMESİ

Teoride çekici olmakla beraber uygulamada suistimale çok açık olması nedeniyle anlaşmaların sona erdirilmesi veya askıya alınması bakımından dikkatle uygulanması gereken *rebus sic stantibus* ilkesi, VAHS'nin 62. maddesinde düzenlenmiştir. Uluslararası Adalet Divanı (UAD), 62. maddenin örf ve adet hukukunu yansıttığını VAHS henüz yürürlüğe girmeden önce tespit etmiştir³⁷. Dolayısıyla şartlarda esaslı değişiklik çerçevesinde bir anlaşmanın sona erdirilmesi veya askıya alınmasının koşullarını belirleyen 62. madde, ne Irak ne de Türkiye VAHS'ye taraf olmalarına rağmen, aksi taraflarca karşılaştırılmadığı sürece iki Devlet arasındaki anlaşmalara uygulanacaktır. Bunu doğrular şekilde hem Irak hem de Türkiye, Hakem Heyet'ine sunmuş oldukları dilekçelerde 62. maddenin örf ve adet hukukunu yansıttığını dile getirmiş, iddia ve gerekçelerini bu düzenleme çerçevesinde temellendirmişlerdir.

A. *REBUS SIC STANTIBUS* İLKESİNİN KOŞULLARI

Bir anlaşmanın şartlarda esaslı değişiklik meydana geldiği gerekçesiyle sona erdirilmesi veya askıya alınmasının koşulları VAHS m.62'de a) değişikliğin esaslı olması; b) değişikliğin anlaşmanın yapıldığı sırada var olan şartlara ilişkin olması; c) değişikliğin icra edilecek yükümlülüklerin kapsamını köklü şekilde değiştirecek etkide olması; d) değişikliğin taraflarca öngörülememesi ve e) değişikliğe uğrayan şartın tarafların anlaşma ile bağlanma rızalarının asli temelini oluşturuyor olması olarak düzenlenmiştir. Anlaşmanın 62. madde çerçevesinde sona erdirilebilmesi veya askıya alınabilmesi için tüm bu koşulların kümülatif olarak oluşması gerekmektedir.

Değişikliğin esaslı olması, 62. maddenin uygulama alanı bulmasının önkoşuludur. Gerçekten de anlaşma şartlarının esaslı olarak değişmemiş olması durumunda, diğer koşullar bakımından herhangi bir inceleme yapılmasına gerek kalmayacaktır. Bu sebeple, 62. maddenin diğer koşullarının sağlanıp sağlanma-

³⁵ Irak bu iddiasını 25 Mart 2014'te BOTAS'tan SOMO'ya, 11 Nisan 2014'te ise Türkiye Cumhuriyeti Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'ndan Irak Cumhuriyeti Petrol Bakanlığı'na gönderilen mektuplara dayandırmıştır. Ancak bu mektuplar kamuya açık değildir. Bkz. *Irak v. Türkiye*, ¶ 494.

³⁶ Bkz. *Irak v. Türkiye*, ¶ 494. Türkiye'nin ileri sürdüğü karşı sava Hakem kararında yer verilmediği için bu konuya ilişkin herhangi bir bilgi bulunmamaktadır.

³⁷ Bkz. *Fisheries Jurisdiction* (U.K. v. Ice.), Jurisdiction, Judgment, 1973 I.C.J. Rep. 3 (3 Feb.) [Bundan sonra "*Fisheries Jurisdiction*" olarak belirtilecektir.]; *Gabcikovo-Nagymaros Project* (Hung./Slovk.), Judgment, 1997 I.C.J. Rep. 7 (25 September) [Bundan sonra "*Gabcikovo-Nagymaros Project*" olarak belirtilecektir.].

dığı araştırılmadan önce, andlaşma şartlarında esaslı bir değişiklik olup olmadığı incelenmelidir³⁸. Hangi değişikliklerin esaslı olarak nitelendirileceği somut olaya göre belirlenmelidir. Nitekim 62. maddede esaslı değişikliğin tanımı yapılmamıştır³⁹. Bununla birlikte, esaslı değişiklikten, belirli koşulların ortadan kalkması, gerçekleşmesi gereken bir olayın gerçekleşmemesi veya bunun tersine, beklenmeyen bir olayın ortaya çıkmasının anlaşılabilceği ileri sürülmektedir⁴⁰. Ortaya çıkan bu değişiklik çerçevesinde *rebus sic stantibus* ilkesinin uygulanması ise söz konusu değişikliğin andlaşmanın konusu ve amacıyla sıkı bir bağ içinde bulunmasını gerektirmektedir. Nitekim UAD, Gabcikovo-Nagymaros Projesi Kararı'nda, Macaristan'ın politik ve ekonomik şartlardaki değişikliklere ilişkin iddiasını, bu şartların andlaşmanın konusu ve amacıyla sıkı bir bağ içinde olması nedeniyle reddetmiştir⁴¹.

62. maddenin uygulanabilmesi için, meydana gelen esaslı değişikliğin, andlaşma akdedildiği sırada var olan ve tarafların andlaşma ile bağlanma rızalarının asli temelini oluşturan şartlara ilişkin olması gerekir. Bir andlaşmanın akdedildiği an, tarafların andlaşma ile bağlanma rızalarının açıklandığı andır⁴². Dolayısıyla bu andan önce var olmuş ve sona ermiş veya bu andan sonra ortaya çıkmış olan şartlarda meydana gelen değişiklikler 62. madde çerçevesinde değerlendirilmeyecektir. Uluslararası Daimi Adalet Divanı'na göre, değişen şartlara andlaşmayı sona erdirmek amacıyla başvurulup başvurulmayacağı tartışılması, öncelikle, andlaşmanın söz konusu şartların değişmeden korunmasına bağlı olarak akdedildiğinin ispatlanmasını gerektirir⁴³. Burada önemli olan elbette ki tarafları andlaşma yapmaya iten ortak şartlardır⁴⁴. Tarafların andlaşmayı yaparken sahip oldukları sübjektif saiklerin bir önemi bulunmamaktadır⁴⁵.

Değişikliğin icra edilecek yükümlülüklerin kapsamını köklü şekilde değiştirecek etkide olması koşulunun sağlanması için, değişikliğin, bu yükümlülükleri taraflardan herhangi biri açısından andlaşmanın özgün halinde düzenlenenden daha ağır hale getirmesi gerekmektedir⁴⁶. Buna ilişkin değerlendirme ise somut

³⁸ Akkaya, *Uluslararası Andlaşmalarda Şartların Esaslı Değişimi*, 161.

³⁹ Ceren Zeynep Pirim, "Uluslararası Andlaşmalar Hukukunda Değişim, İstikrar ve Değişim Yoluyla İstikrar: *Rebus Sic Stantibus*." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 13, S. 51 (2022), 59.

⁴⁰ Mark E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009), 579.

⁴¹ Bkz. *Gabcikovo-Nagymaros Project*, ¶ 104.

⁴² Thomas Giegerich, "Article 62," *Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary* içinde, ed. Oliver Dörr ve Kirsten Schmalenbach (Berlin: Springer, 2018), 1159.

⁴³ *Free Zones of Upper Savoy and District of Gex (Fr./Swit.)*, Judgment, 1929 P.C.I.J. (ser. A) No. 22, 18 (19 August), 157-158.

⁴⁴ Gerald Fitzmaurice (Special Rapporteur on the Law of Treaties), Second Report on the Law of Treaties, U.N. Doc. A/CN.4/107, *Yearbook of International Law Commission*, 1957, Vol. II, 63.

⁴⁵ Akkaya, *Uluslararası Andlaşmalarda Şartların Esaslı Değişimi*, 164.

⁴⁶ *Fisheries Jurisdiction*, ¶ 43.

olay çerçevesinde yapılmalıdır. Burada unutulmaması gereken önemli bir nokta da, bu koşulun sağlanması için andlaşmadan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesinin imkânsız hale gelmesine gerek olmadığıdır⁴⁷.

62. maddenin uygulama alanı bulmasının son koşulu olan değişikliğin taraflarca öngörülememesi, esaslı değişikliğin objektif olarak öngörülemez olmasını gerektirmemektedir⁴⁸. Meydana gelen değişikliğin iyiniyetli olarak öngörülmemiş olması yeterlidir. Bununla birlikte, meydana gelen değişikliğin andlaşmanın tüm taraflarınca mı yoksa yalnızca söz konusu esaslı değişikliğe başvuran tarafça mı öngörülemediği net değildir⁴⁹.

Irak-Türkiye Ham Petrol Boru Hattı Uyuşmazlığı'nda Hakem Heyeti, incelemesine VAHS'nin 62. maddesinde düzenlenmiş olan *rebus sic stantibus* ilkesinin andlaşmaların sona ermesi ve askıya alınması bakımından kısıtlı bir doktrin olduğunu belirterek başlamıştır. İlkenin uygulama alanı bulabilmesi için değişiklikle birlikte ortaya çıkan koşulların yerine getirilmesi gereken yükümlülükleri köklü şekilde değiştirmesi gerektiğini ifade eden Heyet, bunun ancak istisnai durumlarda gerçekleşebileceğini belirtmiştir⁵⁰. Hakem Heyetinin *rebus sic stantibus* ilkesinin istisnai doğasına somut olay incelemesinin başında değinmesi, andlaşmalar hukukunun temel prensibinin *pacta sunt servanda* ilkesi olmasından kaynaklanmaktadır. Andlaşmalar hukuku genel olarak istikrarı önceleyen ve amacı andlaşmaların taraflarca iyiniyetle uygulanmasını sağlamak olan bir uluslararası hukuk alanıdır. Bu çerçevede andlaşmaların tarafların karşılıklı iradesi dışında bir takım olaylar sonucunda sona ermesi, sıkı koşullara bağlanmış kurallar çerçevesinde mümkün olmaktadır. VAHS'nin 62. maddesi de, bu bakış açısıyla düzenlenmiştir⁵¹.

Hakem Heyeti, Türkiye'nin şartların esaslı değişimiyle ilgili olarak ileri sürdüğü ilk iddia olan IKBY'nin 2012'de SOMO'ya ham petrol tedarikini durdurmasının, ITP Anlaşmaları bakımından esaslı değişiklik arz etmediğini ifade etmiştir. IKBY ile Irak Hükümeti arasındaki ilişkinin petrol tedariki bakımından hiçbir zaman istikrar vadetmediğine değinen Heyet, Değişiklik Anlaşması'nın imzalandığı dönemde dahi IKBY'nin SOMO'ya ham petrol tedarikini askıya almış durumda olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla Heyete göre, IKBY'nin yakın gelecekte buna benzer tedbirler uygulayabileceği taraflarca öngörülmesi gereken bir durumdu. Hakem Heyeti ayrıca, IKBY'nin SOMO'ya petrol tedarikini durdurmasının esas etkisinin Irak Cumhuriyeti'nin garanti ettiği asgari taşıma miktarını sağlayamaması olduğunu ve ITP Anlaşmaları'nda bu yükümlülüğün yerine

⁴⁷ Case C-162/96, *A. Racke GmbH & Co. v. Hauptzollamt Mainz*, EU:C:1998:293, 1998 E.C.R. I-03655, ¶ 57. [Bundan sonra "Racke" olarak belirtilecektir.]

⁴⁸ Giegerich, "Article 62," 1163.

⁴⁹ Akkaya, *Uluslararası Andlaşmalarda Şartların Esaslı Değişimi*, 171.

⁵⁰ Bkz. *Irak v. Türkiye*, ¶ 490.

⁵¹ ILC, Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol. II, 257-258.

getirilmemesi durumunun düzenlenmiş bulunduğunu belirtmiştir. Bu çerçevede Anlaşma'da kendisine sonuç bağlanmış bir durumun şartların esaslı değişikliği olarak nitelendirilemeyeceğini belirten Heyet, Türkiye'nin bu iddiasını reddetmiştir⁵². Görüldüğü üzere Hakem Heyeti, Türkiye'nin bu iddiasını öngörülebilirliğe ilişkin iki ayrı gerekçeyle reddetmiştir. Bunlardan ilki, anlaşma görüşmeleri sürerken ortaya çıkan durumların, bu durumlar sona erse dahi gelecekte yeniden oluşabileceğini tarafların öngörmesi gerektiğidir. Burada, Heyet objektif bir öngörülebilirlik testi uygulamamış, özel olarak Türkiye'nin bu durumu öngörmüş olması gerektiğini belirtmiştir. İkinci gerekçeye göre, anlaşma ile düzenlenen bir durum, nihayetinde öngörülmüş bulunduğundan, esaslı değişiklik iddiasına dayanak olarak kabul edilemeyecektir. Hakem Heyetinin burada, bir durum anlaşma ile düzenleniyorsa o durum öngörülmüştür ön kabulüyle hareket ettiği anlaşılmaktadır. Bu da, anlaşmalar hukukunda tarafların iradesinin esas olmasından kaynaklanmaktadır.

İkinci Boru Hattı'nın Mart 2014'te bombalanmasının ITP Anlaşmaları bakımından şartlarda esaslı değişiklik oluşturduğunu belirten Hakem Heyeti, bu tarihten itibaren Fişhabur bağlantı noktasının güneyinde kalan ITP Sistemi yapılarının işlev göremez (*defunct*) hale geldiğini ifade etmiştir. Heyete göre bu durum, ITP Anlaşmaları ile kurulan sistemin taraflarca kararlaştırılan şekilde işlenmesini engellemiştir⁵³. Heyet, meydana gelen değişikliğin esaslı nitelikte olup olmadığına dair somut olay incelemesinde, UAD'nin güncel tutumuyla uyumlu bir duruş sergilemiş ve somut olaydaki değişikliğe ilişkin değerlendirmesini ITP Anlaşmaları'nın konusu ve amacı çerçevesinde gerçekleştirmiştir.

Hakem Heyeti, Irak'ın, İkinci Boru Hattı'nın bombalanmasının bölgedeki terör faaliyetleri nedeniyle öngörülebilir olduğu iddiasını ise kabul etmemiştir. 2003 ila 2013 yılları arasındaki saldırılar incelendiğinde 2010 yılından itibaren saldırı sayılarının düşüşe geçtiğinin anlaşıldığını ifade eden Heyet, 2007'nin ortalarından itibaren meydana gelen hasarların ivedilikle tamir edildiğini, bu nedenle de İkinci Boru Hattı'nın kalıcı olarak işlevsiz hale gelebileceğini tarafların göz önünde bulundurduklarının iddia edilemeyeceğini belirtmiştir⁵⁴. Heyet bu tespitinde de, diğer incelemesinde olduğu gibi objektif bir öngörülebilirlik değerlendirmesi yapmamış; bu değerlendirmeyi tarafların somut olaydaki beklenti ve öngörülerini çerçevesinde gerçekleştirmiştir.

Heyetin *rebus sic stantibus* ilkesinin koşullarına ilişkin somut olay değerlendirmesi uyuşmazlığın maddi gerçekleriyle örtüşür niteliktedir. Nitekim IKBY'nin, SOMO'ya ham petrol tedarikini askıya almasının somut uyuşmazlık bakımından esaslı değişiklik oluşturmadığı görülmektedir. *Rebus sic stantibus* ilkesinin uy-

⁵² Bkz. *Irak v. Türkiye*, ¶ 491.

⁵³ Bkz. *Irak v. Türkiye*, ¶ 492.

⁵⁴ Bkz. *Irak v. Türkiye*, ¶ 492.

gulama alanı bulmasının önkoşulu, tarafların andlaşma ile bağlanma rızalarını açıkladıkları anda var olan şartlarda değişiklik meydana gelmesidir. Ancak Değişiklik Anlaşması'nın imzalanmış olduğu 2010 yılında, IKBY'nin, SOMO'ya petrol tedarikini askıya almış olması, Değişiklik Anlaşması'nın şartlarında bu olgu bakımından herhangi bir değişiklik meydana gelmediğini göstermektedir. Bu durum, Heyetin ayrıca değinmiş olduğu değişikliğin öngörülmemiş olması koşulunun incelenmesini dahi gereksiz hale getirmektedir. Zira şartların esaslı değişikliği ilkesinin uygulama alanı bulabilmesi için, değişikliğin andlaşma akdedildiği sırada var olan şartlara ilişkin olması gerekmektedir. Ancak belirtildiği üzere IKBY, 2010 yılında hâlihazırda ham petrol tedarikini askıya almış durumdadır. Dolayısıyla ileriki zamanlarda ham petrol tedariki yeniden başladıysa dahi bu durum, Anlaşma akdedildiği sırada var olmadığı için buna dayanarak bir *rebus sic stantibus* iddiasında bulunmak hukuken mümkün gözükmemektedir.

İkinci Boru Hattı'nın bombalama sonucu zarar görmesinin ise ITP Anlaşmaları'nın konusu ve amacı bakımından esaslı değişiklik niteliğinde olduğu açıktır. ITP Anlaşmaları çerçevesinde, Irak ham petrollerinin Türkiye üzerinden ihraç edilmesi amacıyla her iki ülke topraklarında Boru Hatları inşa edilmiştir. Türkiye açısından Anlaşmalar'a ilişkin beklenti, inşa edilen bu Hatlar'ın mümkün olan en yüksek kapasiteyle kullanılmasıdır. İnşa edilen Birinci Boru Hattı'nın 1997'den beri kullanılamaz durumda olduğu düşünüldüğünde İkinci Boru Hattı'nın tam kapasite kullanımının Türkiye'nin Değişiklik Anlaşması ile bağlanma rızasının esasını oluşturduğu açıkça görülmektedir. Dolayısıyla İkinci Boru Hattı'nın Irak tarafında kalan kısmının kalıcı olarak zarar görmesi Türkiye açısından şartların esaslı değişimi niteliğindedir. Heyetin Irak'ın öngörülebilirlik iddiasını reddetmesi de aynı şekilde uyumsuzluğun maddi gerçekleriyle uyumludur. Irak'ın ülkesinde mevcut olan terör faaliyetleri nedeniyle İkinci Boru Hattı'nın zarar görebileceği düşünülebilirse de Anlaşma'nın konusu ve amacı göz önünde bulundurulduğunda hasarın en kısa sürede tamir edilmesi, Türkiye açısından haklı bir beklentidir. Burada Türkiye tarafından öngörülemeyen durum, İkinci Boru Hattı'nın zarar görmesi değil, meydana gelen hasarın Irak tarafından giderilmemesidir. Dolayısıyla İkinci Boru Hattı'nın zarar görerek işlevsiz hale gelmesi *rebus sic stantibus* ilkesinin uygulanma koşullarını sağlar niteliktedir.

B. ANDLAŞMANIN ASKIYA ALINMASINDA UYGULANACAK USUL

Andlaşmanın askıya alınması, *rebus sic stantibus* ilkesinin andlaşma üzerindeki etkilerinden biridir. Şayet andlaşma şartlarında meydana gelen esaslı değişiklik geçici bir nitelik arz ediyorsa andlaşma sona erdirilmez; askıya alınır. Bununla birlikte, askıya alma sonucunun doğması, bu ilkeye başvuran tarafın bu sonuca uluslararası hukuka uygun şekilde ulaşmış olmasına bağlıdır. Nitekim 62. madde düzenlemesi, esaslı değişiklik meydana geldiği iddiasında olan tarafa andlaşmayı askıya alma değil; andlaşmayı askıya almak için bu değişikliğe dayanma hakkı tanımaktadır.

Rebus sic stantibus ilkesine dayanarak andlaşmayı askıya almak isteyen tarafın izlemesi gereken bir takım usul kuralları bulunmaktadır. Bu kurallar, VAHS'nin 65-67. maddelerinde düzenlenmiştir. VAHS tarafı olan devletler, andlaşmada veya sonradan aralarında kararlaştırarak herhangi bir askıya alma usulü belirlemedilerse, tarafı oldukları andlaşmayı bu maddelere göre askıya almak zorundadırlar. Andlaşmaların sona ermesinde ve askıya alınmasında izlenecek bu kuralların örf ve adet hukuku niteliğinde olduğu söylenemez. Nitekim UAD, Kongo Ülkesinde Yürütülen Askeri Faaliyetler Davası'nda 66. maddenin örf ve adet hukukunu yansıtmadığını tespit etmiştir⁵⁵. Benzer şekilde 2000 yılında ABD ile Güney Kore arasındaki bir uyuşmazlıkla ilgili olarak kurulmuş olan Dünya Ticaret Örgütü Paneli de, 65. maddenin örf ve adet hukuku niteliğinde olmadığına hükmetmiştir⁵⁶. Son olarak Racke Kararı'nda Avrupa Birliği Adalet Divanı da, 65. maddede yer alan usul kurallarının örf ve adet hukuku oluşturmadığını belirtmiştir⁵⁷. Dolayısıyla VAHS tarafı olmayan devletlerin 65-67. madde düzenlemelerine uygun hareket etmeleri gerekmemektedir. Daha önce de belirtildiği üzere ne Türkiye ne de Irak VAHS'ye taraftır. Dolayısıyla iki devlet arasındaki *rebus sic stantibus* ilkesi çerçevesinde andlaşmanın askıya alınması meselesi VAHS'nin düzenlemelerine göre değil; genel uluslararası hukuk kurallarına göre değerlendirilmelidir. Uluslararası hukukta kabul edilen kural, *rebus sic stantibus* ilkesine andlaşmayı sona erdirmek veya askıya almak amacıyla tek taraflı olarak başvurulabileceği, ancak bunun andlaşma üzerinde otomatik bir etkisi bulunmayacağıdır⁵⁸. Bir andlaşmayı *rebus sic stantibus* ilkesine dayanarak askıya almak isteyen bir devlet, öncelikle karşı tarafı bu iddiasından haberdar etmek zorundadır. Bunun karşılığında, talep kendisine ulaşan taraf ise, karşı tarafla iyiniyet çerçevesinde görüşmelerde bulunmakla yükümlüdür⁵⁹. UAD de Balıkçılık Yetki Davaları'nda, bir andlaşma ile kurulan rejim yerine, değişen şartlar çerçevesinde yeni bir rejim kurulmasının talep edilebileceğini, bunun ise tek taraflı olarak değil, andlaşma tarafı diğer devletlerle işbirliği yaparak sağlanması gerektiğini belirtmiştir⁶⁰.

Hakem Heyeti, ITP Anlaşmaları'nın *rebus sic stantibus* ilkesi çerçevesinde askıya alınma usulüne ilişkin herhangi bir yorum yapmamıştır. Bununla birlikte Heyet'in, İkinci Boru Hattı'nın Mart 2014'ten itibaren işlevsiz hale gelmesi durumunun 62. maddenin uygulanma koşullarını sağlamış olduğuna ilişkin tespiti ve

⁵⁵ Bkz. *Armed Activities on the Territory of the Congo* (New Application: 2002) (Dem. Rep. Congo v. Rwanda), Jurisdiction, Judgment, 2006 I.C.J. Rep. 6, (3 February), ¶ 125.

⁵⁶ Bkz. *Korea - Measures Affecting Government Procurement*, Panel Report, WTO Doc. WT/DS163/R, (1 May 2000) ¶ 7.126 [nn 769].

⁵⁷ Bkz. *Racke*, ¶ 58.

⁵⁸ Vamvoukos, *Termination of Treaties*, 198; Lekkas ve Tzanakopoulos, "Pacta Sunt Servanda," 320-321; Akkaya, *Uluslararası Andlaşmalarda Şartların Esaslı Değişimi*, 134-135.

⁵⁹ Lekkas ve Tzanakopoulos, "Pacta Sunt Servanda," 322.

⁶⁰ Bkz. *Fisheries Jurisdiction*, ¶ 42.

Türkiye'nin askıya alma işlemi bakımından resmi bir çıkarsamanın yeterli olduğuna dair iddiasıyla ilgili olumsuz bir yorumda bulunmaması, Heyetin tek taraflı askıya almayı kabul etmeye hazır olduğuna işaret etmektedir. Nitekim Hakem Heyeti şayet Türkiye'nin bu iddiasını kabul etmeyecek olsaydı, 62. maddenin koşullarına ilişkin inceleme yapmasına gerek olmadan, tek taraflı askıya almanın uluslararası hukuka aykırı olması nedeniyle iddianın geçersiz olduğunu tespit edebilirdi. Ancak buna benzer bir tespitte bulunmayan Heyet, Türkiye'nin askıya alma iddiasını reddetmişse de, bunu usule aykırılık çerçevesinde yapmamıştır. Heyetin iddiayı reddetme sebebine aşağıdaki bölümlerde yer verilecektir.

Hakem Heyetinin ITP Anlaşması'nın tek taraflı olarak askıya alınabileceğini işaret eden değerlendirmeleri günümüz andlaşmalar hukuku kurallarına uyum göstermemektedir. Genel uluslararası hukuk, andlaşmadan kaynaklanan yükümlülüklerin sona erdirilmesi bakımından tarafların tek taraflı işlemlerine hukukilik tanımak konusuna her zaman ihtiyatlı yaklaşmıştır⁶¹. Bu ihtiyat VAHS'de de görülmektedir. Nitekim daha önce de belirtildiği üzere VAHS, andlaşmaların tek taraflı olarak sona erdirilmesini veya askıya alınmasını kabul etmemektedir. Tarafların aralarındaki andlaşma bakımından her zaman daha esnek sona erme koşulları belirlemesi elbette mümkündür. Nitekim günümüzde çoğu andlaşma süreli olarak akdedilmekte ve genel olarak sona erme ve askıya almaya ilişkin özel düzenlemeler içermektedir⁶². Bununla birlikte ITP Anlaşmaları süreli anlaşmalar olmakla birlikte Anlaşmalar'da öngörülen süreler dolmadan önce Anlaşmalar'ın sona ermesine veya askıya alınmasına ilişkin herhangi bir düzenleme içermemektedir. Bu da ITP Anlaşmaları'nın, süresinin dolması dışında kalan hallerde sona erme ve askıya almaya ilişkin genel kurallara tabi olduğunu göstermektedir. VAHS'nin 65-67. maddelerinin örf ve adet hukuku kuralı olarak değerlendirilmediği daha önce belirtilmişti. Dolayısıyla Türkiye'nin ITP Anlaşmaları'nı şartların esaslı değişimi çerçevesinde tek taraflı olarak askıya almış olduğu iddiası VAHS'nin ilgili düzenlemeleri çerçevesinde değil, genel uluslararası hukuk kuralları kapsamında değerlendirilmelidir. Bu bağlamda Türkiye'nin şartların esaslı değişimine ITP Anlaşmaları'nı askıya alma sebebi olarak tek taraflı şekilde başvurması uluslararası hukuka uygun ise de askıya almanın gerçekleşmesi uluslararası örf ve adet hukukuna göre ancak tarafların gerçekleştirdiği karşılıklı ve dostça görüşmeler sonucunda varılacak bir kararla gerçekleşebilecektir. Böylesi bir çözümleme hem UAD kararlarına hem de Türkiye'nin bugüne kadar benimsemiş olduğu istikrarlı uygulamasına da uygun olacaktır. Nitekim Türkiye *rebus sic stantibus* ilkesinin uluslararası hukuktaki en önemli uygulamalarından biri sayılan Türk Boğazları'nın Lozan Boğazlar Sözleşmesi çerçevesinde oluşturulmuş silahsızlandırılmış statüsünün sona erdirilmesinde, Sözleşme taraflarını değiştiren

⁶¹ Arnold Duncan McNair, *The Law of Treaties*, (Oxford: Clarendon Press, 1961), 493.

⁶² Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 277.

şartlar çerçevesinde müzakereye davet etmiş ve taraf devletler bir araya gelerek Montreux Sözleşmesi'yle yeni bir rejim oluşturmuşlardır⁶³.

C. ZİMNİ KABUL

Uluslararası hukukta zımnî kabul, bir devletin, herhangi bir konu veya durumla ilgili sessiz veya hareketsiz kalarak o konu veya duruma hukuken rıza göstermesidir⁶⁴. Zımnî kabul sonucunda, devletin rıza göstermiş sayıldığı konu ve duruma ilişkin bir takım hakları sona erer⁶⁵. UAD'nin Main Körfezi Davası'nda belirttiği üzere, bir devletin bir durum karşısındaki sessizliği veya hareketsiz kalışının zımnî kabul anlamına gelmesi için bu davranışın karşı tarafça durumun zımnî kabul edilmesi olarak algılanmasına neden olması, yani hakkı tehlikede olan tarafın sessizliği veya hareketsizliğinin zımnî kabule eş değer olması gerekmektedir⁶⁶.

Zımnî kabul, VAHS'nin 45/b maddesinde düzenlenmiştir. Düzenlemenin iyiniyet ilkesinin önemli bir vechesini oluşturduğu ve büyük ölçüde örf ve adet hukukunu yansıttığı kabul edilebilir⁶⁷. Madde uyarınca bir devlet, 60. ve 62. maddelerde düzenlenmiş olan sona erme nedenlerinden herhangi birine, bu maddelerin uygulanmasını sağlayacak olayların meydana geldiğini öğrendikten sonra, davranışlarından andlaşmanın yürürlükte kalmaya devam ettiğine zımnî rıza gösterdiği anlaşılıyorsa artık başvuramayacaktır. Söz konusu düzenleme esasen tarafların haklı beklentilerini ve andlaşmaların istikrarını koruma amacıyla olan iyiniyet ilkesinin bir uygulamasıdır⁶⁸.

Bir devletin davranışlarının zımnî kabul anlamına gelip gelmediği bu davranışların somut olay çerçevesinde değerlendirilmesiyle belirlenir. Nitekim andlaşmayı sona erdirmeye veya askıya almaya ilgili bir gerekçeye başvurma hakkının kaybı bakımından karine olarak zımnî kabule eş değer görülen bir davranış biçimi bulunmamaktadır⁶⁹. Devletin, tarafı olduğu anlaşmanın yürürlükte kalmasını

⁶³ Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Hüseyin Pazarcı, *Doğu Ege Adalarının Askerden Arındırılmış Statüsü*, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, (Ankara: Turhan Kitabevi, 1992); Yüksel İnan, *Türk Boğazlarının Siyasal ve Hukuksal Rejimi*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, (Ankara: Turhan Kitabevi, 1995); Sertaç Hami Başeren, *Ege Sorunları* (Ankara: Türk Deniz Araştırmaları Vakfı Yayınları, 2006).

⁶⁴ Nuno Sérgio Marques Antunes, "Acquiescence." (September 2006), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (online edn)* ¶ 2, Erişim Tarihi: Ekim 31, 2023. <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1373>.

⁶⁵ Christian J. Tams, "Waiver, Acquiescence, and Extinctive Prescription." *The Law of International Responsibility* içinde, ed. James Crawford, Alain Pellet, ve Simon Olleson (Oxford University Press: Oxford, 2010), 1042.

⁶⁶ *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area* (Can./U.S.), Judgment, 1984 I.C.J. Rep. 246 (12 October), ¶ 130.

⁶⁷ Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, 771.

⁶⁸ Robert Kolb, *Good Faith in International Law* (Hart Publishing: Oxford, 2017), 60.

⁶⁹ Kerstin von der Decken, "Article 45." ed. Oliver Dörr ve Kirsten Schmalenbach *Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary* (Berlin: Springer, 2018), 831.

zımnen kabul edip etmediğine ilişkin somut olay incelemesi yapılırken göz önünde bulundurulacak üç kıstas vardır. Bunlar; sessiz kalınan süre, sona erme nedeni oluşturan olguların öğrenilip öğrenilmediği ve konuya ilişkin irade açıklamasının gerekli olup olmadığıdır.

Zımni kabulde en önemli kıstas, bir olguyla ilgili uzun süreli sessizlik veya hareketsizliktir. Bir devletin sessizliğinin hak kaybı yaratması için geçmesi gereken süre somut olayın şartlarına bağlıdır. Bu konuda belirleyici olan; ortaya çıkan sona erme nedeninin ehemmiyeti, andlaşma tarafları arasındaki güven ilişkisinin derecesi, söz konusu olan çıkarların önemi ve sona ermeye ilişkin sebebin hangi yollarla öğrenildiği gibi faktörlerdir⁷⁰.

Sona erme nedeni oluşturan olguların öğrenilmiş olması, söz konusu devletin sessizliğine zımni kabul sonucu bağlanması için gerekli koşullardandır. Nitekim aksi bir durum eşyanın doğasına ters olacaktır. Zira var olduğu bilinmeyen bir duruma karşı çıkılması beklenemez. Bununla birlikte doktrinde, bir devletin sona erme nedenine ilişkin bilgisizliği bu devletin özen yükümlülüğüne aykırı davranışından kaynaklanıyorsa, o devletin bu bilgiye mazhar olduğunun varsayılması gerektiği ileri sürülmektedir⁷¹. Bu görüşü destekler şekilde, Birleşik Krallık-Norveç Balıkçılık Davası'nda UAD, Birleşik Krallık'ın Norveç'in balıkçılık bölgesine ilişkin düzenlemelerinden haberdar olmadığı iddiasını, "*Birleşik Krallık'ın bölgedeki balıkçılığa büyük ilgi duyan, geleneksel olarak deniz hukukuyla ilgilenen özellikle de denizlerin özgürlüğünü savunan bir güç olması*" nedeniyle inanılır bulmamış ve bu devletin söz konusu düzenlemelerden haberdar olduğunu varsaymıştır⁷².

Bir devletin sessizliğinin zımni kabul anlamına gelip gelmediği incelenirken önemli olan, devletin sessiz kalmaması gereken bir durumdayken sessiz kalmayı seçmiş olmasıdır. Bu konuda halen geçerli olan ilke, UAD'nin Preah Vihear Tapınağı Davası'nda atıfta bulunduğu "*Qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset*" (konuşması gerekirken buna imkânı olmasına rağmen sessiz kalan kişi o duruma rıza göstermiş sayılır) ilkesidir. Söz konusu davada Mahkeme, Taylandlı yetkililerin, bilgileri dâhilinde olan uyuşmazlık konusu haritalarla ilgili herhangi bir tepki vermemelerini, daha sonradan bu haritalara itiraz etmelerini engelleyici bir sebep olarak değerlendirmişti⁷³.

Hakem Heyeti, Irak'ın, Türkiye'nin Mart ve Nisan 2014'te ITP Anlaşmaları'nın yürürlükte olduğunu teyit etmesi ve Hakem Heyetine sunduğu 2014 tarihli cevap dilekçesinde şartların esaslı değişimine değinmemesinin ITP Anlaşmaları'nın yürürlükte olduğunu zımnen kabul etmiş olduğu anlamına gel-

⁷⁰ Kolb, *Good Faith in International Law*, 92-93.

⁷¹ Kolb, *Good Faith in International Law*, 94.

⁷² *Fisheries Case* (U.K./Norway), Judgment, 1951 I.C.J. Rep. 116 (18 December), 139.

⁷³ Bkz. *Temple of Preah Vihear* (Cambodia/Thai.), Merits, Judgment, 1962 I.C.J. Rep. 6 (15 June), 23.

diği iddiasına şüpheyle yaklaşmıştır. Bu çerçevede İkinci Boru Hattı'nın Mart 2014'te bombalanarak işlevsiz hale geldiğini belirten Heyet, Türkiye'nin Mart ve Nisan aylarında mevcut olan Anlaşmalar'ın devam etmesine ilişkin rızasının, Boru Hattı'nın tamir edileceğine olan inancından kaynaklanmış olabileceğini, dolayısıyla gösterilen bu rızanın şartlar esaslı olarak değişmiş olsa bile ITP Anlaşmaları'nın yürürlükte kalacağına dair bir zımni kabul anlamına gelmeyebileceğini ifade etmiştir⁷⁴.

Daha önce de belirtildiği üzere Türkiye, Eylül 2014 tarihli cevap dilekçesinde 62. maddeye atıfta bulunmamıştır. Buna rağmen Hakem Heyeti, Türkiye'nin farklı gerekçelerle de olsa ITP Anlaşmaları'nın askıya alınmış olduğuna ilişkin duruşunu bu tarihten itibaren değiştirmedeğini belirtmiştir. Bu bağlamda Türkiye'nin, İkinci Boru Hattı'nın kullanılamaz hale gelmesinden kaynaklanan iddialarını hasar meydana geldikten sonra makul bir süre içerisinde ileri sürmüş olduğunu ve şartlardaki esaslı değişikliğin farkına vardıldıktan sonra ITP Anlaşmaları'ndan kaynaklanan yükümlülüklerinin devam ettiğini onaylayacak şekilde hareket etmediğini ifade eden Heyet, Irak'ın, Türkiye'nin ITP Anlaşmaları'nın yürürlükte olduğunu zımnen kabul etmiş olduğu iddiasını reddetmiştir⁷⁵.

Heyetin zımni kabule ilişkin somut olay değerlendirmesi, İkinci Boru Hattı'nın kalıcı olarak zarar görmesinin öngörülebilir bir durum olmadığına ilişkin tespitiyle uyumludur. Çalışmanın önceki bölümlerinde de belirtildiği üzere 2010 Anlaşması'nın akdedildiği şartları esaslı olarak değiştiren olgu, salt bir zarar görme değil; zarar gören Boru Hattı'nın Irak tarafından tamir edilmemesidir. Dolayısıyla 2014 yılında bombalanan İkinci Boru Hattı'yla ilgili bu duruma Eylül 2014 tarihli cevap dilekçesinde değinilmemiş olmasının, Türkiye'nin İkinci Boru Hattı'nın işlevsiz hale gelmesini zımnen kabul ettiği anlamına geldiği iddiası iyiniyet ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Nitekim bu durumun hayatın olağan akışına uygun yorumu, Türkiye'nin, İkinci Boru Hattı'nın tamir edilmesi beklentisinde olduğundan dolayı bu konuya dilekçesinde yer vermemiş olduğudur. Türkiye'nin bu tarihten sonraki davranışları da İkinci Boru Hattı'nın tamir edilmemesinin Türkiye'nin andlaşma ile bağlanma rızasına hanel getirdiğini ve Türkiye'nin bu durumu kabul etmediğini göstermektedir. Dolayısıyla Heyetin, Irak'ın zımni kabul iddiasına ilişkin değerlendirme hem somut olayın koşullarıyla hem de uluslararası hukukla uyum içinde gözükmektedir.

D. İYİNİYET İLKESİ

İkinci Boru Hattı'nın bombalanmasının ITP Anlaşmaları'nın şartlarını esaslı olarak değiştirdiğini ve Türkiye'nin bu değişikliklere rağmen ITP Anlaşmaları'nın yürürlükte olduğunu zımnen kabul etmiş sayılmadığını tespit eden Hakem Heyeti,

⁷⁴ Bkz. *Irak v. Türkiye*, ¶ 495.

⁷⁵ Bkz. *Irak v. Türkiye*, ¶ 495.

incelemesini burada sonlandırmamıştır. Bir kez daha *rebus sic stantibus* ilkesinin kısıtlı tabiatına atıfta bulunan Heyet, ilkenin bu özelliğinin UAD'nin Gabcikovo-Nagymaros Projesi Kararı'nda da ifade ettiği üzere “62. maddenin olumsuz ve şarta dayalı lafzı[ndan]” ve “andlaşma ilişkilerinin istikrarının, koşulların esaslı değişikliği iddiasının yalnızca istisnai durumlarda uygulanmasını gerektir[mesinden]”⁷⁶ kaynaklandığını ifade etmiştir⁷⁷. Hakem Heyeti daha sonra devletlerin karşılıklı ilişkilerinde iyiniyetle hareket etme yükümlülüğünü hatırlatmış ve somut olaya ilişkin incelemenin *rebus sic stantibus*un sınırlı doğası ve iyiniyet ilkesi göz önünde bulundurularak gerçekleştirilmesi gerektiğini ileri belirtmiştir⁷⁸.

Kesin kavramlarla tanımlanması oldukça zor olan⁷⁹ iyiniyet ilkesi tıpkı ulusal hukuklarda olduğu gibi uluslararası hukukun da temel ilkelerinden birisidir⁸⁰. Uluslararası örf ve adet hukuku niteliği UAD tarafından tespit edilmiş⁸¹ olan ilke, andlaşmalar hukukunda andlaşmaların oluşumundan sona ermesine kadar geçen tüm süreci⁸² yönetir⁸³. Bu çerçevede iyiniyet ilkesinin, yükümlülüklerin yorumlanmasına ilişkin bir araç olmanın yanı sıra bir davranış yükümlülüğü de arz ettiği kabul edilmektedir⁸⁴. UAD de Nükleer Denemeler Davası'nda, iyiniyet ilkesinin hukuki yükümlülüklerin hem oluşumunu hem de ifasını yönettiğini ifade etmiştir⁸⁵.

Hakem Heyeti iyiniyet ilkesi çerçevesinde gerçekleştirmiş olduğu incelemede ilk olarak, Türkiye'nin IKBY'den gelen ham petrolün taşınması ve depolanmasına ikinci petrol hattının zarar görmesinden önce başlamış olduğuna değinmiştir. Heyete göre bu durum, Türkiye'nin IKBY ile çalışma motivasyonu ile ITP sisteminin işlevsiz hale gelmesi arasında bir bağlantı olmadığını göstermektedir. Söz konusu dönemde Türkiye'nin Irak'a ITP Anlaşmaları'nı askıya aldığına dair bir bildirimde bulunmadığını belirten Heyet, Mart 2014'te taraflar arasında ger-

⁷⁶ *Gabcikovo-Nagymaros Project*, ¶ 104.

⁷⁷ Bkz. *Irak v. Türkiye*, ¶ 496.

⁷⁸ Bkz. *Irak v. Türkiye*, ¶ 497.

⁷⁹ William Tetley, “Good Faith in Contract: Particularly in the Contracts of Arbitration and Chartering,” *Journal of Maritime Law and Commerce* 35, S. 4 (2004), 563.

⁸⁰ Mehmet Emin Büyüç, *Uluslararası Hukukta Hukukun Genel İlkeleri* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 175.

⁸¹ Bkz. *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina/Uruguay), Judgment, 2010 I.C.J. Rep. 14, ¶ 145.

⁸² İyiniyet ilkesine VAHS'de ilk olarak Başlangıç Bölümü'nde yer verilmiş ve Sözleşme'ye taraf olan devletlerin, iyiniyet ilkesinin evrensel olarak tanınan bir prensip olduğunu kabul ettiği belirtilmiştir. Yine Sözleşme'nin 26. maddesinde, andlaşmaların iyiniyetle icra edilmesi yükümlülüğü düzenlenmiştir. Andlaşmaların yorumuna ilişkin genel kural olan VAHS md.31/1'de ise andlaşmaların iyiniyetle yorumlanması gerektiği kaleme alınmıştır.

⁸³ Bin Cheng, *General Principles of International Law as Applied by International Courts and Tribunals* (London: Stevens & Sons Limited, 1953), 106.

⁸⁴ Marija Dordeska, *General Principles of Law Recognized by Civilized Nations (1922-2018)* (Leiden/Boston: Brill Nijhoff, 2020), 319.

⁸⁵ *Nuclear Tests* (Australia/France), Judgment, 1974 I.C.J. Rep. 253, ¶ 46.

çekleşmiş olan yazışmalardan da Türkiye'nin o tarihlerde ITP Anlaşmaları'nın yürürlükte olduğunu düşündüğünün anlaşıldığını ifade etmiştir. Kararını bu bakış açısıyla veren Hakem Heyeti, *rebus sic stantibus* ilkesine şartlar esaslı olarak değişmeden önce başlamış olan eylemleri meşru göstermek amacıyla başvurulamayacağını belirtmiş ve Türkiye'nin şartların esaslı değişimine ilişkin ikinci iddiasını da reddetmiştir⁸⁶.

Hakem Heyeti bu kararını iyiniyet ilkesi çerçevesinde, andlaşma ilişkisinden doğan karşılıklı güveni suiistimal etmeme yükümlülüğü⁸⁷ üzerine kurmuştur. Bunu yalnızca andlaşmadan kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesi bakımından değil, andlaşmayı sona erdirmeye veya askıya alma amacıyla başvuru- lan nedenlerin öne sürülmesi bakımından da geçerli bulan Heyet, Türkiye'nin şartların esaslı olarak değişmesinden önce gerçekleştirdiği eylemler bakımından *rebus sic stantibus* ilkesine başvurmasını iyiniyet ilkesinin ihlali olarak değerlendirmiş⁸⁸.

Heyetin bu değerlendirmesi genel uluslararası hukukla uyumlu gözükmektedir. Heyet kararında verilen bilgilerden, Türkiye'nin, İKBY'den gelen ham petrolü, İkinci Hat zarar görmeden önce taşımaya başladığı anlaşılmaktadır. Bununla ilgili olarak Irak tarafıyla yapılan yazışmalarda ise ITP Anlaşmaları'nın yürürlükte olduğunu işaret eden ifadeler kullanılmıştır. Bu durum, Türkiye'nin, İkinci Boru Hattı'nın zarar görmesi neticesinde ITP Anlaşmaları'nı askıya almış olduğu ve İKBY'den gelen ham petrolün taşınmasını bu çerçevede gerçekleştirdiği iddiasıyla uyuşmamaktadır. Nitekim bu iddianın *rebus sic stantibus* ilkesi çerçevesinde kabul edilebilmesi için İKBY'den gelen petrolün taşınmasına İkinci Boru Hattı zarar gördükten sonra başlanmış olması gerekirdi. Heyetin de işaret ettiği üzere bir davranışın gerekçesi olarak bu davranışın gerçekleşmesinden sonra ortaya çıkan bir olaya dayanılması iyiniyet ilkesinin ihlali anlamına gelecektir. Nitekim böylesi bir iddia hem hayatın olağan akışına hem de dürüstlük kuralına aykırı olacaktır.

SONUÇ

Şartların esaslı değişimi, andlaşmaların son derece detaylı olarak düzenlendiği günümüz koşullarında dahi andlaşmaların sona erdirilmesi ve askıya alınması bakımından taraflar için önemli bir kaçış rampası görevi üstlenmektedir. *Pacta sunt servanda* ilkesinin getirdiği katı andlaşmalar hukuku düzeni, *rebus sic stantibus* ilkesi çerçevesinde andlaşma taraflarının günün koşullarına göre konum almasına imkân sağlamaktadır. İlke uygulamada devletler tarafından oldukça rağbet görmekteyse de buna ilişkin iddialar genellikle devletler arasında

⁸⁶ Bkz. *Irak v. Türkiye*, ¶ 497-499.

⁸⁷ Cheng, *General Principles of International Law*, 119.

⁸⁸ Bkz. *Irak v. Türkiye*, ¶ 497-499.

uyuşmazlıklara neden olmaktadır. Çalışmanın konusunu oluşturan Irak-Türkiye ham petrol boru hattı uyuşmazlığı da bu durumla çelişmemektedir. Türkiye tarafından şartların esaslı değişimi çerçevesinde ileri sürülen iddialar Irak tarafından reddedilmiş, meseleyi çözmek ise Hakem Heyetine kalmıştır.

Hakem Heyeti, şartların esaslı değişimine ilişkin iddiaları örf ve adet hukuku kuralı olduğu günümüzde kesin olarak kabul edilen VAHS 62. madde çerçevesinde değerlendirmiştir. 62. madde *rebus sic stantibus* ilkesinin kapsam ve koşullarını belirlemektedir. Heyet şartların esaslı değişiminin koşullarını somut olay bakımından incelediğinde, Türkiye'nin buna ilişkin ilk iddiası olan İKBY'nin SOMO'ya gerçekleştirdiği ham petrol naklini askıya almasının 62. maddede yer alan koşulları yerine getirmediğini, bununla birlikte ikinci iddia olan İkinci Boru Hattı'nın bombalanarak işlevsiz hale gelmesinin bu koşulları sağladığını tespit etmiştir. Bu çerçevede Irak'ın öngörülebilirlik iddialarını reddeden Hakem Heyeti, yine Irak'ın Türkiye'nin ITP Anlaşmaları'nın yürürlükte olduğuna şartlardaki tüm bu değişikliklere rağmen zımnen rıza gösterdiği iddiasını da kabul etmemiştir.

62. madde yalnızca ortaya çıkan yeni şartların andlaşmanın askıya alınması bakımından yeterli olup olmadığına ilişkin bir ölçüt sunar. Ortaya çıkan bu şartlar çerçevesinde andlaşmanın uluslararası hukuka uygun bir şekilde askıya alınmasını ise buna ilişkin usul kuralları belirler. Andlaşmaların askıya alınmasında ITP Anlaşmaları'na uygulanacak olan kurallar örf ve adet hukuku kurallarıdır. Nitekim uyuşmazlık tarafı iki devlet de VAHS tarafı değildir ve VAHS'deki usul kurallarının örf ve adet hukukunu yansıtmadığı kabul edilmektedir. Hakem Heyeti somut olay incelemesinde askıya almaya ilişkin usul kurallarına değinmemiş, Türkiye'nin ITP Anlaşmaları'nı tek taraflı olarak askıya almış olduğu iddiasının hukuka uygunluğuna ilişkin bir değerlendirme yapmamıştır. Bununla birlikte Heyetin kararı kaleme alışından şartların esaslı değişikliğine ilişkin tüm koşulların sağlanması durumunda ITP Anlaşmaları'nın tek taraflı olarak sona erdirilmesinde herhangi bir sorun görmediği anlaşılmaktadır.

Hakem Heyeti, Türkiye'nin şartların esaslı değişimi iddiasının uluslararası hukuka uygun olduğunu işaret etmesine rağmen ITP Anlaşmaları'nın *rebus sic stantibus* ilkesi çerçevesinde askıya alınmış olduğu savını yine de kabul etmemiştir. Türkiye'nin ITP Anlaşmaları'ndan kaynaklanan yükümlülüklerini İkinci Boru Hattı'nın bombalanmasından önce ihlal etmeye başladığını belirten Heyet, esaslı değişiklik meydana gelmeden önce başlayan eylemleri meşru göstermek amacıyla söz konusu değişikliklere başvurulmasının iyiniyet ilkesine aykırı olduğunu ifade etmiş ve *rebus sic stantibus* ilişkin somut olay incelemesini burada sonlandırmıştır. Böylece *rebus sic stantibus* dair bir iddia daha genel temayüle uygun olarak başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Yine de görünen o ki devletler bu ilkeye başarı umuduyla başvurmaya, *rebus sic stantibus* ilkesi ise andlaşmalar hukukundaki önemini korumaya devam etmektedir.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

- Akipek, Ömer İlhan. *Milletlerarası Adalet Divanı*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1974.
- Akkaya, Damla. *Uluslararası Andlaşmalarda Şartların Esaslı Değişimi: Rebus Sic Stantibus İlkesi*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.
- Aust, Anthony. *Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- Başeren, Sertaç Hami. *Ege Sorunları*. Ankara: Türk Deniz Araştırmaları Vakfı Yayınları, 2006.
- Büyük, Mehmet Emin. *Uluslararası Hukukta Hukukun Genel İlkeleri*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Cheng, Bin. *General Principles of International Law as Applied by International Courts and Tribunals*. London: Stevens & Sons Limited, 1953.
- Dordeska, Marija. *General Principles of Law Recognized by Civilized Nations (1922-2018)*. Leiden/Boston: Brill Nijhoff, 2020.
- Fitzmaurice, Malgosia. "Exceptional Circumstances and Treaty Commitments." *The Oxford Guide to Treaties*, ed. Duncan B. Hollis içinde 595-623. Oxford: Oxford University Press, 2020.
- Giegerich, Thomas. "Article 62." *Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary*, ed. Dörr, Oliver ve Schmalenbach, Kirsten, içinde 1143-1181. Berlin: Springer, 2018.
- İnan, Aybüke. "Kerkük-Yumurtalık Petrol Boru Hattı ve Türkiye-İrak İlişkileri (1973-2011)," *Ortadoğu Analiz* 5, S. 56 (2013): 68-85.
- İnan, Yüksel. *Türk Boğazlarının Siyasal ve Hukuksal Rejimi*. Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 1995.
- Kolb, Robert. *Good Faith in International Law*. Hart Publishing: Oxford, 2017.
- Lekkas, Sotirios-Ioannis, Tzanakopoulos, Antonios. "Pacta Sunt Servanda versus Flexibility in the Suspension and Termination of Treaties." *Research Handbook on the Law of Treaties*, ed. Tams, Christian J., Tzanakopoulos, Antonios ve Zimmerman, Andreas, içinde 312-340. United Kingdom: Edward Elgar Publishing Limited, 2014.
- Marques Antunes, Nuno Sérgio. "Acquiescence." (September 2006), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (online edn). Erişim Tarihi: Ekim 31, 2023. <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1373>.
- McNair, Arnold Duncan. *The Law of Treaties*. Oxford: Clarendon Press, 1961.
- Milanovic, Marko. "Brexit, the Northern Irish Backstop, and Fundamental Change of Circumstances." *EJIL: Talk!*, Erişim Tarihi: Aralık 22, 2023. <https://www.ejiltalk.org/brexit-the-northern-irish-backstop-and-fundamental-change-of-circumstances/>.
- Pazarcı, Hüseyin. *Doğu Ege Adalarının Askerden Arındırılmış Statüsü*. Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 1992.
- Pirim, Ceren Zeynep. "Uluslararası Andlaşmalar Hukukunda Değişim, İstikrar ve Değişim Yoluyla İstikrar: Rebus Sic Stantibus." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 13, S. 51 (2022): 47-76.

- Tams, Christian J.. “Waiver, Acquiescence, and Extinctive Prescription.” *The Law of International Responsibility*, ed. Crawford, James, Pellet, Alain, ve Olleson, Simon, içinde 1035-1049. Oxford University Press: Oxford, 2010.
- Tetley, William. “Good Faith in Contract: Particularly in the Contracts of Arbitration and Chartering.” *Journal of Maritime Law and Commerce* 35, S. 4 (2004): 561-616.
- Vamvoukos, Athanassios. *Termination of Treaties in International Law, The Doctrines of Rebus Sic Stantibus and Desuetude*. Oxford: Clarendon Press, 1985.
- Villiger, Mark E.. *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- Von der Decken, Kerstin. “Article 45.” *Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary*, ed. Dörr, Oliver ve Schmalenbach, Kirsten, içinde 825-833. Berlin: Springer, 2018.

Yargı Kararları

- Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002)* (Dem. Rep. Congo/Rwanda), Jurisdiction, Judgment, 2006 I.C.J. Rep. 6, (3 February).
- Case C-162/96, *A. Racke GmbH & Co. v. Hauptzollamt Mainz*, EU:C:1998:293, 1998 E.C.R. I-03655.
- Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area* (Can./U.S.), Judgment, 1984 I.C.J. Rep. 246 (12 October).
- Fisheries Case* (U.K./Norway), Judgment, 1951 I.C.J. Rep. 116 (18 December).
- Fisheries Jurisdiction* (U.K./Ice.), Jurisdiction, Judgment, 1973 I.C.J. Rep. 3 (3 February).
- Free Zones of Upper Savoy and District of Gex* (Fr./Swit.), Judgment, 1929 P.C.I.J. (ser. A) No. 22, 18 (19 August).
- Gabcikovo-Nagymaros Project* (Hung./Slovk.), Judgment, 1997 I.C.J. Rep. 7 (25 September).
- Iraq v. Türkiye*, ICC Case No. 20273/AGF/ZF/AYZ/ELU, (Final Award) 13.2.2023. Erişim Tarihi: Ekim 31, 2023. https://jusmundi.com/en/document/decision/en-the-republic-of-iraq-v-1-the-republic-of-turkey-and-2-botas-petroleum-pipeline-corporation-reconstitution-of-the-tribunal-pending-friday-1st-january-2021#decision_18104.
- Korea - Measures Affecting Government Procurement*, Panel Report, WTO Doc. WT/DS163/R, (1 May 2000).
- Nuclear Tests* (Australia/France), Judgment, 1974 I.C.J. Rep. 253 (20 December).
- Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina/Uruguay), Judgment, 2010 I.C.J. Rep. 14 (20 April).
- Temple of Preah Vihear* (Cambodia/Thai.), Preliminary Objections, Judgment, 1961 I.C.J. Rep. 17 (26 May).

Belgeler ve İnternet Kaynakları

- “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Irak Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Ham Petrol Boru Hattı Anlaşması.” Erişim Tarihi: Ekim 31, 2023. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/15268.pdf>.
- “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Irak Cumhuriyeti Hükümeti Arasında 27 Ağustos 1973 Tarihli Ham Petrol Boru Hattı Anlaşmasına Ek Anlaşma.” Erişim Tarihi: Ekim 31, 2023. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/19041.pdf>.

- “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Irak Cumhuriyeti Hükümeti arasındaki 27 Ağustos 1973 tarihli Ham Petrol Boru Hattı Anlaşması ve Sonrasındaki İlgili Anlaşmalar, Protokoller, Toplantı Tutanaqları ile Eklerinin Tadiline İlişkin Değişiklik Anlaşması.” Erişim Tarihi: Ekim 31, 2023. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/05/20110528M1-5-1.pdf>.
- Financial Times. “Baghdad Attacks Turkey Oil Pipeline Plan.” Erişim Tarihi: Ekim 31, 2023. <https://www.ft.com/content/66859aac-a364-11e1-988e-00144feabdc0>.
- Freshfields Bruckhaus Deringer. “Ukraine’s termination of its Bilateral Investment Treaty with Russia: What Happened and What It Means for Potential Future Claims.” Erişim Tarihi: Aralık 20, 2023. <https://riskandcompliance.freshfields.com/post/102ip3m/ukraines-termination-of-its-bilateral-investment-treaty-with-russia-what-happen>.
- Gerald Fitzmaurice (Special Rapporteur on the Law of Treaties), Second Report on the Law of Treaties, U.N. Doc. A/CN.4/107, *Yearbook of International Law Commission*, 1957, Vol. II, 18-70.
- ILC, Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol. II, 187-274.
- Iraq Oil Report. “UPDATE: Iraqi Supreme Court Strikes Down KRG Oil Sector Independence.” Erişim Tarihi: Ekim 31, 2023. <https://www.iraqoilreport.com/news/iraqi-supreme-court-strikes-down-krq-oil-sector-independence-44500/>.
- Reuters. “Iraq Petitions US Court to Enforce Oil Export Arbitration Award Against Turkey.” Erişim Tarihi: Ekim 31, 2023. <https://www.reuters.com/legal/iraq-petitions-us-court-enforce-oil-export-arbitration-award-against-turkey-2023-04-11/>.
- The Ministry of Foreign Affairs of Russian Federation. “Foreign Ministry Statement in Connection with the Russian Federation Suspending the Treaty on Measures for the Further Reduction and Limitation of Strategic offensive Arms (New START).” Erişim Tarihi: Aralık 20, 2023. https://mid.ru/en/foreign_policy/news/1855184/.
- U.S. Department of State. “United States Will Suspend the Operation of its Obligations Under the Treaty on Conventional Armed Forces in Europe.” Erişim Tarihi: Aralık 20, 2023. <https://www.state.gov/united-states-will-suspend-the-operation-of-its-obligations-under-the-treaty-on-conventional-armed-forces-in-europe/>.
- Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, 1155 UNTS 331.

İPTAL DAVASINDA KİŞİSEL MENFAAT UNSURU AÇISINDAN BAROLAR ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME^(*)

Arş. Gör. İpek Nur GÜMÜŞAY^(**)

Öz

Bu çalışmada, idari yargıya ve iptal davasına özgü menfaat ihlali koşulunun kişisel menfaat unsuru barolar nezdinde ele alınmıştır. Kişisel menfaat unsuru, dava açacak kişinin dava konusu edilecek idari işlemde etkilenme oranını ve bunun dava açmaya yeterli olup olmadığını tespit etmek amacıyla ortaya konulmuştur. Kişilerin kendilerini doğrudan etkileyen işlemlere karşı dava açmasında kişisel menfaat unsuru yönünden sorun bulunmazken, dolaylı yoldan etkilendiği veya işlemle arasında maddi veya manevi ilişki bulunduğu durumlarda kişisel menfaatinin ihlal edilip edilmediği tartışmalıdır. İptal davasını kimlerin açabileceği noktasında önem arz eden kişisel menfaat unsuru açık ve net bir şekilde belirlemek mümkün değildir. Menfaat kavramının kesin bir çerçevesini çizmek mümkün olmasa da bu çerçevenin olabildiğince idari işlemleri yargı denetiminden yoksun bırakmayacak şekilde belirlenmesi önemlidir. Kişisel menfaat unsuruna kesin bir çerçeve çizilemez, somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapmak daha adil kararlar verilmesini sağlayabilecektir. Bu nedenle çeşitli menfaat grupları çerçevesinde inceleme yapılmaktadır. Bu çalışmada menfaat gruplarından biri olan baroların, iptal davasındaki rolü ve görev tanımının geçirdiği değişiklik sürecinin doktrinde ve yargısal içtihatlarda ortaya çıkan kişisel menfaat unsuruna etkisi üzerinde durulmuştur. Baroların hukukun üstünlüğü ve insan haklarını koruma görevinin verilmesi, ilk başta Danıştay kararlarının seyri önemli ölçüde etkilemiştir. Ancak zamanla baroların kişisel menfaat ihlali avukatlık mesleğiyle sınırlı olarak değerlendirilmeye başlanmıştır. Yargısal içtihatlarda baroların menfaat ihlaliyle ilgili kimi zaman genişletici kimi zaman daraltıcı yorumlamaya gidilmesinin nedenleri ve ortaya çıkaracağı sonuçlar iptal davasının amacı çerçevesinde değerlendirilmiştir. Bu çerçevede baroların kişisel menfaatlerinin ihlal edilip edilmediği; baroların doğrudan tüzel kişiliğini ilgilendiren işlemler, üyelerinin ortak menfaatini ilgilendiren işlemler ve baroların tüzel kişiliğini ve üyelerinin ortak menfaatini doğrudan ilgilendirmeyen işlemler olarak üç alt kategoriye ayrılarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

İptal Davası, Menfaat İhlali, Baro, Kişisel Menfaat Unsuru, Hukukun Üstünlüğü ve İnsan Hakları.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 25.03.2024 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 03.06.2024, DOI No: <https://doi.org/10.54704/akdhfd.1458088>.

^(**) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, İdare Hukuku Anabilim Dalı / Ankara, Türkiye.
E-posta: ipek.gumusay@hbv.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-6463-2179>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

AN EVALUATION ON BAR ASSOCIATIONS IN TERMS OF THE ELEMENT OF PERSONAL INTEREST IN ANNULMENT ACTION

Abstract

In this study, the personal element of the violation of interest condition specific to the administrative judiciary and the action for annulment is examined before the bar associations. The element of personal interest is introduced to determine the rate at which the person who will file a lawsuit is affected by the administrative action to be sued and whether this is sufficient to file a lawsuit. While it is accepted that persons have a personal interest in filing a lawsuit against transactions that directly affect them, it is controversial whether they have a personal interest in cases where they are indirectly affected or have a material or moral relationship with the transaction. It is not possible to clearly and unambiguously determine the element of personal interest, which is important in terms of who can file an action for annulment. Although it is not possible to draw a precise framework for the concept of interest, it is important to determine this framework in a way that does not deprive administrative transactions of judicial review as much as possible. Not setting a definitive framework for the element of personal interest, and making decisions based on the characteristics of the concrete case, may enable more fair decisions to be made. Therefore, it is analyzed within the framework of various interest groups. In this study, the role of the bar associations, which are one of the interest groups, in the annulment action and the effect of the process of changing the definition of duties on the personal interest element emerging in the doctrine and jurisprudence are discussed. Giving bar associations the duty to protect the rule of law and human rights significantly affected the course of the Council of State decisions. However, over time, bar associations' violation of personal interests began to be considered limited to the legal profession. The reasons for the interpretation of the violation of the interests of the bar associations in the case law, sometimes in an expansive and sometimes in a narrowing manner, and the consequences of this interpretation are evaluated within the framework of the purpose of the action for annulment. In this context, whether the personal interests of bar associations have been violated; Transactions that directly concern the legal personality of bar associations, transactions that concern the common interest of their members, and transactions that do not directly concern the legal personality of bar associations and the common interest of their members are examined in three subcategories.

Keywords

Action for Annulment, Violation of Interest, Bar Association, Element of Personal Interest, Rule of Law and Human Rights.

Extended Abstract

The action for annulment, which is the most basic tool of judicial review of the administration, creates a system that minimizes the possibility of arbitrary behavior of the administration, which is in a superior position over individuals and constitutes a guarantee for individuals who want the administration to act by the law. Since the outcome of the action for annulment will affect not only the person who will file the action but also a large mass of people, it is a matter of debate as to who or who can file this action. These discussions give rise to the concept of interest.

This study aims to clarify the complex structure of the concept of interest and to make the concept more concrete and more evaluable by drawing a framework together with the basic principles of administrative law and administrative jurisdiction. For this purpose, the elements of legitimacy, actuality and personality of the interest, which are agreed upon by the doctrine and judicial authorities, have been taken into consideration. Thus, firstly, a general framework regarding the violation of interest is drawn and then its elements are emphasized. Since the focus of the study is on the element of personality, the reflections of this element on bar associations, which are professional organizations with the status of a public institution, what is taken into consideration when making evaluations in judicial jurisprudence, and how the duties and powers of bar associations regulated in the law affect these evaluations are discussed in the light of the decisions of the Council of State.

Although there is a direct article on the subject, this study was deemed necessary since it contains different evaluations. Other studies, on the other hand, do not directly address how the bar associations are evaluated in terms of the element of personal interest, but focus on how the interest should be evaluated in the annulment for action. While the studies on the concept of interest address the element of personality, various interest groups are

envisaged in the doctrine and jurisprudence. There are also studies containing information on these interest groups. However, it was deemed necessary to evaluate the bar associations differently and separately from other interest groups. Because bar associations are directly related to the law, they are equipped with the duties of protecting the rule of law and human rights. These duties do not entitle the bar associations to directly initiate litigation on every matter. This is because, unlike in private law proceedings, the reason for the imposition of the violation of interest requirement in annulment for actions in administrative jurisdiction is to prevent everyone from filing a lawsuit.

However, since the violation of interest is not realized, the principle of the rule of law is undermined by the fact that certain violations of law are not eliminated due to the failure to file a lawsuit. A reasonable balance also needs to be struck for the bar associations.

This study is a research article. It was tried to determine the lawsuits filed by the bar associations and in which cases the violation of their interests was accepted and in which cases it was not accepted. The explanations given and the elements emphasized in the cases where violations of interests have been accepted are discussed. In cases where violations of interests were not accepted, it was tried to determine on what grounds they were not accepted and whether these grounds were compatible with the rule of law. In conclusion, while determining the framework of the violation of interest for bar associations, it would be appropriate to assess a way that adheres to the rule of law principle and prevents unlawful transactions from being excluded from judicial review.

GİRİŞ

İdarenin yargısal denetimi, devleti hukuk devleti yapan vazgeçilmez unsurlardan biridir. Bir hukuk devletinde, kamu gücü kullanarak faaliyetlerini yürüten idarenin keyfi davranmaması için hukuka sıkı sıkıya bağlı kalması gerekmektedir. Bunun sağlanmasındaki en önemli etken de idari işlemleri yargı denetimine tabi kılmaktır. Böylece hukuka uygun hareket eden idare, kişilerin hak ve menfaatlerini koruyan ve onları ihlal etmemekle kendini yükümlü kılan bir mekanizma haline gelecektir. İdarenin yargısal denetiminin en temel aracı olan iptal davası, idarenin hukuka uygun hareket etmesini isteyen kişiler için bir güvence oluştururken, kişilerin karşısında üstün konumda bulunan idarenin de keyfi davranmasını engelleyen bir sistem meydana getirmektedir. İptal davasının sonucunun sadece davayı açacak kişiyi değil, geniş bir kitleyi etkileyecek olması sebebiyle de bu davayı kimin ya da kimlerin açabileceği önemli bir tartışma konusudur. Menfaat kavramı ortaya atılarak bu sorun çözülmek istenmektedir.

Kesin bir çerçevesi çizilemeyecek kadar muğlak olan menfaat kavramının idare hukukunda ve idari yargıda neredeyse her konuyla temas etmesi önemini ortaya koymaktadır. Hem yaratıcı hem de kısıtlayıcı yönü bulunan kavram, üstlendiği çeşitli rollerle aslında karmaşık bir yapıya sahiptir. Dolayısıyla bu çalışmada, bu karmaşık yapıyı aydınlatmak ve idare hukukunun ve idari yargının temel varoluş prensipleriyle birlikte bir perspektif çizerek kavramı daha somut ve daha değerlendirilebilir kılmak amaçlanmıştır. Bu amaç doğrultusunda doktrin ve yargı mercilerinin üzerinde uzlaştığı menfaatin meşruluk, güncellik ve kişiselilik unsurlarından hareket edilmiştir. Böylece öncelikle menfaat ihlaliyle ilgili genel bir çerçeve çizildikten sonra kişiselilik unsuru üzerinde durulacaktır. Çalışmanın odak noktasını kişiselilik unsuru oluşturduğundan bu unsurun kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarından biri olan barolar üzerine nasıl sirayet ettiği,

yargı içtihatlarında değerlendirmeler yapılırken nelere dikkat edildiği, baroların kanunda düzenlenen görev ve yetkilerinin bu değerlendirmeleri nasıl etkilediği Danıştay kararları ışığında ele alınacaktır.

I. İPTAL DAVASINDA SÜBJEKTİF EHLİYET KOŞULU OLARAK MENFAAT İHLALI VE KİŞİSELLİK UNSURU

A. MENFAAT İHLALI

İdari yargıya özgü olan iptal davasının amacı, idari nitelikteki bir uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasıyla birlikte, hukuka aykırı işlemlerin ortadan kaldırılarak hukuk devleti ilkesinin korunmasıdır¹. Bir hukuk devletinde hukuka aykırı bütün işlemlerin ortadan kaldırılması gerekliliği ve iptal davasının amacı göz önünde bulundurulduğunda bu davayı kimlerin açabileceği ya da herkese böyle bir dava hakkı tanınıp tanınamayacağı önemli bir tartışma konusudur. İptal davasında idari işlemlerin hukuka uygunluğunun denetlenmesi için kişilere dava açma hakkı verilirken bu hakkın herkese tanınması da idari işlemlerde istikrarsızlığa neden olma, idarenin sürekli dava tehdidi altında kalması ve idari işleyişin olumsuz etkilenmesi gibi çeşitli sorunları beraberinde getirecektir². Bu nedenle dava açma hakkı belli koşullarla sınırlandırılmaktadır. Dava açma ehliyeti kavramıyla somutlaşan bu koşul idari yargıyı diğer yargı kollarından ayırmaktadır³.

¹ Ender Ethem Atay, *İdari Yargılama Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 204. Gürsel Kaplan, "Danıştay Kararları ve İlgili Özel Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet", *İÜHF*, C. 69, S. 1-2, (2011): 386. "İptal davasının amacı, hukuka aykırı idari işlemin uygulamadan kaldırılması, geçersiz kılınması ve işlemin hukuksal geçerliliğine son verilmesidir. Burada sağlanmak istenen, hukuk düzeninde hukuka aykırı işlemlerin bulunmamasını sağlayarak, hukuk devletinin korunmasıdır. İdare Hukuku ilkelerine göre, iptal kararları, iptali istenilen işlemi, tesis edildiği tarih itibarıyla ortadan kaldırarak, işlemin tesisinden önceki hukuki durumun geri gelmesini sağlar." DİDDK, 28.06.2021, E. 2020/2670, K. 2021/1346, (Legalbank).

² "İdarenin hukuka uygun davranmasını sağlayan en önemli denetim araçlarından olmakla birlikte, her idari işleme karşı herkes tarafından iptal davası açılmasının idari işlemlerde istikrarsızlığa neden olmaması ve idarenin işleyişinin bu yüzden olumsuz etkilenmemesi için, dava konusu edilecek işlem ile dava açacak kişi arasında belli ölçüler içinde menfaat ilişkisi bulunmasını öngören kanun koyucu, iptal davaları için menfaat ihlalini, subjektif ehliyet koşulu olarak getirmiştir." DİDDK, 07.07.2021, E. 2021/812, K. 2021/1404, (Legalbank). Ender Ethem Atay, "İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararlarının Uygulanması", *Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 74, (2008): 21.

³ E. Yasemin Özdek, "İptal Davasında Menfaat Koşulu", *AİD*, C. 24, S. 1, (1991): 104; Ahmet Bağrıaçık, "Danıştay Kararları Işığında İdari Yargıda Menfaat İhlali", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 2, (2016): 40; Mukbil Özyörük, *İdare Hukuku Dersleri* (Çoğaltma), (Ankara, 1972/1973), 223. Bununla birlikte ehliyet, AİHS m.6'da düzenlenen adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkıyla da ilişkilidir. Menfaat ihlali koşulunun aranması doğrudan mahkemeye erişim hakkının ihlali anlamına gelmez. Nitekim bu hak sınırsız değildir ve devletler bu hakkın sınırlandırılmasına yönelik bazı koşullara yer verebilir. Türk idari yargı düzeninde de davacı bakımından ehliyet, süre gibi koşulların öngörülmesi mahkemeye erişim hakkını sınırlandırmakla birlikte, hakkın özünü zedeleyecek şekilde kısıtlanmadığı, meşru bir amaç çerçevesinde ve ölçülü olduğu sürece mahkemeye erişim hakkına halel getirmeyeceği ifade edilmelidir. Seher Serttaş, "Mahkemeye Erişim Hakkı Bağlamında Türk İdari Yargılama Hukukunda Dava Açma

Ehliyet koşulu İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) m.14/3 gereği ilk inceleme aşamasında ele alınmaktadır. İdari dava türlerini düzenleyen İYUK m.2/1-a'da iptal davası, “İdarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan davalar” olarak tanımlanmıştır. Bu doğrultuda iptal davası için aranan ehliyet şartı, davaya taraf olabılme ve dava açabilme ehliyetini içeren objektif ehliyet ile menfaatin ihlal edilmesini kapsayan subjektif ehliyetten oluşmaktadır. Böylece iptal davasına özgü subjektif ehliyet koşulu menfaat ihlalidir.

İYUK'ta bir menfaat tanımına yer verilmemiştir. Binalar nasıl ayakta durabilmek için sağlam ve dayanıklı bir temele ihtiyaç duyuyorsa, idare hukukunun da temeli menfaat kavramıdır. Menfaat kavramının kesin bir çerçevesini çizmek mümkün olmasa da bu çerçevenin olabildiğince idari işlemleri yargı denetiminden mahrum bırakmayacak şekilde belirlenmesi önemlidir⁴. Bu nedenle bir tanımla kavramı sınırlandırmaktansa idari yargı mercilerince davacının menfaatinin ihlal edilip edilmediğini tespit etmenin daha uygun olacağı ifade edilmektedir⁵. Bununla birlikte menfaat kavramına yüklenecek anlam, iptal davalarının alanını genişletebilecek veya daraltabileceğinden bu kavramdan ne anlaşılması gerektiğinin üzerinde durulmalıdır⁶.

Menfaat, Arapça kökenli olup “yarar, çıkar, kâr” anlamlarına gelmektedir. Ancak bu anlam iptal davaları açısından aranan menfaat kavramını karşılamamaktadır. İptal davasının amacı uyumsuzluğun giderilmesinin yanında, idarenin hukuka aykırı işlemlerinin hukuk düzeninde ve bireyler açısından ortaya çıkan olumsuz etkilerini ortadan kaldırmak olduğundan menfaat kavramı çıkar anlamından ziyade “ilgi” anlamıyla ilişkilendirilebilir⁸. Bu doğrultuda iptal davası için aranan menfaat, dava

Süresi”, *ABÜHFD*, C. 8, S. 15, (2020): 79-80. İdari yargıdaki iptal davasının ehliyet yönünden reddedilmesinin mahkemeye erişim hakkına yönelik ölçüsüz bir müdahale olduğu ve bu nedenle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği hakkında AYM kararı için bkz. AYM, Kemal Çakır ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2016/13846, K.T. 05.03.2020.

⁴ Katy Sibiril, *La Notion D'intérêt En Droit Administratif Français*. Droit. Université de Bretagne Occidentale-Brest, 2012, 114. “İptal davalarındaki subjektif ehliyet koşulunun, doğrudan doğruya hukuk devletin yapılandırılması ve sürdürülmesine ilişkin bir sorun olması dolayısıyla idari işlemlerin hukuka uygunluğunun iptal davası yoluyla denetlenmesini engellemeyecek bir biçimde anlaşılması gerekmektedir.” *Danıştay* 8. D, 17.03.2022, E. 2022/1852, K. 2022/1770, (Legalbank).

⁵ Nuri Alan, “İptal Davalarının Ön ve Esastan Kabul Şartları”, *Danıştay Dergisi*, Y. 13, S. 50-51, (1983): 31. Menfaat mutlak değildir; soyut olarak tanımlanamaz. Bu nedenle menfaatin değerlendirilmesi neyle ilgili olduğuna bakmayı gerektirir. Paul Bignebat, *L'intérêt de la personne morale*. Droit. Université Paris sciences et lettres, 2018. Français, 1.

⁶ Ayşe Aslı Yücesoy, *İdari Yargılama Hukukunda İptal Davalarında Menfaat*, Ankara: (Seçkin Yayıncılık, 2016), 33.

⁷ TDK Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>; Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2006, 444.

⁸ “Yargı kararlarında “menfaat” kavramının davacı ile iptalini istediği idari işlem arasındaki bağı, ilgiyi ifade ettiği belirtilmekte ve idarî işlem ile dava açan kişi arasında meşrû, güncel ve ciddi

açacak kişi veya toplulukların dava konusu edilecek işlemle arasındaki doğrudan veya dolaylı, maddi veya manevi, uzak ya da yakın bir ilişki veya dava açmaya yeterli ilgi olarak ifade edilmektedir⁹. Bu anlam, özellikle işlemin doğrudan ilgisi olmayan üçüncü kişilerin açacağı iptal davaları bakımından önemlidir. Dava konusu edilecek işlemle arasında ciddi ve makul ilgi bulunan üçüncü kişiler de iptal davası yoluyla idarenin yargısal denetimini harekete geçirebilecektir¹⁰.

Menfaat kavramına yönelik tarihsel sürece bakıldığında da dava konusu edilecek işlemle davacı arasındaki ilgi anlamına yoğunlaştığı görülmektedir. 23.11.1925 tarih ve 669 sayılı Şurayı Devlet Kanunu'nun 19. maddesinde “*idari mukarrerat ve muamelat hakkında salahiyet ve şekil ve esas ve maksat cihetlerinden biri ile kanuna yahut nizama muhalefetinden dolayı iptali için alakadarlar canibinden ikame edilen idari davalardan vekillerin, valilerin mukarrerat ve muamelatı aleyhine olanlar*” ifadesi kullanılarak hem idari dava kavramına hem de iptal davasına işaret edilmiştir¹¹. Alaka kelimesiyle ihlal edilen bir hakkın varlığını değil, işlemle muhatap arasındaki ilgiyi kastettiği belirtilmelidir¹². 1938’de 3546 sayılı Devlet Şurası Kanunu’nun 23. maddesinde iptal davası tanımlanırken “*menfaati haleldar olanlar*” ifadesi kullanılmıştır. Bu düzenlemeyle menfaat ihlali koşulunun hukuk dünyasında açıkça var olduğu ifade edilmelidir. 1964 tarih ve 521 sayılı Danıştay Kanunu’nun 30. maddesinde de iptal davası düzenlenirken “*menfaatleri ihlâl edilenler*” ifadesi tercih edilmiştir. 1982’de İYUK’un yürürlüğe girmesiyle de aynı ifade tekrarlanmıştır.

Zamanla menfaat ihlalinin geniş yorumlanmasının idari istikrarı bozabileceği ve idarenin sürekli dava tehdidi altında kalacağı yönünde eleştiriler ortaya

bir alâka söz konusu ise, davada menfaat bağının bulunduğu kabul edilmekte, bunun dışında ayrıca subjektif bir hakkın ihlâl edilmesi şartı aranmamaktadır.” Danıştay 13. D, 10.02.2021, E. 2020/3819, K. 2021/436. Ehliyetli olmak ile uyumsuzluk konusu ile yeterli bir ilgiye sahip olmanın farklı şeyler olduğunu, bu nedenle subjektif ehliyet terimi yerine ilgi bağı terimini tercih ettiğini ifade eden görüş için bkz. Onur Karahanoğulları, “Birel İşlemlere Karşı Açılan İptal Davalarında İlgî Bağı Sorunu”, *AÜSBFD*, C. 62, S. 3, (2007): 209. “*Fransız hukukunda menfaat ihlali, “l’intérêt donnât qualité à agir (dava açmaya yeterli ilgi)” kavramıyla ifade edilmektedir. Burada kullanılan “agir” kavramı dava açmak, harekete geçmek, tepki vermek gibi anlamlara gelmektedir. Menfaat ihlali ile anlatılmak istenen alakanın boyutu, aslında bu kavram ile daha doğru ifade bulmaktadır. Dava konusu işlemin davacının buna tepki vermesine neden olacak düzeyde davacı üzerinde etki yaratması söz konusudur.*” Burcu Erdiç, “İptal Davasında ‘Menfaat İhlali’ Koşulu ve Menfaat Kavramının Yorumlanması”, *SÜHFD*, C. 29, S. 2, (2021): 1091.

⁹ Yücesoy, *İptal Davalarında Menfaat*, 35. “*Menfaat unsurunun açık bir tanımını içeren yasal düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, Doktrinde ve yargı kararlarında “menfaat” kavramının iptal davasını açan davacı ile dava konu ettiği idari işlem arasındaki alakayı ifade ettiği ve bu alakanın meşru, ciddi, kişisel ve güncel (aktüel) olması gerektiği kabul edilmektedir.*” Danıştay 8. D, 23.03.2022, E. 2022/1829, K. 2022/1969, (Karşı oy) (Legalbank).

¹⁰ Karahanoğulları, “İlgî Bağı Sorunu”, 211.

¹¹ Faruk Göçgün, *İptal Davasında Subjektif Ehliyet Koşulu Olarak Kişisel Menfaat Unsuru*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016, 39.

¹² Mustafa Koçak, “Hukuk Devleti” Kavramı Açısından İdari İptal Davalarında “Menfaat İhlali” veya “Hak İhlali” Koşulu, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 10, S. 1-3, (1996): 120.

konulmuştur¹³. 10.06.1994'te 4001 sayılı Kanun ile İYUK m.2/1-a'da düzenlenen iptal davası açmak için çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren hususlar hariç olmak üzere, *kişisel hakları ihlal edilenler* koşulu getirilmiştir¹⁴. İptal davası için kişisel hak ihlali şartının aranmasının, iptal davasını subjektifleştirdiği ve iptal davasının amacından uzaklaştırıldığı sonucunu doğurduğu ifade edilmektedir¹⁵. İptal davasında, tam yargı davasındaki gibi bir hakkın ihlal edilmesi şartı aranması iptal davasının objektif niteliğine, amacına ve özgünlüğüne uygun düşmez. İptal davası hukuka aykırı işlemin iptaline yönelik olduğundan sadece taraflar arasındaki bir uyumsuzluk gibi nitelendirilemeyecektir. Zira iptal davası kişinin ihlal edilen hakkını tazmin ve telafi etme amacı taşımayan, kamu düzeni yönü öne çıkan bir davadır¹⁶. Bu gerekçeler göstermektedir ki kişisel hak ihlali şartı iptal davasının doğasına aykırılık teşkil etmektedir. 26.01.1995'te Anayasa Mahkemesi "kişisel hakları ihlal edilenler" ibaresini Anayasaya aykırı bularak bu ibareyi ve ibarenin yer aldığı bendi oy çokluğuyla iptal etmiştir¹⁷. İYUK m.2/1-a'nın eski halindeki gibi menfaati ihlal edilenler ibaresine dönülmesi de uzun bir süreç almış ve değişiklik ancak 2000 yılında gerçekleşmiştir. Aradaki süreçte ortaya çıkan boşluk içtihat yoluyla menfaat ihlali şartı aranarak doldurulmuştur¹⁸.

¹³ Bağrıaçık, "Danıştay Kararları Işığında İdari Yargıda Menfaat İhlali", 44.

¹⁴ Bu değişikliğin altında yatan nedenin menfaat ihlalinin geniş yorumlanması ve idari yargı denetiminin kapsamının daraltılması isteği olduğu söylenebilir. Nitekim 4001 sayılı Kanun'un gerekçesi de şu şekildedir "1982 tarih ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Yasasının 2 nci maddesi uygulamada genel hukuk sistemine aykırı biçimde gelişmiştir. İdarî davalarda taraf ehliyeti konusundaki usulsüzlük İdarî Mahkemelerde ve Danıştay'da iş hacmini gereksiz biçimde artırmıştır ... 2577 sayılı "İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun başta 2 nci maddesi olmak üzere ilgili maddelerinde dava ve taraf ehliyeti yanlış değerlendirilmiş ve (menfaatleri ihlal edilenler) deyimini geniş yorumlanarak, esasta dava ehliyetine sahip olmayan kişilerin de, idarî yargıda iptal ve tam yargı davaları açma talepleri kabul edilmiş ve davalar buna göre görülerek, hükme bağlanmıştır..." TBMM 409 No.lu Komisyon Raporu, <https://www.tbmm.gov.tr/>. Ramazan Çağlayan, *İdarî Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, (Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2004), 93. Bu kanun değişikliğinin belli davaları sona erdirmek için yapılmış olabileceğinin de düşünülmesi gerektiği hakkında bkz. Cem Ayaydın, "İptal Davasının Subjektifleştirilmesi", *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 0, S. 9, (1994): 8 (20 numaralı dipnot).

¹⁵ Cem Ayaydın, 8.

¹⁶ Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, *Türk İdarî Yargılama Hukuku*, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2022), 89. "İptal davalarında, subjektif ehliyet şartı olarak bulunması gerekli "menfaat ihlali", hak ihlali anlamında değil, ciddi ve makul alaka anlamındadır. İhlal edilen menfaatin herhalde maddi ve ekonomik nitelikte olması gerekmediği gibi; mahkemelerde hak ihlali gibi düşünülmesi en başta iptal davalarının objektif niteliği ile bağdaşmaz." DİDDK, 02.02.1990, E. 1989/430, K. 1990/18, (Legalbank).

¹⁷ Anayasa Mahkemesi 'kişisel hakları ihlal edilenler' ibaresini Anayasanın 2, 36 ve 125. maddesine aykırı bularak iptal ederken; yasa koyucunun takdir hakkını kullanarak haklı gerekçelere dayanarak bu düzenlemeyi yaptığını ve Anayasa'ya aykırı olmadığını belirten karşı oy da bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. AYM, E. 1995/27, K. 1995/47, 21.09.1995.

¹⁸ "2577 sayılı Yasanın 4001 sayılı Yasayla değişik 2/1-a maddesi 21.9.1995 tarih ve E: 1995/27, K: 1995/47 sayılı Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edilmiştir. Dolayısıyla, yeni bir yasal düzenleme yapıncaya kadar, belirtilen konuda yasal boşluk bulunmaktadır. İdarî dava türlerinden iptal

Özetle ifade edilebilir ki iptal davaları için aranan menfaat ihlali, dava açacak kişi ile dava konusu edilecek işlem arasındaki yakın ilgiyi ifade etmekte ise de bu kavramın anlaşılması güçtür ve herkesin kendi kanaatine göre menfaatin özünü belirleyebilmesi yargısal keyfiliği teşvik edebilmektedir¹⁹. Bu nedenle somutlaşması için birtakım unsurlar belirlenmiştir. Meşruluk, kişisel ve güncellik şeklinde saptanan bu unsurlar doktrin ve yargısal içtihatlarla literatüre yerleşmiştir²⁰. Konumuz açısından menfaatin kişisel unsur üzerinde durulacaktır.

B. KİŞİSEL MENFAAT

İptal davasında menfaat ihlali koşuluna yönelik tartışmaların esas itibarıyla kişisel unsurdan kaynaklandığı ifade edilmelidir. Kişisel menfaat, dava konusu edilecek işlemin dava açacak kişiyi doğrudan veya dolaylı şekilde etkilemesidir²¹. Bu etki düzeyi ne olmalıdır ki kişinin menfaatinin ihlal edildiği kabul edilsin ve idari yargı mercilerini harekete geçirmeye yetsin²²? İşte bu sorunun cevabı kişisel menfaat kriterini ortaya koymaktadır. Kişisel menfaat unsurunun ciddi ve makul ilgi, maddi veya manevi olması ve doğrudan veya dolaylı olması şeklinde üç görünüş şekli belirlenmiştir. Ciddi ve makul ilgi kriteri, kişisel hak ihlali düzeyine ulaşmayacak şekilde anlaşılmalıdır. Aranan ciddiyet aşırıktan sakınılarak makul, mantıklı ve elverişli olmalıdır²³. Menfaatin mutlaka maddi bir değer taşıması da beklenmez, manevi nitelik taşıması yeterli görülmektedir. Bu kapsamda belli bir beldede oturanların beldenin yöresel, tarihi ve doğal güzellik-

davalarının tanımı ve tanımı kapsamındaki sübjektif ehliyet koşulu konusunda mevzuat boşluğu var olmakla birlikte: iptal davasının içtihat ve doktrinde belirlenen hukuki nitelikleri göz önüne alındığında, idare hukuku alanında tek taraflı irade açıklamasıyla kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelikte tesis edilen idari işlemlerin ancak bu idari işlemle meşru, kişisel ve güncel bir menfaat ilgisi kurulabilenler tarafından iptal davasına konu edilebileceğinin kabulü zorunludur.” Danıştay 10. D, 09.06.1998, E. 1997/2003, K. 1998/2445, (Legalbank).

¹⁹ Paul Bignebat, “L'intérêt de la personne morale”, 1.

²⁰ “İptal davasının içtihat ve doktrinde belirlenen hukuki nitelikleri göz önüne alındığında, idari işlemlerin, ancak bu idari işlemle meşru, kişisel ve güncel bir menfaat ilgisi kurulabilenler tarafından iptal davasına konu edilebileceği kabul edilmektedir. ... kişisel, meşru ve güncel bir menfaat ilgisinin varlığı, davanın niteliğine ve özelliğine göre idari yargı yerlerince belirlenmekte, davacının idari işlemle ciddi ve makul, maddi ve manevi bir ilişkisinin, hukuken korunması gereken bir menfaat bağının bulunması dava açma ehliyeti için gerekli sayılmaktadır.” Danıştay 10. D, 21.10.2020, E. 2020/2543, K. 2020/4032, (Legalbank).

²¹ “Menfaatin kişisel olma özelliği ise, idari bir işlemin doğrudan doğruya o kişi hakkında yapılmış olması anlamına gelmeyip, doğrudan veya dolaylı olarak o kimseyi de etkilemesidir. Bu bağlamda, idari yargının idari işlemin etkin ve yaygın biçimde hukuka uygunluk denetiminin sağlanması işlevi gözönünde bulundurularak, gerçek veya tüzel kişilerin menfaat ilgisini kurdukları idari tasarrufları iptal davası yoluyla yargı yeri önüne getirmeleri durumunda, iptal davası ile “menfaat” ilgilerinin bulunup bulunmadığının belirlenmesinde davacının idari işlem karşısındaki durumu, statüsü ve sıfatının ortaya konması gerekmektedir.” DİDDK, 07.10.2004, E. 2004/2163, K. 2004/788, (Legalbank).

²² Ayşe Aslı Yücesoy, “İptal Davaları Bağlamında Dolaylı ve Kişisel Menfaat Üzerine Bir Değerlendirme”, *DÜHFD*, C. 23, S. 38, (2018): 186.

²³ Göçgün, 59-61.

lerini ve ayırt edici niteliklerini değiştiren, etkileyen işlemlere karşı dava açmada manevi anlamda menfaati olduğu ifade edilmektedir²⁴.

Menfaatin kişisel sayılması için doğrudan doğruya dava açacak kişi hakkında işlem tesis edilmesi gerekmemekte, aralarındaki maddi ve manevi ilişki yeterli kabul edilmektedir²⁵. “*Burada kastedilen kişisellik; davacının dava konusu işleme kişisel (o kişi ile ilgili, şahsî, personnel) bir ilgi içinde olmasını anlatır. Yoksa bu durum öznel (özneye ilişkin, enfüsî, subjectif) veya bireysel (bireye ait, ferdî, individuel) bir durumu anlatmaz*”²⁶. Nitekim dava açacak kişinin menfaatini doğrudan ihlal eden veya bizzat o kişi hakkında yapılan vatandaşlıktan çıkarılma, sınır dışı edilme, sürücü belgesine el koyma, atanma gibi işlemlerde kişisel menfaat unsuru açısından bir sorun bulunmamaktadır. Tartışma konusu, dava açacak kişiyi doğrudan etkilememekle birlikte dolaylı yoldan etkileyen işlemlere karşı, işlemin doğrudan muhatabı olmayan kişinin açacağı davada menfaat unsurunun kişiselliğinin kabul edilip edilmemesinden kaynaklanmaktadır²⁷. Bir idari faaliyet ile dava açma ciddiyetini sağlamaya yetecek ölçüde muhatap olma, kişisel menfaat unsurunun varlığına delalet etmelidir.

Kişisel menfaat unsurunun dolaylı yoldan etkilenmeyi de içermesinin yargısal içtihatlarda menfaat kavramının çok geniş yorumlanmasına yol açtığı iddiaları ve bu nedenle yasal düzenlemeyle menfaat ilişkisinin alanının daraltılma isteği son bulmamıştır. 2015’te “İdari Yargıda İş Yükünün Azaltılması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı” hazırlanmış ve bu taslakta iptal davası açmak için “*menfaatleri doğrudan ihlal edilenler*” ibaresi yer almıştır. Bu değişiklik isteğinin gerekçesi olarak uygulamada menfaat kavramının çok geniş yorumlandığı ve bu durumun hakkın kötüye kullanımına neden olduğu ifade edilmiştir²⁸. Hakkın kötüye kullanımı menfaat kavramının geniş yorumlanmasından mı yoksa dar yorumlanarak yargı denetiminin etkisizleştirilmesinden mi kaynaklanmaktadır? Menfaat kavramına yönelik bu taslak hükmünün yasalaşmaması bu sorunun cevabını vermektedir. Menfaatin doğrudan ihlal edilmesi şartının aranması kişisel hak ihlali şartına yaklaşılmaya sebep olmakta ve iptal davası ile tam yargı davası arasındaki farkı azaltmaktadır.

²⁴ Atay, “İdari Yargılama Hukuku”, 232.

²⁵ Selman Sacit Boz, “İçtihat Temelinde Çevre Davalarında Menfaat İhlali”, *NEÜHFD*, C. 6, S. 2, (2023): 891-892; Şenol Coşkun, “İdari Yargıda Ehliyet”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Cemil Kaya, “İptal Davalarında (Kişisel) Menfaat İhlalinin Genişlemesi: İktisadi Rekabet”, *İÜHFM*, C. 66, S. 2, (2011): 274; 87; Alan, 32.

²⁶ Ahmet Yağlı, “İptal Davalarında Menfaat Koşulu”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020, s. 103.

²⁷ Akman Akyürek, “Danıştay Kararlarında İptal Davalarının Menfaat İhlali Koşulunun Kişisellik Unsuru”, *Danıştay Dergisi*, Y. 21, S. 81, (1991): 44; Yücesoy, “İptal Davaları Bağlamında Dolaylı ve Kişisel Menfaat Üzerine Bir Değerlendirme”, 189-191.

²⁸ Jülide Gül Erdem, “İptal Davasında Menfaat İhlali Koşulu”, *MSY*, C. 12, S. 27, (2017): 109.

Kişisel menfaat unsuru gerçek ve tüzel kişiler için ayrı anlamlar ifade edebilmektedir. Aslında kişisel menfaat unsuru tüzel kişilik kavramının temelinde yer almaktadır. Tüzel kişinin amacı ile menfaati arasında bir bağlantı vardır. Bir tüzel kişinin amacı, onun varlığını haklı kılmaktadır. Dolayısıyla tüzel kişinin menfaati, amacının yerine getirilmesinde yatmaktadır²⁹. Doğrudan tüzel kişiliği ilgilendiren işlemlere karşı kişisel menfaatinin varlığı kabul edilirken, dolaylı yoldan etkileyen işlemlerde kişisel menfaat koşulunun kabul edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. Belirli bir amaç ve bu amaç doğrultusunda bir menfaat bağıyla bir araya gelen kişilerden oluşan tüzel kişiliğin kişisel menfaatinin tespitine yönelik değerlendirmeler iptal davası açısından ayrı bir öneme sahiptir. Nitekim “Gün Işığında Daha Fazla Yararlanmak Amacıyla Bütün Yurtta Yaz Saati Uygulanması Hakkında Karar”ın iptali istemiyle açılan davada davacı derneğin dava açma ehliyeti bulunduğu karar verilmiştir³⁰.

Menfaatin kişiselliğinin belirlenmesinde kesin ölçütler konulamadığından idari yargı yerlerinin takdirine bağlı olarak bazı kararlarda kişisel menfaat unsuru dar yorumlanırken bazı kararlarda geniş yorumlanmıştır. Nazım Hikmet Ran’ın vatandaşlıktan çıkarılması işleminin iptali için hiçbir akrabalık bağı bulunmayan bir vatandaşın açtığı iptal davasında Danıştay tarafından “... *adı geçen şairin, ulusal sınırları da aşarak dünya çapında kabul görmüş bir sanatçı olması nedeniyle, bir vatandaş olarak davacının kişisel ve meşru menfaatinin de ihlal edildiği anlaşıldığından, bakılan davada, davacının sübjektif ehliyetinin varlığı kabul edilmek suretiyle davanın esasının incelenmesi gerekmektedir*”³¹ ifadelerine yer verilerek salt vatandaş olma kişisel menfaat unsuru açısından yeterli kabul edilmiş ve oldukça geniş bir yorum yapılmıştır. Danıştay tarihi ve kültürel değerlerin veya çevrenin korunması gibi üstün kamu yararının söz konusu olduğu hallerde kişisel menfaat unsuru geniş yorumlamakta ve vatandaşlığı dava açma ehliyeti açısından yeterli görmektedir. Danıştay’ın bu içtihadının yerinde olduğu ifade edilmektedir³². Bununla birlikte Danıştay kararlarında netlik ve istikrar olmadığı vurgulanmalıdır. İdari yargı mercileri idari yargıya olan güveni azaltacak şekilde menfaat kavramının arkasına sığınarak uyuşmazlığı çözmekten kaçınırsa hukuk devletinin en önemli araçlarından biri olan iptal davasının temel işlevi yerine getirilemeyecektir.

Vatandaşlığın yanında malik olmak, kiracı olmak, milletvekili olmak, belde sakini olmak gibi çeşitli kriterler kullanılarak idari yargı mercileri önüne gelen somut olayın özelliğine göre karar vermektedir. Ayrıca dernek, vakıf, sendika,

²⁹ Paul Bignebat, “L’interêt de la personne morale”, 17; Katy Sibiril, La Notion D’interêt En Droit Administratif Français, 32.

³⁰ DİDDK, 12.04.2018, E. 2017/2614, K. 2018/1740 (Lexpera).

³¹ DİDDK, 03.06.2008, E. 2007/7369, K. 2008/3264, Aktaran Murat Buğra Tahtalı, “Danıştay Kararları Işığında İptal Davalarında Bir Dava Şartı Olarak Sübjektif Ehliyet: Menfaat İhlalinde Kişisellik Şartı”, *NEÜHFD*, C. 5, S. 1, (2022): 50.

³² Atay, “İdari Yargılama Hukuku”, 236.

kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları gibi tüzel kişilerin açtıkları iptal davasında menfaatin kişiselliği açısından farklı kriterler ve yargı kararları ortaya çıkmaktadır. Çalışma açısından barolar ele alınacaktır.

II. KİŞİSEL MENFAATE İLİŞKİN ÖZEL BİR MENFAAT GRUBU OLARAK BAROLAR

A. GENEL OLARAK BAROLAR VE HUKUKİ STATÜSÜ

Barolar, avukatların bağlı olduğu meslek kuruluşu veya avukatların örgütlenmiş topluluğu şeklinde ifade edilebilir. Diğer mesleki örgütlenmeler için oda kavramı kullanılırken avukatların mesleki örgütlenmesine neden avukatlar odası değil de baro denildiği, baro kelimesinin etimolojik anlamından çıkarılabilir. Fransızca *barreau* kelimesinin karşılığı olarak dilimize geçen baro kelimesi, küçük çubuk, parmaklık, yargı salonunda avukatlara ayrılan yer, avukatlık, savunmanlar sınıfı ve baro gibi anlamlara gelmektedir³³. Mahkeme düzeninde avukatlar ile mahkeme heyetini ve yargıçları şeklen de olsa birbirinden ayırmak için kullanılan baro kelimesi zamanla avukatların mesleki örgütlenmesini ifade eder hale gelmiştir. Günümüzde baroların amaç ve görevlerine bakıldığında da kanun yapımında söz sahibi olma talepleri -ki bu talepler baskı gruplarının istenilen kanunun kabulü veya reddi noktasında geçmişten beri uyguladıkları bir usuldür- menfaat ihlalinin resen kabul edilip iptal davasında yer almaları gerektiğini iddia etmeleri, üyelerinin çıkarının üstünde hukukun üstünlüğü ve insan hak ve özgürlükleri alanında yetkili olma istekleri, mesleki örgütlenmeden fazla bir anlam taşıdıklarını göstermektedir³⁴.

Türk hukukunda barolar, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından biridir. Anayasa m.135/1'e göre "*Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları; belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişilikleridir.*" Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu

³³ Tahsin Saraç, *Fransızca-Türkçe Büyük Sözlük*, (Ankara: Bilgi Basımevi, 1976), 116. Baronun İngilizce karşılığı "bar" kelimesinin de mahkeme salonunda kürsü sahiplerini salondan ayıran parmaklıktan türediği, avukatların savunma yapmak için durduğu yeri kastettiği görülmektedir. Nitekim İngiliz Yargı Sisteminde avukat ya da dava vekili için kullanılan barrister kelimesinin de kökeni burada yatmaktadır. <https://www.etymonline.com/>, 22.12.2022. Avukat kelimesi de Roma'da ceza davalarında sanığın mahkemede yanında bulunması için dostlarını çağırması anlamına gelen "ad vocare" sözcüğünden gelmektedir. Atilla Özen, *Avukatlık Hukuku* (6. Baskı), (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 122.

³⁴ Emrullah Koçdemir, Devletli Sivil Toplum ve Mesleki Dayanışma: Türkiye Barolar Birliği Örneği, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, 27-28; Nermin Abadan, "Devlet İdaresinde Menfaat Gruplarının Rolü", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 14, S. 1, (1959): 238.

tüzel kişiliğine sahip olduğundan kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılmıştır. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kamu tüzel kişiliklerinin bir sonucu da kendi tüzel kişiliklerini ilgilendiren hususlarda faaliyette bulunma ve davada taraf olma ehliyetlerinin bulunmasıdır.

Diğer mesleki topluluklardan önemli ölçüde ayrılan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, üyelerinin menfaatini korumakla yetinmez ve mesleğin düzgün ve kamu yararına uygun bir şekilde yerine getirilmesini sağlamakla kamusal bir sorumluluğu üstlenir³⁵. Ayrıca Anayasadaki tanımda geçen “mesleğin genel menfaatlerine uygun olarak” ve “halk ile olan ilişkilerinde” ibareleri kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının ilgi alanlarının tüm toplumu kapsadığı şeklinde yorumların ortaya çıkmasına yol açmıştır³⁶. Bu doğrultuda baroların objektif ehliyeti konusunda sorun bulunmazken, subjektif ehliyeti yönünden hangi durumlarda menfaatinin ihlal edildiği, üyelerini veya tüzel kişiliğini doğrudan ilgilendirmeyen konularda menfaatin kişiselliğinin kabul edilip edilmemesi hususunda doktrinde ve yargı kararlarında istikrar sağlanamamıştır. Bu nedenle öncelikle bu soruna neden olan mevzuattaki baroların görev tanımının geçirdiği değişiklik süreci ele alınacaktır.

B. BAROLARIN GÖREV TANIMI

Türk hukukunda avukatlığın ve baroların Osmanlı Devleti’nde izlerine rastlanmakla birlikte çağdaş anlamda ortaya çıkışlarının Cumhuriyet Dönemi’ne dayandığı söylenebilir. 3 Nisan 1924 tarihli 460 sayılı, 17 maddeden oluşan Muhamat Kanunu, Türkiye’de avukatlığı düzenleyen ilk ciddi yasa olarak kabul edilmektedir. Bu yasa “baro” ve “avukat” kavramlarını kullanmasıyla önemini de ortaya koymaktadır³⁷. Türkiye’de avukatların bir araya gelerek oluşturdukları

³⁵ Zehreddin Aslan, “Meslek Kuruluşlarına Zorunlu Üyeliğin Üzerine Hukuki Bir Değerlendirme”, *DE-ÜHFD*, C. 15, Özel Sayı, (2013): 1237.

³⁶ İbrahim Özdemir, *Meslek Kuruluşlarının Kamu Kurumu Niteliği*, (Ankara: Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Yayını, 2004), 60.

³⁷ Vedat Ahsen Coşar, “Avukatlık Mesleği ve Baroların Tarihsel Gelişimi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 76, S. 4, (2018): 239-240; Umut Karabulut, “Muhâmât Kanunu: Türkiye’de Avukatlık Kurumunun Düzenlenmesi ve İstanbul Barosunda Yaşanan Tasfiyeler”, *Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi*, XIII/27, (2013): 98. Osman Korkut Kanadoğlu, “Barolar ve Avukatların Meslek Özgürlükleri”, *TBB Dergisi* (146), (2020): 79. “Muhamat Kanunu ÜÇÜNCÜ MADDE - Bir mahalde icrayı muhamat edenlerin adedi ona baliğ olduğu takdirde aralarında bir heyet teşkil etmeleri mecburi olup bu heyete «Baro» itlak olunur. Baro teşekkül eden yerlerde herhangi baroya dahil olmıyanlar ifayı muhamattan ve mehakimde onları kabulden memnudur.” Bu kanunda baro kelimesi geçmesine rağmen avukat yerine muhami kelimesine yer verilmiştir. “BİRİNCİ MADDE - Bilûmum mesaili hukukiyede eshabı müracaata şifahi veya tahriri itayi rey ve müstediyyat ve lewaydı ve her nevi evrak tanzim ve mahkemeler ve hakemler ve bilcümle daire ve meclisler huzurunda eşhası hukukiye ve hükmiyeye ait hukuku bilvekâle takip ve dâva ve müdafaâ etmeği meslek ittihaz edenlere muhami denir.” 06.01.1926’da 708 sayılı Muhamat Kanununun Bazı Mevaddını Muaddil Kanun ile değişiklik gerçekleştirilmiş ve avukatlık kelimesi kullanılmıştır. “BİRİNCİ MADDE - 3 nisan 1340 tarihli muhamat kanununda mevcut « muhamat » kelimeleri « avukatlık » suretinde ve « muhami » kelimeleri « avukat » suretinde tadil olunmuştur.” TBMM Kanun ve Karar Bilgi Sistemi, <https://mevzuat.tbmm>.

rı meslek kuruluşlarına önceden “muhâmiler cemiyeti”, “avukatlar cemiyeti”, “dava vekilleri cemiyeti”, “dava mümeyyizleri cemiyeti”, “heyet-i vükelâ-yı deâvi” gibi isimler verilmiştir. 1924’te ise Muhamat Kanunu’nda bu mesleki kuruluşların tamamına “baro” adı verilmiştir³⁸.

Muhamat Kanunu’nun zamanla yetersiz kaldığının anlaşılmasıyla 27.06.1938 tarih ve 3499 sayılı Avukatlık Kanunu yürürlüğe konulmuştur. 3499 sayılı Avukatlık Kanunu m.73/A’ya göre barolar “*avukatlık vakar ve haysiyetinin muhafazasına, mesleğin adaleti gayelerine uygun olarak sadakat ve şerefle icrasına nezaret etmek*” üzere çeşitli görevlerle donatılmıştır. Bu kanunda baroların görevinin avukatlık mesleğinin gelişmesi, korunması, mesleğin iç işleyişine yönelik düzenlemelerle sınırlı olduğu söylenebilir³⁹. Avukatlığı amme hizmeti kabul eden 3499 sayılı yasa da zamanla yerini 19.03.1969 tarih ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’na bırakmıştır. Pek çok değişikliğe uğramasına rağmen 1136 sayılı Avukatlık Kanunu halen yürürlüktedir. Türkiye Barolar Birliği’nin kurulması da 1969 tarihinde yürürlüğe giren 1136 sayılı Avukatlık Kanunu ile mümkün olmuştur. Fransa’da Ulusal Barolar Birliği’nin (Conseil national des barreaux) 31 Aralık 1990 tarih ve 90-1259 sayılı Kanun’la oluşturulması ve 1992’de göreve başlaması göz önüne alındığında Türkiye’nin oldukça önce harekete geçtiği ifade edilebilir⁴⁰.

1136 sayılı Kanun m.76’nın ilk halinde “*Barolar, bu kanunda yazılı esaslar uyarınca meslek hizmetleri görmek, mesleki ahlak ve dayanışmayı korumak, avukatlığın genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak amacıyla kurulan tüzel kişiliğe sahip kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır. Barolar, kanunda belirtilenler dışında herhangi bir işle ve siyasetle uğraşamazlar*”

gov.tr/, 29.12.2022. Türkiye’de savunma mesleğini gereği gibi düzenleyen ilk metin 13 Ocak 1876 tarihli Mehâkim-i Nizâmiye Dava Vekilleri Nizamnâmesi’dir. Osmanlı Barosu ortaya çıkmadan önce yabancılardan kurduğu Konstantinopolis Barosu (Barreau de Constantinople) faaliyet göstermiştir. Osman Kuntman, “Türkiye’de Avukatlık Mesleğinin, İstanbul Barosu’nun Tarihçesi ve Yabancılardan Kurduğu Baro”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 62, S. 4-5-6, (1988): 263; Tugay Aydın, “Türkiye’de Avukatlığın Tarihi ve İlk Kurulan Barolar Hakkında”, *Adalet Dergisi* (71), (2023): 505.

³⁸ Tugay Aydın, 504.

³⁹ Felemez Güneş, “Danıştay Kararları Işığında Baroların Subjektif Dava Ehliyeti”, *Legal Hukuk Dergisi*, C. 14, S. 166, (2016): 5535-5536.

⁴⁰ <https://www.cnb.avocat.fr/les-missions-du-conseil-national-des-barreaux>, 20.05.2024. Fransa’da Ulusal Barolar Birliği tüzel kişiliği haiz ve kamuya yararlı kuruluşlar sınıfındadır. Ulusal Barolar Birliği’nin en temel görevi avukatlık mesleğini en üst düzeyde temsil etmektir. Ural Aküzüm, *İçtihat ve Mukayeseli Hukuk Çerçevesinde Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları*, (İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020), 50. Fransa’da bizdeki gibi Avukatlık Kanunu adı altında bir kanun bulunmamaktadır. Avukatlık mesleğini düzenleyen temel mevzuat “Bazı adli ve hukuki mesleklerin yeniden düzenlenmesine ilişkin 31 Aralık 1971 tarihli ve 71-1130 sayılı Kanun”dur. Bu kanunun yanında “Avukatlık mesleğini düzenleyen 27 Aralık 1991 Tarihli ve 91-1197 Sayılı Kararname”, “Avukatlık mesleğinin etik kurallarına ilişkin 12 Temmuz 2005 Tarihli ve 2005-790 Sayılı Kararname”, “Avukatlık Mesleğine İlişkin Ulusal İç Tüzük 2005-003 Sayılı Normatif Karar” gibi avukatlık mesleğine ilişkin düzenlemeler de yer almaktadır. Ali Yılmaz/Bedia Aysegül Tansen/Burcu Alkış/Fahri Gökçen Taner, *Fransız Avukatlık Sisteminin İncelenmesi Projesi Sonuç Raporu-Fransız Avukatlık Kanunu ve İlgili Düzenlemelerin Tercümesi*, (Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2015), 45-46, 85 vd.

ifadeleri yer almıştır. Bu madde 2001 yılında çalışmamızın temel parametresini oluşturacak bir değişikliğe uğramıştır. Yeni şekliyle barolar “... avukatlık mesleğini geliştirmek, meslek mensuplarının birbirleri ve iş sahipleri ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak; meslek düzenini, ahlâkını, saygınlığını, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak, avukatların ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla tüm çalışmalarını yürüten, tüzel kişiliği bulunan, çalışmalarını demokratik ilkelere göre sürdüren kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır”. Bu maddeye eklenen hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını korumak, savunmak görevleri baro yönetim kurulunu düzenleyen 95. maddede ve Türkiye Barolar Birliğinin görevlerini düzenleyen 110. maddede “Hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak ve korumak, bu kavramlara işlerlik kazandırmak” şeklinde yer almıştır.

Avukatlık Kanunu’ndaki değişiklikler, Avukatlık Kanunu’nun yalnız bir meslek mensubunun hak ve görevleriyle ilgili değil devletin siyasi ve sosyal yetkinliği bakımından temel kanun olduğunu, devletin en önemli hizmetlerinden birinin adalet dağıtmak olduğunu, adalet dağıtmanın bir ölçü meselesi olduğu ve bu ölçünün tutturulmasında avukatların ve baroların önemli bir yer işgal ettiğini göstermektedir. Avrupalı baro ve hukuk birliklerinin Avrupa’daki resmi temsilcisi konumunda bulunan Avrupa Barolar ve Hukuk Birlikleri Konseyi tarafından 2006 tarihinde kabul edilen “Avrupa’da Avukatlık Mesleğine İlişkin Temel İlkeler Tüzüğü”nde (*Charter of Core Principles of the European Legal Profession*)” hukukun üstünlüğüne saygı esasına dayalı olarak kurulmuş bulunan bir toplumda avukatlığın özel bir role sahip olduğu, tüm avukatlar için hukukun üstünlüğüne ve yargının adil yönetimine saygının temel bir ilke olduğu belirtilmiştir⁴¹. Bu açıdan hukukun üstünlüğünü sağlayarak hukukun gelişimine katkıda bulunmanın avukatlara ve barolara verilen evrensel bir görev olduğu ifade edilebilir.

1136 sayılı Kanun’un bazı maddelerinin değiştirilmesi ve bazı maddeler eklenmesine yönelik kanun tasarısı görüşülürken bir milletvekilinin sarf ettiği sözlerle, barolara ve Barolar Birliği’ne geçmişten günümüze avukatlık mesleğinin tarihsel gelişimi de dikkate alındığında hiç taşımadığı bir görevle donatıldığı belirtilmiş ve bu görevin insan haklarını ve hukukun üstünlüğünün korunması için gereken önlemlerin alınmasını içerdiği ifade edilmiştir. Bu görevin reform niteliğinde olduğu ve hukuk dünyasına damga vuracak önemli bir yenilik içerdiği, insan haklarının ihlal edildiği her durumda baroların müdahale hakkı bulunduğu belirtilmiştir⁴².

Avukatlık Kanunu’nun barolara ve Türkiye Barolar Birliği’ne yüklediği görevler, tanıdığı hak ve yetkilerle bu kuruluşların toplum ve devlet için önemi göz

⁴¹ Atilla Özen, Avukatlık Hukuku, 124-130. <https://www.ccbe.eu/>, 28.05.2024.

⁴² TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 21, Cilt: 62, Birleşim: 94, 05.01.2001, 132-133, <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/>, 30.12.2022.

ardı edilemez. Hukuk devletinin olmazsa olmaz koşulu olan “bağımsız yargı”, yargının olmazsa olmaz koşulu olan “savunma” ile anlam kazanır. Savunmanın aracı olan avukatlar ve avukatların meslek örgütü olan barolar adaletin tesis edilmesinde etkin bir rol oynamaktadır⁴³. Bu nedenle söz konusu değişiklik baroların menfaat ilişkisinin kapsamını genişletmiş, baroları diğer meslek kuruluşlarından farklı bir konuma getirmiş, Danıştay içtihatlarını da değiştirmiştir⁴⁴.

C. KİŞİSEL MENFAAT UNSURU AÇISINDAN BAROLARIN DURUMU

Bu çalışmada iptal davaları açısından baroların subjektif dava ehliyeti özellikle menfaat ihlali koşulunun kişisellik unsuru yönüyle ele alınmaktadır. İptal davasını açan gerçek veya tüzel kişi, iptal davasının amacı göz önünde bulundurulduğunda klasik anlamdaki davacıdan farklı olarak nitelendirilmelidir. Zira iptal davasında davacı kendi çıkarını korumanın ötesinde hukuka aykırı işlemi ortadan kaldırmayı amaçlar. Danıştay’ın kararlarında da belirtildiği üzere, gerçek veya tüzel kişilerin menfaatlerinin ihlali sebebiyle iptal davası açmaları idarenin hukuka uygunluğunun yargısal denetimle gerçekleştirilmesine ve hukuk devletinin gereklerinin yerine getirilmesine hizmet edeceği açıktır. Bu açıdan bakıldığında iptal davasının davacısının diğer davaların davacısından farklı misyonlar üstlenmesi sebebiyle aynı kefeye konulamayacağı belirtilmelidir. Bir idari faaliyetten dava açacak kadar etkilenip idareyle muhatap olanlar, bir başka ifadeyle menfaat bağlantısını kuran gerçek ve tüzel kişiler iptal davası açabileceklerdir.

Kişisel menfaat ihlaline ilişkin Danıştay kararlarına bakıldığında, dava konusu edilen hususların özelliğine göre farklılıklar arz ettiği gözlemlenmektedir. Bu nedenle Danıştay’ın baroların kişisel menfaat ihlali ile ilgili kararları da hesaba katıldığında üç başlık altında bir inceleme yapılabilecektir⁴⁵.

1. Baroların Doğrudan Tüzel Kişiliğini İlgilendiren İşlemler

Baro tüzel kişiliğini ilgilendiren idari işlemlere karşı baroların menfaatinin bulunduğu ve iptal davası açabilmesinde ikilem bulunmamaktadır. Danıştay’ın baroların tüzel kişiliğini ilgilendiren idari işlemlere karşı açtığı iptal davasında menfaatinin bulunduğunu kabul ettiği kararların istikrar kazandığı söylenmelidir. Türkiye Barolar Birliği’nin Avukatlık Kanunu Yönetmeliği’nin bir maddesindeki ibarenin iptali isteminde⁴⁶, avukatlık stajı ile ilgili işlemlerde⁴⁷,

⁴³ AYM, 15.10.2009, E. 2007/16, K. 2009/147 (Legalbank).

⁴⁴ Güneş, “Danıştay Kararları Işığında Baroların Subjektif Dava Ehliyeti”, 5537.

⁴⁵ Bu üçlü sınıflandırma yapılırken Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 510’daki toplulukların sınıflandırılmasından ve Halil Yolal, *Danıştay Kararları Işığında İptal Davalarında Dava Açma Ehliyeti*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 128-133’ten yararlanmıştıdır.

⁴⁶ Danıştay 8. D, 16.07.2013, E. 2012/11333, K. YD. (Legalbank).

⁴⁷ Danıştay 8. D, 06.04.2007, E. 2006/1591, K. 2007/ 1945, (Legalbank).

avukatlık asgari ücret tarifesi ile ilgili işlemlerde⁴⁸, vekalet pulu ve baro pulu ile ilgili işlemlerde⁴⁹ vb. işlemlerde baroların açtığı davalarda menfaat ihlaline ilişkin bir sorun görülmemiştir. Nitekim baro tüzel kişiliğini etkilemeyen işlemlere karşı açılan davalar ehliyet yönünden reddedilmektedir⁵⁰.

2. Üyelerinin Ortak Menfaatini İlgilendiren İşlemler

1136 sayılı Kanun m.76'da barolar, avukatların ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla çalışmalar yürüten bir meslek kuruluşu şeklinde tanımlanmıştır. Aynı Kanun'da bütün baroların katılımıyla oluşan Türkiye Barolar Birliği'nin görevleri arasında baro mensuplarının genel menfaatlerini ve mesleğin ahlak, düzen ve geleneklerini korumak sayılmıştır. Kuruluş amaçlarından ve temel görevlerinden biri üyelerinin ortak menfaatini korumak olan baroların, üyelerinin ortak menfaatini ilgilendiren işlemlere karşı iptal davası açmasında menfaat ihlali ile ilgili bir sorunla karşılaşmayacağı ifade edilmelidir. Nitekim 2003 yılında tüm avukatları ilgilendiren avukatlık sınav yönetmeliğinin hükümlerinin iptal edilmesine yönelik ... barosunun açtığı davada⁵¹, bir avukatın bankadaki işlemi için avukat kimliğini göstermesine rağmen bankanın avukat kimliğinin geçersiz olduğunu belirterek işlem yapmaması üzerine, avukatlık kimliklerinin kimlik tespitine esas belge olarak kabul edilmeyeceğine ilişkin Türkiye Bankalar Birliğinin işleminin iptali istemiyle ... barosunun açtığı davada⁵² baroların menfaati yönünden bir tartışma yapılmamıştır. Son örnekte bir avukatın, bir bankada işlem yapmak istemesi üzerine avukat kimlik belgesinin geçersiz olduğu belirtilerek işlem yapılmadığı, avukatın bu durumu davacı baroya bildirmesi üzerine davacı baro tarafından bankaya yapılan yazılı başvuru neticesinde, banka tarafından anılan yönetmelik hükmü ve Mali Suçları Araştırma Kurulu kararının gerekçe gösterilerek başvurunun reddedildiği ve bunun üzerine Avukatlık kimliklerinin kimlik tespitine esas belge olarak kabul edilmeyeceğine ilişkin Türkiye Bankalar Birliğinin 17.05.2004 günlü ve 2512 sayılı işlemi ile bu işlemin dayanağı olan Kararın Aklanmasının Önlenmesine Dair 4208 Sayılı Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 6. maddesinin (a) bendinin, Avukatlık Kanununa aykırı olduğu öne sürülerek iptali istemiyle baro tarafından dava açılmıştır. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu olan Türkiye Barolar Birliğince üyelerine verilen avukat kimliğinin resmi niteliğe sahip olduğunda ve meslek mensubunu tanıtmaya açısından yurt çapında geçerli olduğunda kuşku bulunmadığını, bununla beraber, avukat kimliğinin ayırt edici özellikleri hakkında

⁴⁸ Danıştay 8. D, 06.12.2006, E. 2006/76, K. 2006/4896, (Legalbank).

⁴⁹ DİDDK, 15.02.2007, E. 2004/2537, K. 2007/85, (Legalbank).

⁵⁰ Karaman ilinde meydana gelen bir olayda diğer illerden toplantı ve gösteri yürüyüşü için gelenlerin girişinin yasaklanması işlemine karşı baronun tüzel kişiliğinin hak ve menfaatlerini etkilemediği gerekçesiyle dava "ehliyet" yönünden reddedilmiştir. DİDDK, 20.09.2021, E. 2020/ 2935, K. 2021/1483, (Legalbank).

⁵¹ Danıştay 8. D, 08.04.2003, E. 2002/372, K. 2003/1604, (Legalbank).

⁵² Danıştay 8. D, 12.11.2014, E. 2012/8936, K. 2014/8588, (Legalbank).

sadece bir meslek grubunun ve ilişkili olduğu kişilerin yeterli bilgiye sahip olduğu ve nüfus cüzdanı ve sürücü belgesi gibi yaygın kullanımının olmadığı açık olduğunu, bu nedenle, avukatlık kimliklerinin karaparanın önlenmesinde esas alınacak belgeler içinde yer almamasında kamu hizmeti gereklerine ve hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçelerine dayanılarak dava reddedilmiştir. Davada hakkında işlem yapılan avukatın dava açması gerektiği veya davacı baronun menfaatinin bulunmadığı gibi bir değerlendirmeye yer verilmemiştir. Zira baroların kuruluş amacı üyelerinin ortak menfaatini gerçekleştirmek olduğundan bu yöndeki işlemlere karşı açılan davalarda ehliyet yönünden sorun bulunmayacaktır.

3. Baro Tüzel Kişiliğini ve Üyelerinin Ortak Menfaatini Doğrudan İlgilendirmeyen İşlemler

Baroların ve Türkiye Barolar Birliği'nin kendi tüzel kişiliklerini ve üyelerinin ortak menfaatini ilgilendiren işlemlere karşı iptal davası açmasında menfaat ihlali yönünden bir sorunla karşılaşmamaktadır. Nitekim bu durumda barolar ile diğer menfaat grupları açısından bir farklılık bulunmamaktadır. Ancak Anayasa'da ve Avukatlık Kanunu'nda düzenlenen hükümler, barolara hukukun üstünlüğü ve insan haklarını koruma ödevinin verilmesi, baroların tüzel kişiliğini ve üyelerinin ortak menfaatini doğrudan ilgilendirmeyen işlemlere karşı da menfaatlerinin ihlal edildiği gerekçesiyle sıklıkla iptal davası yoluna başvurmalarına zemin hazırlamıştır. Danıştay'ın da bu konuda açılan iptal davalarına yönelik menfaat ihlali yönünden zaman zaman farklı yaklaşımlar benimsediği görülmektedir.

Avukatlık Kanunu'nun ilk halinde baroların amacı, avukatlığın genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak olarak ifade edilmişti. 2001 yılındaki değişiklikle bu amaca ilave olarak hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak, bu kavramlara işlerlik kazandırmak gibi amaçların da eklenmesiyle avukatlık mesleğini ilgilendiren konular haricinde de baroların menfaat ihlallerinin söz konusu olup olmayacağı sorunu gündeme gelmiştir. İptal davasında davacının rolünün, hukuka aykırı işlemleri ortadan kaldırmak suretiyle, idarenin hukuka bağlılığını sağlamak ve böylece hukuk düzenini korumaktan ibaret olduğu dikkate alındığında, iptal davası-hukuk devleti ve baroların hukukun üstünlüğünü koruma görevi arasındaki üçlü ilişki, oldukça berrak bir şekilde ortaya çıkmaktadır⁵³.

Ankara Barosu tarafından 2011 yılında 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda Yapılmasını Önerdiği Değişikliklere İlişkin Taslak Çalışmasında barolara hukukun üstünlüğü ve insan haklarını savunmak ve korumak yetkilerinin verilmesine ek olarak 76. maddeye “*Barolar, birinci fıkrada yazılı konularda dava açmak, açılan hukuk davalarına davacının veya davalının, ceza davalarına Cumhuriyet Başsavcılığının yanında katılmak yetkisine sahiptirler*” düzenlemesinin eklenme-

⁵³ Kent, Çevre ve İnsan Haklarında Baroların Dava Ehliyetine Dair İzmir Barosu Raporu, <https://www.izmirbarosu.org.tr/YayinDetay/52/barolarin-dava-ehliyeti-raporu>, 5.

si istenilmiştir⁵⁴. Görüldüğü üzere barolar, hukukun üstünlüğü ve insan haklarının korunması konularında dava açmalarının önünde engel kalmasını istememektedirler. Nitekim 2001 yılında yapılan değişikliklerle barolara verilen hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak, korumak ve bu kavramlara işlerlik kazandırmak görev ve yetkisinin, baroların tarihsel süreçte kendilerini konumlandıkları yerin yasa koyucu tarafından tanınmasından ibaret olduğu ifade edilmektedir⁵⁵.

a. Kişisel Menfaat Unsurunun Geniş Yorumlandığı ve Baroların Menfaatlerinin İhlal Edildiğine Hükmedilen Kararlar

Danıştay'ın 2001 değişikliğinden sonra verdiği kararlarda baroların menfaat ihlalini geniş yorumladığı görülmekle birlikte⁵⁶ 2011 yılından sonra dar yorumlamaya yönelmesi, idari yargı mercilerinin baroların menfaat ihlaliyle ilgili istikrarlı kararlar vermemesi, önüne gelen somut olaya ve duruma göre değişen kararlar vermesi tartışmaların devam etmesine yol açmaktadır. Bu kapsamda çevreyle ilgili; Çevresel Etki Değerlendirmesi (ÇED) Yönetmeliğindeki bazı hükümlerin iptaline yönelik davada⁵⁷, otoyol projesinin yeni düzenleme gerekçe gösterilerek ÇED sürecinden muaf tutulması yönünde tesis edilen işlemin iptali davasında⁵⁸,

⁵⁴ Ankara Barosu'nun 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu'nda Yapılmasını Önerdiği Değişikliklere İlişkin Taslak Çalışma, 13, <https://ankarabarusu.org.tr/eyayin/kategori/3>, 22.07.2023.

⁵⁵ Atilla Özen, 2021, "Baroların Nitelikleri ve Toplumsal Olaylarda Dava Açma Yetkileri", <https://www.hukukihaber.net/barolarin-nitelikleri-ve-toplumsal-olaylarda-dava-acma-yetkileri>, 22.07.2023.

⁵⁶ Bu süreçte de istisna olmakla birlikte Danıştay'ın baroların menfaat ihlali koşulunu dar yorumladığı kararlarına rastlamak da mümkündür. Akyılmaz/Sezginer/Kaya, *İdari Yargılama Hukuku*, 300; Güneş, "Danıştay Kararları Işığında Baroların Subjektif Dava Ehliyeti", 5540; Danıştay 5. D, 19.09.2006, E. 2006/5136, K. 2006/4140, (Legalbank).

⁵⁷ DİDDK, 25.12.2013, E. 2011/2420, K. 2013/4687 (Legalbank). Aynı yönde karar için bkz. DİDDK, 25.02.2016, E. 2015/3616, K. 2016/449 (Lexpera).

⁵⁸ Danıştay 14. Dairesi (15.07.2011, E. 2011/13296, K. 2011/450) "*Danıştay kararlarında, çevre, tarih ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını ilgilendiren konularda dava açma ehliyeti geniş yorumlanarak, özellikle yörede ikamet eden vatandaşların da dava açma ehliyetlerinin bulunduğu kabul edildiği görülmekte ise de, çevreyi geliştirmeyi, çevre sağlığını korumayı, çevre kirliliğini önlemeyi Devlete bir ödev olarak veren, ayrıca herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğunu belirten Anayasa'nın 56. maddesine dayanılarak, yaşadığı çevre ile ilgili işlemler nedeniyle, Anayasal hakkı ihlal edilen kişilerce açılan söz konusu davaların, bu dava için emsal oluşturmayacağı; ayrıca, odalar gibi kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, kendi görev alanlarını ilgilendiren, bu bağlamda çevre, imar planı gibi konularda dava açma ehliyetine sahip olmalarının, kuruluş kanunlarında yer alan ve görev alanları ile ilgili konularda dava açmalarına olanak veren düzenlemelere dayandığı; barolar ile ilgili mevzuatta benzer bir düzenleme bulunmadığından, söz konusu meslek kuruluşları tarafından açılan davaların da, bu davaya örnek teşkil etmesinin hukuken olanaklı görülmediği; dolayısıyla, baroların yukarıda yer verilen kuruluş amaçları dikkate alındığında, dava konusu işlemlerin baroların meşru, kişisel ve öncel bir menfaatini etkilemediği" gerekçesiyle davayı ehliyet yönünde reddetmiş, DİDDK ise "Barolar, yargılama faaliyetinde bulunan avukatların bağlı olduğu meslek kuruluşu sıfatı ile, mesleki çalışmalarının yanında hukukun üstünlüğünü korumak ve savunmakla da yükümlü olduklarından, İzmir Barosu Başkanlığının, yargı kararının uygulanmadığını öne sürerek dava konusu işlemlerin iptali istemiyle açacağı davada menfaat ilgisinin olduğunun kabulü gerektiğinden, davanın ehliyet yönünden reddine ilişkin Daire kararında hukuki isabet görülmemiştir" ifadelerine yer vererek kararı bozmuştur. DİDDK, 25.12.2013, E. 2011/2123, K. 2013/4686, (Kazancı).*

çevreye ve insan sağlığına zarar vereceği düşünülen işletmenin ruhsatının iptali davasında⁵⁹, bir madencilik şirketi tarafından siyanür liçi yöntemiyle altın çıkarılması amacıyla kurulan işletmenin faaliyetine izin verilmesine ilişkin Bakanlar Kurulu prensip kararının iptali davasında⁶⁰, bir taşınmazın, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun geçici 4. maddesi uyarınca tarım dışı kullanımının uygun bulunmasına ilişkin valilik işleminin iptali davasında⁶¹ davacı baronun menfaat ihlalinin gerçekleştiği kabul edilmiştir. Baroların çevreyle ilgili açtıkları davalarda menfaat ihlallerinin kabul edilmesinin gerekçesi olarak hem Anayasa m.56 hem de Çevre Kanunu m.3'te çevrenin korunmasının herkes için bir ödev olarak düzenlendiği, baroların da bu herkes kavramı içine dahil olduğu ifade edilmektedir. Bu çerçevede, baroların çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi konularda ve yargı kararlarının uygulanmaması gibi kamu yararını ilgilendiren durumlarda kişisel menfaatlerinin ihlal edildiğinin kabul edilmesi gerekmektedir⁶². Zira Ayasofya Camiinin müzeye dönüştürülmesine ilişkin 24.11.1934 tarih ve 2/1589 sayılı Bakanlar Kurulu kararının iptali istemiyle Sürekli Vakıflar, Tarihi Eserlere ve Çevreye Hizmet Derneği'nin açtığı iptal davasında; "*insanlığın ortak kültür mirası olarak kabul edilen Ayasofya'nın kullanım tarzının da, gerçek ve tüzel kişilerin bütününe ilgilendirdiği açık olup; Ayasofya ile ilgili olarak tesis edilen idari işlemlerin, bütün gerçek ve tüzel kişilerle menfaat ilgisi bulunduğu ve iptal davasına konu edilebileceğinin kabulü gerekir*" ifadelerine yer verilmesi aslında çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunmasında gerçek ve tüzel bütün kişilerle menfaat ilgisi bulunduğu kabulü gerektiğini göstermektedir⁶³.

Ancak son zamanlarda verilen kararlarda kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, kendi görev alanlarını ilgilendiren, bu bağlamda çevre, imar planı gibi konularda dava açma ehliyetine sahip olmaları, kuruluş kanunlarında yer alan ve görev alanları ile ilgili konularda dava açmalarına olanak veren düzenlemelere dayanmakta olduğu ve barolarla ilgili mevzuatta böyle bir düzenlemenin

⁵⁹ DİDDK, 14.09.2001, E. 2001/176, K. 2001/624, (Legalbank).

⁶⁰ "... hukukun üstünlüğünü savunmak ve korumakla görevi bulunan Baronun, yargı kararının uygulanmadığı ve çevre sorunlarına yol açtığını öne sürdüğü Bakanlar Kurulunca alınan prensip kararı ile menfaat ilgisinin bulunduğu açık olması nedeniyle, bakılmakta olan davayı açmakta ehliyeti bulunduğundan, aksi yöndeki temyize konu kararda isabet görülmemiştir." DİDDK, 07.10.2004, E. 2004/2163, 2004/788, (Lexpera).

⁶¹ Danıştay 10. D, 20.11.2012, E. 2012/703, K. 2012/5849, Aktaran, Süheyla Suzan Gökalp Alica, "Çevrenin Korunmasına İlişkin İptal Davalarında Kişisel Menfaat Kavramı", *TBB Dergisi* (139), (2018): 184.

⁶² Gökalp Alica, 185; Boz, 912-914. Tufan Erhürman, "Çevre Davalarında 'Menfaat İhlali': Danıştay ve KKTC Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme", *AÜHFD*, C. 60, S. 3, (2011): 453.

⁶³ Davacı baro olmasa da kararda yer verilen ifadeler bütün gerçek ve tüzel kişileri ilgilendirdiğinden önem arz etmektedir. Danıştay 10. D, 31.03.2008, E. 2005/127, K. 2008/1858, KT, Aktaran, Akyılmaz/Sezginer/Kaya, 290.

yer almadığı, dolayısıyla baroların bu konularda menfaat ilişkisinin kabul edilemeyeceği hüküm altına alınmaktadır⁶⁴. Bu gerekçeyle baroların çevre, imar planı gibi konularda menfaat ilişkisinin kurulamayacağı kabulü baroların amacını ve kapsamını oldukça daraltmakta, sadece avukatların menfaatiyle ilgilenilmesi gereken bir meslek kuruluşu haline getirmektedir.

Eğitimle ilgili; Sağlık Bakanlığı Meslek Liseleri Ödül ve Disiplin Yönetmeliği hükmünün iptaline yönelik davada⁶⁵, Yükseköğretime girişte yerleştirme puanlarının hesaplanmasında uygulanacak katsayı sisteminin kaldırılmasına yönelik davada⁶⁶, Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi (ÖSYM)'nin sınav binalarına giriş koşullarında parmak izi, retina tarama gibi önlemler alabilmesine olanak tanıyan Adayların ve Sınav Görevlilerinin Sınav Binalarına Giriş Koşullarına İlişkin Yönetmeliğin ilgili maddelerinin iptali davasında⁶⁷, 2014 Yükseköğretime Geçiş Sınavı'nda (YGS) sorulacak soruların %20'sinin yayımlanmasına ilişkin ÖSYM Yönetim Kurulu kararının iptali davasında⁶⁸, Milli Eğitim Bakanlığı'nın "Asılsız Soykırım İddialarıyla Mücadele" kapsamında yayımladığı 14.4.2003 gün ve 2003/23 sayılı Genelge'nin iptali istemiyle açılan davada⁶⁹, 08/10/2013 günlü, 28789 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Milli Eğitim Bakanlığı İlköğretim Kurumları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 1. maddesinin iptali istemiyle açılan davada⁷⁰ davacı baronun menfaat ihlalinin gerçekleştiği kabul edilmiştir. Eğitimle ilgili barolar tarafından açılan iptal davasında menfaat ihlalinin gerçekleştiğinin kabulünün dava konusu işlemlerin genel kamu yararı ve yargı kararlarının uygulanmaması gerekçelerine dayandığı görülmektedir. Dava konusu işlemlerin hukuki niteliği ile hukukun üstünlüğünü korumakla görev-

⁶⁴ DİDDK, 01.02.2023, E. 2022/3613, K. 2023/117, (Lexpera). Aynı yönde kararlar için bkz. Danıştay 6. D, 26.05.2022, E. 2018/4425, K. 2022/6253 (Lexpera).

⁶⁵ Kamuoyunda "Sağlık Meslek Liselerinde bekaret kontrolünün yolunu açan düzenleme" şeklinde anılmaktadır. Dava, Sağlık Bakanlığı Meslek Liseleri Ödül ve Disiplin Yönetmeliği'nin 41/d maddesindeki "Fuhuş yapmak ya da cinsel ilişkiye girmiş olduğu tespit edilmiş olmak" hükmü ile 46. maddesinde yer alan "Uyarma, kınama ve mahrumiyet cezalarına itirazda bulunulamaz" hükmünün iptali istemiyle açılmıştır. DİDDK ise "hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmakla görevli bulunan baronun, dava konusu Yönetmelik hükümleri ile Anayasanın eşitlik ilkesinin, kişinin dokunulmazlığı ilkesinin özel hayatın gizliliği ilkesinin kanunsuz suç ve ceza olmayacağı ilkesinin temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği ilkesinin ihlal edildiğini, öğrenim özgürlüğünün engellendiğini öne sürerek bakılan davayı açtığı göz önünde bulundurulduğunda iptalini istediği yönetmelik hükümleri ile menfaat ilgisinin bulunduğunun açık olduğu"na hükmetmiştir. DİDDK, 07.04.2005, E. 2003/417, K. 2005/234, (Legalbank).

⁶⁶ Danıştay 8. D, 27.01.2010, E. 2010/2, K. YD. (Legalbank).

⁶⁷ DİDDK, 06.03.2014, E. 2013/819, (Kazancı).

⁶⁸ Danıştay 5. D, 30.04.2015, E. 2014/8893, K. 2015/3715, (Legalbank).

⁶⁹ DİDDK, 16.05.2007, E. 2004/2274, K. 2007/921 (uyap.gov.tr).

⁷⁰ DİDDK, 25.02.2016, E. 2014/3985, K. 2016/451 (Lexpera). Aynı davaya benzeyen Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Okul Öğrencilerinin Kılık ve Kıyafetlerine Dair Yönetmelik'in iptali istemiyle açılan davada ise davacı baronun söz konusu Yönetmelik karşısında menfaat ilişkisi bulunmadığı gerekçesiyle davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmesi ise oldukça şaşırtıcıdır. DİDDK, 18.02.2015, E. 2013/1758, K. 2015/436 (Lexpera).

li baroların işlevleri birlikte değerlendirildiğinde baroların dava konusu işlemlerle arasında menfaat ilgisinin kurulması gerektiği belirtilmelidir.

Çeşitli konularda; Diyanet İşleri Başkanlığı tarafından düzenlenen Aile İrşat ve Rehberlik Büroları Çalışma Yönergesinin iptali davasında⁷¹, Basın mensuplarının emniyet binalarına girmelerinin yasaklanmasına ilişkin olarak Valiliklere gönderilen Emniyet Genel Müdürlüğü'nün "Basına Bilgi ve Demeç Verme" konulu 22/12/2013 günlü, 555-198125 sayılı Genelge'sinin iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada⁷² baroların menfaatlerinin ihlal edildiği kabul edilmiştir. "Basına Bilgi ve Demeç Verme" konulu Genelge'nin iptali davasında söz konusu Genelge ile anayasal bir temel hak olan ifade özgürlüğüne ve basının bilgi ve halkın haber alma hakkına ilişkin doğrudan bir düzenleme yapıldığından, davacı baronun bu düzenlemeyi dava konusu etmekte ehliyetinin bulunduğuna karar verilmiştir. Ancak davanın temyiz edilmesi üzerine söz konusu Genelgenin avukatlık mesleği ile ilgili herhangi bir düzenleme getirmediği, tamamen basın mensuplarıyla ilgili düzenlemeleri içerdiği, bu haliyle dava konusu Genelgenin davacı baro başkanlığının tüzel kişiliğinin menfaatinin etkilemediği gerekçeleriyle davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmiştir⁷³.

Yakın zamanda "baroların dava açma yetkisiyle ilgili Danıştay'dan özlenen karar"⁷⁴ başlığıyla gündem olan Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü'nün sosyal medya üzerinden yayınladığı uçak altı bagajların güvenlik sebebi ile güvenlik birimlerince açılıp incelenebileceği, bu nedenle bagajların kilitlenmemesi, kilitli bagajların güvenlik birimlerince kilitlerinin kırılarak açılacağı ve içine not konulacağına dair düzenlemesinin iptali istemiyle açılan davada, Danıştay 2001 değişikliğinden sonra verdiği kararlarındaki gerekçelere dayanarak davacı baronun menfaatinin ihlal edildiğini kabul etmiştir. Kararda baroların menfaat ihlalini kabul eden önceki kararlarda vurgulanan hususlar tekrarlanmış, baroların mesleki bir örgütten daha fazlası olduğu, hukukun üstünlüğü ve insan haklarını savunmak ve korumak gibi bir görev üstlenmeleri sebebiyle diğer meslek örgütlerinden farklı bir yer işgal ettikleri belirtilmiştir. Danıştay kararlarının konuyu ele alırken iptal davasının hukuka aykırı işlemin ortadan kaldırılmasına yönelik genel amacına ek olarak dava konusu edilen idari işlemin niteliği, bir başka ifadeyle toplumun genelini etkileyecek nitelikte olup olmadığı, baroların görevi kapsamında değerlendirilen insan haklarını ve hukukun üstünlüğünü etkileyip etkilemediği, eşitlik, kişinin dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği, kanunsuz suç ve ceza olmayacağı gibi temel insan haklarının korunmasına yönelik ilkeleri ihlal edip etmediği, genel kamu yararına yönelik olup olmadığı ve yargı kararlarının uygulanmaması veya etkisiz bırakılması gibi hukuk devleti ilke-

⁷¹ Danıştay 10.D, 14.10.2011, E. 2011/7001, K. YD. (Legalbank).

⁷² DİDDGK, 05.03.2015, E. 2015/202, (Legalbank).

⁷³ DİDDK, 21.10.2020, E. 2020/642, K. 2020/1900, (Lexpera).

⁷⁴ <https://www.hukukihaber.net/barolarin-dava-acma-yetkisiyle-ilgili-danistaydan-ozlenen-karar>, 14.08.2023.

sini zedeleyen bir durumun söz konusu olup olmadığına dikkat çekerek menfaat bağlamını olaya özgü, ancak daha geniş çerçevede kurulduğu görülmektedir. Açılan davada, davacı tarafından hem Anayasa m.20’de hem de AİHS m.8’de düzenlenen özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiği, yapılan düzenlemenin kişi hak ve hürriyetlerini esas alan temel düzenlemelere aykırı olduğu, özel hayatın gizliliği hakkının ancak kanunla sınırlandırılabilceği, bunun temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin ana kural olduğu aynı zamanda ölçülülük ilkesine uygun bir sınırlandırma da yapılmadığı iddia edilmiştir. Danıştay bu yönüyle davanın genel kamu yararı ile ilgili olduğunun belirgin olduğunu vurgulayarak davacı Baro Başkanlığının, genel kamu yararıyla ilgili olduğu belirtilen dava konusu düzenlemeye karşı iptal davası açmasında ehliyet yönünden reddedilen kararı hukuka aykırı bulmuştur⁷⁵.

Yine yakın zamanda kısaca “İstanbul Sözleşmesi” olarak bilinen Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesinin Türkiye Cumhuriyeti bakımından feshedilmesine ilişkin 3718 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararının iptali istemiyle açılan davada, dava konusu Cumhurbaşkanlığı kararı ile ülkemiz bakımından feshedilen sözleşmenin toplumun geneline yönelik düzenlemeler içerdiğinden bahisle iç hukuka ilişkin etkileri de dikkate alındığında davacı baro da dahil olmak üzere tüm vatandaşların ve sivil toplum kuruluşlarının dava konusu Cumhurbaşkanlığı kararının iptalini istemede menfaati bulunduğu sonucuna varılmıştır⁷⁶.

En güncel olarak İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü’nün 27/04/2021 tarihli, 2021/19 sayılı, “ses ve görüntü kaydı alınması” konulu Genelgesi’nin iptali istemiyle açılan davada, dava konusu düzenlemede Emniyet Genel Müdürlüğü personelinin görevini ifa ederken ses ve görüntü alınmasına tevessül edecek davranışlara fırsat vermemeleri, eylemin veya durumun niteliğine göre kayıt yapan kişileri engellemeleri, kanuni şartları oluştuğunda da adli işlem yapmaları gerektiği yönünde talimatlandırıldıkları, bu düzenlemenin haberleşme hürriyeti, basın hürriyeti gibi temel hak ve hürriyetlere ve toplumun genelini ilgilendiren bir alana ilişkin olduğu, bu özelliği itibarıyla genel kamu yararı ile ilgili bulunduğu ve bu nedenle hukukun üstünlüğünü koruma görevi ve yükümlülüğü bulunan davacı Baro Başkanlığının dava açma ehliyeti bulunduğu karar verilmiştir⁷⁷.

Bu kararlardan anlaşılacağı üzere Danıştay’ın aslında toplumsal etkisi bulunan olaylarda baroların menfaat ilişkisinin bulunduğunu kabul ettiği söylenebilir. Toplumsal etkisi bulunan olaylarda hukuka aykırılık düşüncesi ortaya çıktığında yargı önüne götürülmeye ve toplumun yargının adalete hizmet ettiği inancını perçinlemeye ihtiyaç duyulması da Danıştay’ın baroların menfaat ilişkisinin bulunduğu kabul edildiği kararlar vermesinde tetikleyici bir rol oynayabilir. Nite-

⁷⁵ DİDDK, 23.12.2020, E. 2020/1033, K. 2020/3395, (Legalbank).

⁷⁶ Danıştay 10. D, 28.04.2022, E. 2021/1493, K. 2022/2489, (Legalbank).

⁷⁷ Danıştay 10. D, 27.12.2023, E. 2021/2739, K. 2023/9018 (Legalbank).

kim baroların menfaat ihlalinin gerçekleştiğinin kabul edildiği Danıştay kararlarında; iptal davasının hukuka aykırı işlemin ortadan kaldırılmasına yönelik genel amacına ek olarak dava konusu edilen idari işlemin niteliği, bir başka ifadeyle idari işlemin toplumun genelini etkileyecek nitelikte olup olmadığı, baroların görevi kapsamında değerlendirilen insan haklarını ve hukukun üstünlüğünü etkileyip etkilemediği, eşitlik, kişinin dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği, kanunsuz suç ve ceza olmayacağı gibi temel insan haklarının korunmasına yönelik ilkeleri ihlal edip etmediği, genel kamu yararına yönelik olup olmadığı ve yargı kararlarının uygulanmaması veya etkisiz bırakılması gibi hukuk devleti ilkesini zedeleyen bir durumun söz konusu olup olmadığı değerlendirilerek karar verilmektedir.

b. Kişisel Menfaat Unsurunun Dar Yorumlandığı ve Baroların Menfaatlerinin İhlal Edilmediğine Hükmedilen Kararlar

2011 yılından itibaren Danıştay'ın baroların menfaat ihlaliyle ilgili önceki kararlarıyla çelişecek biçimde daraltıcı bir tutum içine girdiği söylenebilir. 2010 Anayasa değişikliği sonucu Danıştay'ın yapısının da değişmesi içtihat değişikliğinin en temel sebebi olarak görülmektedir⁷⁸. Bu daraltıcı tutumdan önceki süreçte baroların menfaat ihlali değerlendirilirken hukuk devleti, hukukun üstünlüğü, genel kamu yararı, insan hakları gibi ilkelerin zedelenip zedelenmediği dikkate alınırken 2011 yılından itibaren baroların menfaat ihlali avukatlık mesleğini ilgilendirme ve avukatların ortak menfaatini koruma ilkesi çerçevesine indirgenmiştir. Bu durum baroların hukukun üstünlüğü ve insan haklarını savunmak, korumak ve bu kavramlara işlerlik kazandırmak konusunda yasal olarak yetkili kılındığı konusunda duraksama bulunmamakla birlikte, baroların hukukun üstünlüğünü savunma görevinin avukatlık mesleğinin geliştirilmesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği, baronun avukatlık mesleğini ilgilendirmeyen ve avukatların ortak menfaatlerini koruma amacı dışında kalan işlemleri dava konusu etmesi durumunda, bu davaların subjektif ehliyet koşulunun bulunmaması nedeniyle reddedileceğini hüküm altına alan Danıştay kararlarından anlaşılmaktadır⁷⁹.

Baroların menfaat ihlalinin avukatlık mesleğiyle sınırlayan daraltıcı yorumun etkin olduğu süreçte Danıştay'ın baroların hukukun üstünlüğünü savunmak ve korumak görevlerine vurgu yaparak menfaatlerinin ihlal edildiğinin kabul edildiği kararlara da rastlanmaktadır⁸⁰. Nitekim yukarıda baroların menfaat ihlalinin

⁷⁸ Yücesoy, *İptal Davalarında Menfaat*, 70; Kent ve Çevre Davalarında Ehliyet ve Menfaat, (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2014), 65.

⁷⁹ Danıştay 14. D, 21.09.2011, E. 2011/13742, K. 2011/796, (Legalbank).

⁸⁰ "Barolar, yargılamaya faaliyetinde bulunan avukatların bağlı olduğu meslek kuruluşu sıfatı ile, mesleki çalışmalarının yanında hukukun üstünlüğünü korumak ve savunmakla da yükümlü olduklarından, İzmir Barosu Başkanlığının, yargı kararının uygulanmadığını öne sürerek dava konusu işlemlerin iptali istemiyle açacağı davada menfaat ilgisinin olduğunun kabulü gerektiğinden, davanın ehliyet yönünden reddine ilişkin Daire kararında hukuki isabet görülmemiştir." DİDDGK, 25.12.2013, E. 2011/2123, K. 2013/4686, (Kazancı). Aynı yönde kararlar için bkz. Danıştay 6. D, 02.03.2015, E. 2011/9110, K. 2015/1136, (Legalbank).

kabul edildiği kararlara örnek verilirken 2011 sonrası kararlar da zikredilmiştir. Ancak yaygın olarak Danıştay kararlarının daraltıcı yorumu yöneldiği söylenebilir. Bununla birlikte 2011 öncesinde baroların düzenleyici işlemlere karşı açtıkları davalarda menfaat ihlalinin gerçekleşmediğinin kabul edildiği kararla da karşılaşılmaktadır. Örneğin, 25.1.2004 günlü, 25357 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “Türk Vatandaşlarının Günlük Yaşamlarında Geleneksel Olarak Kullanıldıkları Farklı Dil ve Lehçelerde Yapılacak Radyo ve Televizyon Yayınları Hakkında Yönetmelik”in bazı maddelerinin iptali istemiyle açılan davada⁸¹, Sağlık Bakanlığı’nda görev yapan tabiplerin atanma esaslarını düzenleyen 8.6.2004 tarihli Sağlık Bakanlığı Atama ve Nakil Yönetmeliği’nin bazı maddelerinin iptali istemiyle açılan davada⁸² davacı baronun menfaatinin ihlal edilmediğine hükmedilmiştir. İlk örnek kararda farklı dillerde yayın yapılmasını öngören yönetmeliğin tüm vatandaşları etkilemesi nedeniyle baroların da menfaat ihlalinin gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerektiği düşünülmektedir. Ancak ikinci örnek kararda tabiplerle ilgili meslek kuruluşunun Türk Tabipler Birliği olduğu, dava konusu düzenleyici işlemin de aralarında bulunduğu Sağlık Bakanlığı’na çıkarılmış pek çok düzenleyici işlemin Türk Tabipler Birliği tarafından dava konusu edildiği, dolayısıyla baroların menfaat ilişkisinin bulunmadığına karar verilmiştir. Baroların menfaat ilişkisinin geniş yorumlanmasının istenmesindeki amaç zaten hukuka aykırı düzenlemelerin yargı önüne götürülmesidir. Tabiplerle ilgili düzenlemeler Türk Tabipler Birliği tarafından yargı önüne taşındığından baroların menfaat ilişkisinin bulunmadığına karar verilmesinin yerinde olduğu düşünülmektedir. Bu kararlardan anlaşılacağı üzere baroların menfaat ihlaliyle ilgili 2011’den sonraki tüm kararlar dar yoruma, 2011’den önceki tüm kararlar geniş yoruma tabi tutularak verilmiştir gibi kesin bir iddia ortaya atılamaz. Bu tarih, kararların ağırlıklı olarak hangi yönde verildiğine göre saptanmıştır.

İlaç ve Eczacılık Genel Müdürlüğü’nün, Kemoterapotik İlaçların Endikasyon Dışı Kullanımına İlişkin 2007/29 sayılı Genelgesi ile bu Genelgede değişiklik yapan 2007/36 sayılı Genelgenin iptali davasında⁸³, Ankara Büyükşehir Belediyesi sınırları içerisinde park ve bahçelerde inşa edilen piknik alanlarında her türlü alkollü içecek içilmesinin yasaklanması ve bu yasağa uymayanlara müdahale edilmesi uygulamasının kaldırılması isteğiyle yapılan başvurunun zımnen reddine ilişkin işlemin iptali davasında⁸⁴, 29/01/2014 günlü, 28897 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Yükseköğretim Kurumları

⁸¹ DİDDK, 17.03.2005, E. 2005/80, K. 2005/96, (Legalbank).

⁸² Danıştay 5. D, 19.09.2006, E. 2006/5136, K. 2006/4140, (Legalbank).

⁸³ Danıştay 15. D, 29.09.2015, E. 2015/4947, K. 2015/5478. Aynı yönde karar için bkz. Danıştay 15. D, 14.02.2019, E. 2018/4922, K. 2019/576, (Legalbank).

⁸⁴ Bu kararda idare mahkemesi davacı baronun menfaatinin ihlal edildiğini kabul ederken, DİDDK tarafından ehliyet yönünden reddi gerektiğinden bahisle kararın bozulmasına hükmedilmiştir. DİDDK, 25.02.2016, E. 2014/394, K. 2016/450, (Lexpera).

Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 3. maddesi ile 21/08/1982 günlü, 17789 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği’nin bazı maddelerinin iptali istemiyle açılan davada⁸⁵, Finansal Piyasalarda Manipülasyon ve Yanıltıcı İşlemler Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesinin iptali davasında⁸⁶, Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının bazı maddelerinin iptali istemiyle açılan davada⁸⁷, Devlet Madalya ve Nişanları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin bazı maddelerinin iptali istemiyle açılan davada⁸⁸, Radyo, Televizyon ve İsteğe Bağlı Yayınların İnternet Ortamında Sunumu Hakkında Yönetmeliğin bazı maddelerinin iptali istemiyle açılan davada⁸⁹, “... Belediyesi Sınırlarında 6306 sayılı Kanun Kapsamında Rezerv Alan İlan Edilen Alan İçerisinde Yapım İşine Ait Projelerin ve İhale Dokümanlarının Hazırlanması Hizmet Alımı” ihalesinin iptali istemiyle açılan davada⁹⁰, İçişleri Bakanlığı İller İdaresi Genel Müdürlüğünün ... ilinde yapılmak istenilen eylem ve etkinliklerle ilgili olarak “Yasaklama Kararı” konulu işleminin iptali istemiyle açılan davada⁹¹, 1/1000 ölçekli uygulama imar planı değişikliğine ilişkin 05.11.2008 günlü, ilçe belediye meclisi kararı ve bu kararın onaylanması yolundaki 18.12.2008 günlü, 899 sayılı büyükşehir belediye meclisi kararı ve 17.07.2008 günlü, 488 sayılı büyükşehir belediye meclisi kararıyla kabul edilen 1/5000 ölçekli nazım imar planı değişikliği ile, 05.12.2007 günlü, 1059 sayılı ilçe belediye meclisi kararının iptali istemiyle açılan davada⁹², kolluk güçlerince

⁸⁵ DİDDK, 25.02.2016, E. 2014/5209, K. 2016/444 (Lexpera).

⁸⁶ DİDDK, 20.09.2021, E. 2021/32, K. 2021/1487, (Legalbank).

⁸⁷ Bu davada avukatlık mesleğiyle ilgili bir menfaatin ihlal edilmediği ancak davacı baronun dava konusu düzenleyici işleme tabi aracının olması ve bu işlem nedeniyle menfaatinin etkilenmesi halinde işlemin iptali istemiyle dava açabileceği notu düşülmüştür. DİDDK, 20.09.2021, E. 2021/1079, K. 2021/1484, (Legalbank).

⁸⁸ DİDDK, 04.02.2021, E. 2020/1272, K. 2021/197, (Legalbank).

⁸⁹ DİDDK, 01.02.2021, E. 2020/2095, K. 2021/161, (Legalbank).

⁹⁰ Bu davada İdare Mahkemesi, 28.08.2015 tarihli ihale kararının davacının doğrudan tüzel kişiliğinin hak ve menfaatlerini etkilemediği gibi, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 76. maddesinin de davacıya böyle bir tanımayacağını öne sürerek davacı baronun menfaat ilgisinin bulunmadığı gerekçesiyle davanın ehliyet yönünden reddine karar vermiş, kararın davacı tarafından temyizi üzerine, temyiz istemi süre aşımı nedeniyle reddedilmiştir. Danıştay 13. D, 09.05.2017, E. 2017/985, K. 2017/1443, (Legalbank).

⁹¹ Karşı oy gerekçesinde “İçişleri Bakanlığı İller İdaresi Genel Müdürlüğünün “Yasaklama Kararı” konulu işleminin iptali istemiyle açılan bu davada, davacı tarafından, dava konusu işlemin, Anayasa’nın 23. maddesinde düzenlenen yerleşme ve seyahat hürriyetine, 13. maddesinde düzenlenen kanunilik ilkesine, öze dokunma yasağı ve ölçülülük ilkelerine aykırı olduğu iddialarıyla; bir başka deyişle, Anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği öne sürülerek iptali istenilmektedir. Bu itibarla, davacı Ankara Barosu Başkanlığının hukuka aykırılık iddiaları da dikkate alındığında, temel hak ve özgürlükleri etkileyen dava konusu düzenlemenin iptalini istemekte, davacı Baronun menfaatinin bulunduğu sonucuna varılmaktadır” ifadelerine yer verilmiştir. DİDDK, 20.09.2021, E. 2020/2935, K. 2021/1483, (Legalbank).

⁹² Danıştay 6. D, 08.06.2011, E. 2010/12920, K. 2011/2120, (Legalbank).

toplumsal gösterilerde kimyasal gazlar içeren materyallerin kullanımının insan sağlığına olan zararlı etkileri sebebiyle yasaklanmasına ve yasağa uymayanlar hakkında her türlü cezai ve idari yaptırımın uygulanacağı duyurusunun yapılmasına karar verilmesi talebiyle 14.7.2011 tarihinde yapılan başvurunun reddine ilişkin 15.8.2011 tarihli işlemin iptali istemiyle açılan davada⁹³, 01/10/2018 tarih ve 30552 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Dernekler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik”in 1. ve 2. maddelerinin iptali davasında⁹⁴, 27/11/2012 günlü, 28480 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Millî Eğitim Bakanlığına Bağlı Okul Öğrencilerinin Kılık ve Kıyafetlerine Dair Yönetmelik’in iptali istemiyle açılan davada⁹⁵, 21/08/2020 tarih ve 31220 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan İstanbul İlinde Emniyet Genel Müdürlüğünün doğrudan merkeze bağlı taşra teşkilatı olarak Takviye Hazır Kuvvet Müdürlüğü kurulmasına dair 20/08/2020 tarih ve 2844 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararının iptali istemiyle açılan davada⁹⁶ 30/11/2020 tarih ve 20077 sayılı “Yeni Kısıtlama ve Tedbirler” konulu İçişleri Bakanlığı Genelgesi’nin “65 yaş üzeri ile 20 yaş altı vatandaşlarımızın 18/11/2020 tarihli ve 19161 sayılı Genelgemizle belirlenen saatler içerisinde (10.00-13.00, 13.00-16.00 saatleri arası) şehir içi toplu ulaşım araçlarını (metro, metrobüs, otobüs, minibüs, dolmuş vb.) kullanmalarının kısıtlanması” şeklindeki 3 no.lu düzenlemesinin iptali davasında⁹⁷, ... alanın 4737 sayılı Endüstri Bölgeleri Kanunu’nun 4/Ç maddesi uyarınca ... Tarım Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi ... Endüstri Bölgesi olarak ilan edilmesine ilişkin 27/03/2020 tarih ve 2318 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı’nın iptali davasında⁹⁸, Tarım ve Orman Bakanlığı 9. Bölge Müdürlüğü Ankara Doğa Koruma ve Milli Parklar İl Şube Müdürlüğü’nce 19/09/2022 tarihinde gerçekleştirilen “3 Adet Kızıl Geyik Acente Kotalarının Avlatırılması İş” ihalesinin iptali davasında⁹⁹, 29/01/2022 tarih ve 31734 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “Basın ve Yayım Faaliyetleri” konulu, 28/01/2022 tarih ve 2022/1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi’nin iptali davasında¹⁰⁰, 12/02/2020 tarih ve 31037 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan, İzmir Çeşme Kültür ve Turizm Koruma ve Gelişim Bölgesinin sınırlarının yeniden

⁹³ Danıştay 10. D, 03.02.2015, E. 2012/5451, K. 2015/275, (Lexpera).

⁹⁴ DİDDK, 05.12.2019, E. 2019/2084, K. 2019/6236, (Lexpera).

⁹⁵ DİDDK, 18.02.2015, E. 2013/1758, K. 2015/436, (Lexpera).

⁹⁶ DİDDK, 03.03.2022, E. 2021/3520, K. 2022/726, (Lexpera).

⁹⁷ DİDDK, 20.09.2021, E. 2021/1423, K. 2021/1485, (Legalbank).

⁹⁸ Kararın karşı oy gerekçesinde haklı olarak “düzenlemenin kanuni bir dayanağının bulunmadığı ve Anayasa’ya aykırı olduğu iddialarıyla açılan davanın, hukuka aykırılık nedenleri dikkate alındığında, genel kamu yararı ve hukukun üstünlüğü ile ilgili bulunduğu açıktır. Bu nedenle, düzenlemenin değinilen niteliği ve hukukun üstünlüğünü koruma görevi ve yükümlülüğü bulunan davacı Barunun, dava açma ehliyeti bulunduğundan, işin esasının incelenmesi suretiyle bir karar verilmesi için Daire kararının bozulması gerektiği oyuyla, karara katılmıyoruz” ifadelerine yer verilmiştir. DİDDK, 20.09.2021, E. 2021/1100, K. 2021/1486, (Legalbank).

⁹⁹ Danıştay 13. D, 24.01.2023, E. 2022/4749, K. 2023/288, (Lexpera).

¹⁰⁰ DİDDK, 26.04.2023, E. 2023/240, K. 2023/853, (Lexpera).

belirlenmesine ilişkin 11/02/2020 tarih ve 2103 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararının iptali istemiyle açılan davada¹⁰¹, dava konusu düzenlemelerin avukatlık mesleğini ve avukatların ortak menfaatini ilgilendirmedeği, baro tüzel kişiliğini de doğrudan etkilemediği gerekçesine dayanılarak davaların ehliyet yönünden reddine karar verilmiştir. Ancak Avukatlık Kanunu'nun 76. maddesinde baroların, hukukun üstünlüğünü savunmak ve korumakla görevli olduğu belirlendiğinden, sadece kendi meslek grubu için yürütülen iş ve işlemlerle ilgili hukuki görev ve sorumlulukları bulunduğu düşüncesi kabul edilebilir değildir. Dava konusu işlemlerin hukuk düzeni üzerindeki etki ve sonuçlarından hareketle baroların menfaat ihlallerinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti daha yerinde bir tercih olacaktır¹⁰².

Önemi nedeniyle Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin bazı maddelerinin iptali istemiyle baro tarafından açılan dava ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Bahse konu dava, 24/11/2019 tarihinde gerçekleştirilen arabuluculuk sınavında başarılı sayılma puanının 91 olarak kabul edilmesi ve 70 baraj puanını geçmesine rağmen 91 puanın altında kalan adayların başarısız sayılmasına ilişkin işlem ile söz konusu işlemin dayanağı olduğu belirtilen 02/06/2018 tarih ve 30439 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin 39. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “*Sınav Bakanlık tarafından belirlenen arabulucu ihtiyaç sayısına göre yapılır*” hükmünün ve 45. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “*en yüksek puan alan adaydan başlamak üzere sınav ilanında belirtilen arabulucu ihtiyaç sayısı kadar aday*” ibaresinin iptali istemiyle açılmıştır. Danıştay 10. Dairesi (27.01.2020, E. 2019/12715, K. 2020/26¹⁰³) tarafından idare hukuku alanında tek yanlı irade açıklamasıyla kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelikte tesis edilen işlemlerin, ancak bu idari işlemle doğrudan meşru, kişisel ve güncel bir menfaat ilgisi kurulabilenler tarafından iptal davasına konu edilebileceğinin kabulünün zorunlu olduğu; aksi halde, her idari işlemle dolaylı da olsa bir menfaat ilgisi kurulmak suretiyle dava açılmasını kabul etmenin, dava konusu edilecek işlem ile dava açacak kişi arasında belli ölçüler içinde menfaat ilişkisi bulunması şartının ihlali sonucunu doğuracağı, dava konusu Yönetmeliğin avukatlık mesleği ile ilgili herhangi bir düzenleme getirmediği, 1136 sayılı Kanun'un 76. ve 95. maddelerinde barolara verilen “*hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak, korumak ve bu kavramlara işlerlik kazandırmak*” görevinin ise barolara avukatlık mesleği ile ilgili olmayan konularda tek başına dava açma imkanı vermediği dikkate alındığında, davanın ehliyet yönünden reddi gerektiği sonucuna varıldığı gerekçesiyle, davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmiştir. Davanın temyizi üzerine

¹⁰¹ Danıştay 6. D. D, 02.03.2023, E. 2020/3285, K. 2023/2192, (Lexpera). Aynı yönde kararlar için bkz. Danıştay 10. D. D, 02.03.2023, E. 2023/862, K. 2023/913, Danıştay 8. D. D, 11.04.2023, E. 2023/686, K. 2023/1880, Danıştay 8. D. D, 31.05.2022, E. 2022/1922, K. 2022/3609.

¹⁰² Danıştay 8. D. D, 20.11.2009, E. 2009/6890, K. YD, (Legalbank).

¹⁰³ Aynı yönde karar için bkz. Danıştay 10. D. D, 09.02.2023, E. 2022/5472, K. 2023/413 (Lexpera).

DİDDK, arabuluculuk faaliyetinde bulunabileceklerin mesleklerinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmaları gerektiğini öngören 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 20. maddesinden, arabuluculuk faaliyetini icra edebilecek meslek gruplarının başında avukatların geldiğinin anlaşıldığını, bu itibarla, davacı baronun görev alanı itibarıyla temyizden incelenen davanın açılmasında kişisel, meşru ve güncel bir menfaat bağının bulunduğu sonucuna ulaşıldığından, davanın ehliyet yönünden reddi yolundaki Daire kararında hukuki isabet görülmeyle bozulmasına karar verilmiştir¹⁰⁴.

Danıştay 10. Dairesinin ilk verdiği karara bakıldığında menfaat ilgisinin doğrudan kurulması gerektiği, idari işlemle dolaylı kurulan menfaat bağının kabul edilemeyeceği anlaşılmaktadır. Ancak bu ifade menfaat koşulunun kişisellik unsuruna aykırılık teşkil etmektedir. Aynı zamanda davaya konu Yönetmeliğin avukatlık mesleği ile ilgili düzenleme içermediği de belirtilmektedir. Arabuluculuk faaliyetleri hukuk alanıyla doğrudan ilgilidir. Danıştay 10. Dairesinin baroların menfaat ihlaliyle ilgili bu kadar katı yorum yapması, hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını koruma görevinin tamamen göz ardı edilmesi ve sadece bir meslek örgütü olarak kabul edilmesi anlamına gelmektedir. Hatta baroların menfaatleriyle ilgili Danıştay'ın dar yorum yaptığının kabul edildiği diğer kararlarda gerekçe olarak sunulan avukatlık mesleğini ilgilendirme ve avukatların ortak menfaatini koruma ilkesi bu kararda dikkate alınmamıştır. Dar yorumun sakıncaları bu kararda oldukça net bir şekilde görülmektedir. Baroların menfaat ihlalinin gerçekleşmesinin avukatlık mesleğiyle ilgili olmasına bağlanması, hukuka aykırı işlemlerin yargı önüne götürülmesini engelleyecek kadar dar yorumların ortaya çıkmasına zemin hazırlayabilecektir.

c. Değerlendirme

Hukuk devletinin en önemli ilkelerinden biri olan idarenin yargısal denetimi kişiler açısından diğer denetim yolları ile kıyaslandığında daha fazla güvence sağlamaktadır. Ancak kendiliğinden harekete geçme yeteneği bulunmayan, idarenin işlem ve eylemleri nedeniyle menfaati ihlal edilenlerin başvurusu üzerine harekete geçebilen yargısal denetimin etkin kılınması, hak arama yollarının açık tutulması ve yargı güvencesinin sağlanması ile mümkündür. İdari istikrarı sağlamak ve idari işleyişin sürekli dava tehdidi altında işlevsiz bir konuma gelmesini önlemek adına, iptal davalarının açılmasında menfaat ihlali şartının bulunması gereklidir. Nitekim kişilerin idareye karşı her zaman dava açabileceklerinin kabulü, bir yerde diğer kişilerin, nihayetinde de toplumun hak ve menfaatleriyle çatışır. İdari istikrar ve adaletin iyi işleyişi toplumun genelinin menfaatini ilgilendirir¹⁰⁵. Ancak burada idari istikrar ve etkin yargısal denetim arasındaki dengeyi korumak önemlidir.

¹⁰⁴ DİDDK, 21.06.2021, E. 2020/1668, K. 2021/1264, (Legalbank).

¹⁰⁵ DİBK, 15.03.2022, E. 2021/2, K. 2022/1, (Legalbank).

Subjektif ehliyet sorunu nedeniyle bir kısım işlemlerin hukuki denetim dışında kalma olasılığının bulunduğu durumlarda, menfaat ihlalinin idari işlemlerin hukuka uygunluğunun iptal davası yoluyla denetlenmesini engellemeyecek biçimde yorumlanması zorunludur¹⁰⁶. Bu ifade baroların tüm idarelerin her türlü işlemine karşı dava açabileceği anlamına gelmez¹⁰⁷. Zira Avukatlık Kanunu'ndaki değişiklik yapılırken, barolara hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak ve korumak görevleri verilirken amacın baroların her türlü idari işleme karşı dava açması yönünde olduğu anlaşılmalıdır. Ancak hukukun üstünlüğü ve insan haklarını savunmak ve korumak görevlerinin avukatlık mesleğiyle ve avukatların ortak menfaatleriyle sınırlı tutulması yorumu da değişikliğin amacına uygun düşmemektedir. Nitekim hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak ve korumak görevleri kanuna eklenmeseydi de avukatlık mesleğini ve avukatların ortak menfaatini ilgilendiren işlemlere karşı açılan davalarda baroların menfaat koşulunu sağladıkları kabul edilecekti. Dolayısıyla kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşu olan baroların kurulma amacı zaten bu niteliği bünyesinde barındırmaktadır.

Kanun değişikliğinin ve barolara hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak ve korumak görevlerinin verilmesi en nihayetinde iptal davasının genel amacına hizmet etmelidir. Somut olayda hukuk devleti ilkesi etkilenmiş mi, yargı kararının uygulanmaması veya geçersiz kılınması gibi hukuk devletini zedeleyen bir uygulama var mı, genel kamu yararı ve temel insan hakları ihlal edilmiş mi gibi unsurlara bakılarak karar verilmelidir.

SONUÇ

İdarenin, bir başka ifadeyle gücü elinde bulunduranın keyfi işlemlerine karşı en etkili güvencelerden biri olan iptal davasının temel taşı olarak nitelendirilebilecek menfaat kavramı idare hukukunda önemli bir rol üstlenmektedir. İptal davasının objektif niteliği gereği davacının amacı yalnızca kendisinin ihlal edilen menfaatini korumakla sınırlı kalmamakta aynı zamanda hukuka aykırı işlemin ortadan kalkmasına öncülük edeceğinden hukukun üstünlüğünün korunmasına da hizmet etmektedir. Bu nedenledir ki iptal davası davacının ötesinde bir nitelik taşır ve menfaat ihlali her somut olayın özelliğine göre değerlendirilir. Menfaatin yargı kararlarında ve doktrinde ortak kabul edilen meşruluk, güncellik ve kişisellik olmak üzere üç unsur üzerinde durulur. Konumuz açısından kişisellik unsuru ele alındığından bu unsurun daraltıcı ya da genişletici şekilde yorumlanması, idarenin yargı denetimine tabi işlemlerinin alanının belirlenmesi noktasında son derece önemlidir.

Yargı mercileri kişisel menfaat unsurunu değerlendirirken çeşitli menfaat kümeleri ortaya çıkmıştır. Bu menfaat kümelerinden biri de çalışmamızın odak nokta-

¹⁰⁶ Danıştay 11. D, 25.09.2007, E. 2007/6930, K. 2007/7002, (Legalbank).

¹⁰⁷ Karşı görüş için bkz. Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 512.

sı olan barolardır. Kanun değişikliğiyle barolara hukukun üstünlüğü ve insan haklarını koruma görevi verilmesi başta olumlu karşılanarak baroların açtığı iptal davalarında genişletici bir bakış açısıyla menfaatlerinin ihlal edildiği kabul edilmiştir. Ancak zamanla bu bakış açısı daraltıcı bir çerçeve içine alınarak baroların menfaat ihlalinin avukatlık mesleğiyle ilgisine bakılarak değerlendirildiği görülmektedir. Yargı mercilerinin önüne gelen somut olaya göre farklı kararlar vermesi ve değişen koşullara göre içtihadını değiştirmesi son derece olağandır. Ancak yargı mercilerinin benzer olaylarda böylesine çelişen kararlar vermesi ve içtihat değişiklikleri konusunda haklı gerekçeler ortaya koyamaması hukuk devleti ilkesine duyulan güveni zedelemektedir. Zira 2011'den sonra Avukatlık Kanunu'nda hiçbir değişiklik yapılmamasına rağmen içtihatlar oldukça değişmiştir. 2010 Anayasa değişikliğinin sonucunda Danıştay'ın yapısının değiştiği ve bu durumun içtihatların değişmesinde etkin rol oynadığı öne sürülmektedir. Ancak uygulayıcıların değişmesi hukukun değişmesi anlamına gelmediğinden bu iddianın çok soyut kaldığı ifade edilmelidir.

İçtihatların değişmesinin temel sebebi olarak baroların menfaat ilişkisinin geniş yorumlanmasının idari yargının iş yükünün artmasına sebebiyet vermesi gösterilebilir. Nitekim idari yargının iş yükünün azaltılması amacıyla çalışmalar yapılması ve bu çalışmalarda da menfaat ihlali koşuluyla ilgili değişiklik önerilerinin sıklıkla gündeme getirilmesi bunun göstergesidir. İdari yargının iş yükünün azaltılması amacıyla 2015'te hazırlanan taslak çalışmada “doğrudan” menfaat ihlali koşulunun aranması en açık örneklerden biridir. Ancak idari yargının iş yükünün artması menfaat ihlali koşulunun dar yorumlanmasına gösterilecek yeterli bir gerekçe olarak görülmemektedir. Zira idari yargının iş yükünün artmasının engellenmesinin en etkili yolu, menfaat ihlali koşulunun dar yorumlanarak bazı idari işlemleri yargı denetimi dışında bırakmak değil, hukuka aykırı işlemleri ortadan kaldırarak kişilere idarenin hukuka uygun işlem yapacağı inancının yerleştirilmesidir. Bu nedenle barolar için menfaat ihlali koşulunun çerçevesi belirlenirken hukuk devleti ilkesine bağlı kalınarak ve hukuka aykırı işlemlerin yargı denetimi dışında kalmasını önleyecek şekilde bir değerlendirme yapılmasının isabetli olacağı düşünülmektedir.

Kamu yararıyla yakından bağlantılı ve toplumun geneline yönelik gerçekleştirilen işlemlerin menfaat koşulu noktasında gerçek ve tüzel bütün kişileri ilgilendirdiği açık bir kanuni düzenlemeyle veya Danıştay'ın içtihadı birleştirme kararıyla ortaya konulabilir. Çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması gibi örnekleme yoluyla bu durumlar sayılabilir. Barolara verilen hukukun üstünlüğü ve insan haklarını korumak görevlerinin içeriği içtihadı birleştirme kararıyla tespit edilebilir.

Baroların kamu tüzel kişiliğine sahip olması, devlete yüklenen ödevlerin yanında baroları da kapsadığını göstermektedir. Nasıl ki devletin temel amaç ve görevleri arasında kişinin temel hak ve hürriyetlerini ve hukuk devleti ilkesini korumak yer alıyorsa barolar da bu amaç ve görevler çerçevesinde hareket eden bir kuruluş olarak algılanmalı ve buna göre karar verilmelidir.

KAYNAKÇA

- Abadan, Nermin. “Devlet İdaresinde Menfaat Gruplarının Rolü”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 14, S. 1, (1959): 233-248.
- Aküzüm, Ural. *İçtihat ve Mukayeseli Hukuk Çerçevesinde Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil. *Türk İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2022.
- Akyürek, Akman. “Danıştay Kararlarında İptal Davalarının Menfaat İhlali Koşulunun Kişisellik Unsuru”, *Danıştay Dergisi*, Y. 21, S. 81, (1991): 29-45.
- Alan, Nuri. “İptal Davalarının Ön ve Esastan Kabul Şartları”, *Danıştay Dergisi*, Y. 13, S. 50-51, (1983): 22-50.
- Aslan, Zehreddin. “Meslek Kuruluşlarına Zorunlu Üyeliğin Üzerine Hukuki Bir Değerlendirme”, *DEÜHFD*, C. 15, Özel Sayı, (2013): 1229-1240.
- Atay, Ender Ethem. “İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararlarının Uygulanması”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 74, (2008): 13-96.
- Atay, Ender Ethem. *İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Ayaydın, Cem. “İptal Davasının Sübjektifleştirilmesi”, *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 0, S. 9, (1994), 5-8.
- Aydın, Tugay. “Türkiye’de Avukatlığın Tarihi ve İlk Kurulan Barolar Hakkında”, *Adalet Dergisi* (71), (2023): 503-526.
- Bağrıaçık, Ahmet. “Danıştay Kararları Işığında İdari Yargıda Menfaat İhlali”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 2, (2016): 39-70.
- Bignebat, Paul. *L’intérêt de la personne morale*. Droit. Université Paris sciences et lettres, 2018. Français.
- Boz, Selman Sacit. “İçtihat Temelinde Çevre Davalarında Menfaat İhlali”, *NEÜHFD*, C. 6, S. 2, (2023): 881-927.
- Coşar, Vedat Ahsen. “Avukatlık Mesleği ve Baroların Tarihsel Gelişimi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 76, S. 4, (2018): 225-242.
- Coşkun, Şenol. “İdari Yargıda Ehliyet”, *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009.
- Çağlayan, Ramazan. *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*. Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2004.
- Çağlayan, Ramazan. *İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Erdem, Jülide Gül. “İptal Davasında Menfaat İhlali Koşulu”, *MSY*, C. 12, S. 27, (2017): 97-134.
- Erdinç, Burcu. “İptal Davasında ‘Menfaat İhlali’ Koşulu ve Menfaat Kavramının Yorumlanması”, *SÜHFD*, C. 29, S. 2, (2021): 1079-1125.
- Erhürman, Tufan. “Çevre Davalarında ‘Menfaat İhlali’: Danıştay ve KKTC Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, *AÜHFD*, C. 60, S. 3, (2011): 447-484.
- Göçgün, Faruk. İptal Davasında Subjektif Ehliyet Koşulu Olarak Kişisel Menfaat Unsuru, *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016.

- Gökalp Alıca, Süheyla Suzan. “Çevrenin Korunmasına İlişkin İptal Davalarında Kişisel Menfaat Kavramı”, *TBB Dergisi* (139), (2018): 165-220.
- Güneş, Felemez. “Danıştay Kararları Işığında Baroların Subjektif Dava Ehliyeti”, *Legal Hukuk Dergisi*, C. 14, S. 166, (2016): 5527-5551.
- Kanadoğlu, Osman Korkut. “Barolar ve Avukatların Meslek Özgürlükleri”, *TBB Dergisi* (146), (2020): 77-122.
- Kaya, Cemil. “İptal Davalarında (Kişisel) Menfaat İhlalinin Genişlemesi: İktisadi Reka- bet”, *İÜHFİM*, C. 66, S. 2, (2011): 273-283.
- Kaplan, Gürsel. “Danıştay Kararları ve İlgili Özel Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde İda- ri Yargıda Ehliyet ve Husumet”, *İÜHFİM*, C. 69, S. 1-2, (2011): 349-390.
- Karabulut, Umut. “Muhâmât Kanunu: Türkiye’de Avukatlık Kurumunun Düzenlenme- si ve İstanbul Barosunda Yaşanan Tasfiyeler”, *Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi*, XIII/27, (2013): 79-104.
- Karahanogulları, Onur. “Birel İşlemlere Karşı Açılan İptal Davalarında İlgi Bağı Soru- nu”, *AÜSBFD*, C. 62, S. 3, (2007): 201-232.
- Kent ve Çevre Davalarında Ehliyet ve Menfaat, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayın- ları, 2014.
- Koçak, Mustafa. “Hukuk Devleti” Kavramı Açısından İdari İptal Davalarında “Menfa- at İhlali” veya “Hak İhlali” Koşulu, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 10, S. 1-3, (1996): 117-147.
- Koçdemir, Emrullah. Devletli Sivil Toplum ve Mesleki Dayanışma: Türkiye Barolar Bir- liği Örneği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniver- sitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.
- Kuntman, Osman. “Türkiye’de Avukatlık Mesleğinin, İstanbul Barosu’nun Tarihçesi ve Yabancıların Kurduğu Baro”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 62, S. 4-5-6, (1988).
- Özdek, E. Yasemin. “İptal Davasında Menfaat Koşulu”, *AİD*, C. 24, S. 1, (1991): 99-115.
- Özdemir, İbrahim. *Meslek Kuruluşlarının Kamu Kurumu Niteliği*. Ankara: Türkiye Oda- lar ve Borsalar Birliği Yayını, 2004.
- Özen, Atilla. *Avukatlık Hukuku* (6. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Özyörük, Mukbil. *İdare Hukuku Dersleri (Çoğaltma)*. Ankara, 1972/1973.
- Saraç, Tahsin. *Fransızca-Türkçe Büyük Sözlük*. Ankara: Bilgi Basımevi, 1976.
- Serttaş, Seher. “Mahkemeye Erişim Hakkı Bağlamında Türk İdari Yargılama Hukukunda Dava Açma Süresi”, *ABÜHFD*, C. 8, S. 15, (2020): 75-103.
- Sibiril, Katy. *La Notion D’intérêt En Droit Administratif Français*. Droit. Université de Bretagne Occidentale-Brest, 2012.
- Tahtalı, Murat Buğra. “Danıştay Kararları Işığında İptal Davalarında Bir Dava Şartı Olarak Subjektif Ehliyet: Menfaat İhlalinde Kişisellik Şartı”, *NEÜHFD*, C. 5, S. 1, (2022): 41-62.
- Yağlı, Ahmet. İptal Davalarında Menfaat Koşulu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Galata- saray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020.
- Yılmaz, Ejder. *Hukuk Sözlüğü*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2006.

Yılmaz, Ali/Tansen, Bedia Ayşegül/Alkış, Burcu/Taner, Fahri Gökçen. *Fransız Avukatlık Sisteminin İncelenmesi Projesi Sonuç Raporu-Fransız Avukatlık Kanunu ve İlgili Düzenlemelerin Tercümesi*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2015.

Yolal, Halil. *Danıştay Kararları Işığında İptal Davalarında Dava Açma Ehliyeti*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.

Yücesoy, Ayşe Aslı. “İptal Davaları Bağlamında Dolaylı ve Kişisel Menfaat Üzerine Bir Değerlendirme”, *DÜHFD*, C. 23, S. 38, (2018): 173-203.

Yücesoy, Ayşe Aslı. *İdari Yargılama Hukukunda İptal Davalarında Menfaat*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.

İnternet Kaynakları

<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/>.

<https://www.tbmm.gov.tr/>.

<https://sozluk.gov.tr/>.

<https://legalbank.net/>.

<https://www.lexpera.com.tr/>.

<https://kazanci.com.tr/>.

<https://uyap.gov.tr/>.

<https://www.etymonline.com/>.

<https://www.cnb.avocat.fr/les-missions-du-conseil-national-des-barreaux>.

<https://www.ccbe.eu/>.

<https://www.hukukihaber.net/barolarin-dava-acma-yetkisiyle-ilgili-danistaydan-ozlenen-karar>.

Kent, Çevre ve İnsan Haklarında Baroların Dava Ehliyetine Dair İzmir Barosu Raporu, <https://www.izmirbarosu.org.tr/YayinDetay/52/barolarin-dava-ehliyeti-raporu>.

Ankara Barosu'nun 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu'nda Yapılmasını Önerdiği Değişikliklere İlişkin Taslak Çalışma, <https://ankarabarosu.org.tr/eyayin/kategori/3>.

Atilla Özen, 2021, “Baroların Nitelikleri ve Toplumsal Olaylarda Dava Açma Yetkileri”, <https://www.hukukihaber.net/barolarin-nitelikleri-ve-toplumsal-olaylarda-dava-acma-yetkileri>.

7338 SAYILI KANUN DEĞİŞİKLİKLERİ ÇERÇEVESİNDE VERGİ İNCELEMESİNE BAŞLAMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ^(*)

Ömrüm Dilek ERSOY^(**)

Öz

Beyan esasına dayalı vergi sisteminin vazgeçilmez tamamlayıcısı olan vergi incelemesi, muhatap aldığı mükellefin hukukunu etkileyerek, temel hak ve özgürlüklerin devletin vergilendirme hakkına dayanarak kısıtlanmaktadır. Bu müdahaleci özelliği sebebiyle vergi incelemesinin mükellef nezdinde başladığı tarih önem arz etmektedir. Zira mülkiyet hakkı, özel hayatın gizliliği gibi haklar vergi inceleme sürecinin başlaması ile kısıtlanmakta ya da bu ihtimali içinde barındırır hale gelmektedir. Bunun yanı sıra 213 sayılı Vergi Usul Kanun'unda (VUK) yer alan mükellefin maddi vergi ödevlerine ilişkin olarak, vergilerin vergi idaresi ile iş birliği halinde beyan edilmesi ya da mükellefin vergi kanunlarının uygulanmasında tereddüt ettiği hususlara yönelik aydınlatılmasına dair müesseseler bakımından, mükellef nezdinde vergi incelemesine başlanılmamış olması önem arz etmektedir. Bu nedenlerle mükellefin hukukuna doğrudan etki eden incelemeye başlama tarihinin net olarak belirlenmesi elzemdir. Bu doğrultuda 23/7/2010 tarihli 6009 sayılı Kanun ile VUK'ta yapılan değişikliklerle öncelikle incelemeye yetkililerin vergi incelemesine başlandığı hususunu bir tutanağa bağlayarak bir örneğini nezdinde vergi incelemesi yapılabilecekleri düzenlenmiştir. İncelemeye başlama tutanağının mükellefçe imzalandığı tarih incelemeye başlama tarihi olarak kabul edilmişse de; tam bir netlik sağlamamıştır. 7338 Sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerle ise incelemeye yetkililer tarafından incelemeye başlama bildirim adı altında düzenlenecek bir yazı ile incelemeye başlanacağı kabul edilmiştir. Çalışmanın konusunu 7338 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler öncesindeki dönemde tartışmalı bulunan incelemeye başlama usulü ve incelemeye başlama tarihine ilişkin incelemeye başlama tutanağı düzenlenmesi ve değişiklikler sonrasında uygulanmaya başlanan incelemeye başlama bildirimini düzenlenmesinin açıklanması ile değişikliklerin olumlu ve olumsuz yönlerinin belirlenmesi ve hukuki niteliğinin tespiti oluşturmaktadır. Yapılan son düzenleme gelişen dijital teknolojiler sonucu vergi denetimlerinde yaşanan elektronik dönüşüm amacına uygun olarak vergi incelemesinin daha hızlı sonuçlandırılmasını amaçlamaktadır. İncelemeye başlamanın tarihinin açık olarak kanunda düzenlenmeyip yönetmelikle belirlenmesi ve yönetmelikle bildirim mükellefe tebliğ edildiği tarih yerine bildirim dairede düzenlendiği tarihin benimsenmiş olması hukuki güvenlik ilkesi ve mükellef hakları bakımından eleştiriye açıktır. Bunun yanı sıra incelemeye başlama bildirimini hukuki niteliği itibarıyla vergi idaresi tarafından meydana getirilmiş bir idari işlemdir. Bu sebeple idari işlem teorisi çerçevesinde kanun ve yönetmelik ile belirlenen usuller çerçevesinde yapılmalı ve işlemlerde bulunması gereken unsurları barındırmalıdır. Esasa etkili şekil unsuruna ayrılıklar barındırması durumunda ise bu sakatlık vergi incelemesi sonucu oluşan tarhiyat işleminin de iptalini gerektirebilir. Bu çalışmada öncelikle vergi incelemesine başlama usulüne ilişkin 7338 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler öncesi duruma ve bu dönemdeki sorunlara ilişkin açıklamalarda bulunulacak; 7338 sayılı Kanun değişiklikleri ile başlayan yeni döneme de açıklık getirildikten sonra yapılan değişikliklerin olumlu olumsuz yönleri ile eleştirilerimiz ortaya konulacaktır. Ayrıca incelemeye başlamanın hukuki niteliği ve bir idari işlem olarak şekil şartlarına uygunluğunun tartışılarak uygulamaya yön vermesi ve katkı sağlanması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Vergi, Vergi Denetimi, Vergi İncelemesi, İncelemeye Başlama, Bildirim, Şekil Sakatlığı.

(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 08.12.2023 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 19.12.2023, DOI No: <https://doi.org/10.54704/akdhfd.1402137>.

(**) Akdeniz Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Öğrencisi / Antalya, Türkiye.
E-posta: dilekacr@gmail.com,
Orcid Id: <https://orcid.org/0009-0006-8103-7017>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

LEGAL NATURE OF INITIATING A TAX AUDIT WITHIN THE SCOPE OF THE AMENDMENT MADE TO LAW WHICH NO. 7338

Abstract

The tax audit, an indispensable complement to the declaration-based tax system, is an institution that affects the legal rights of the taxpayer. The tax audit restricts individuals' fundamental rights and freedoms based on the government's taxation authority. Due to its intrusive nature, the date on which the tax audit commences is crucial in the legal domain of the taxpayer.

Within the Tax Procedure Law, there are institutions that encourage collaboration between the taxpayer and the tax administration in fulfilling the taxpayer's material tax obligations or clarifying uncertainties regarding the application of tax laws. The initiation of a tax audit is crucial concerning applications to these institutions, as they are only applicable if a tax audit has not yet begun. Therefore, it is mandatory to clearly determine the starting date of the examination that directly impacts the taxpayer's legal rights.

The changes introduced by Law No. 7338, it is accepted that the examination will commence with a written notice called the "examination commencement notification" prepared by the authorized personnel. The date of commencing the examination has been determined by the regulation, rather than being explicitly regulated in the law. The explicit determination of the starting date of the examination by regulation, instead of the law, is inconsistent with the principle of the legality of taxes.

The fact that the date on which the notification was issued was adopted instead of the date on which the notification was notified to the taxpayer was adopted, and if it is legal, it is open to criticism in terms of legal security principle and taxpayer rights. It would be more accurate that acceptance of the date on which the notification of commencement of the tax audit was notified to the taxpayer is the date of commencement of the examination in terms of the taxpayer's use of the above-mentioned application methods.

Because of starting the tax examination is made unilaterally with the notification of starting a tax examination official writing, the notification should be made within the framework of the procedures determined by the law and regulation. It should contain the shape elements that should be present in the process. In case there are contradictions to the effective form element, this disability may require the cancellation of the taxation process resulting from the tax examination.

Keywords

Tax, Tax Examination, Notification, Tax Audit, Examination Commencement Notification.

Extended Abstract

The tax audit, an indispensable complement to the declaration-based tax system, is an institution that affects the legal rights of the taxpayer. The tax audit restricts individuals' fundamental rights and freedoms based on the government's taxation authority. Due to its intrusive nature, the date on which the tax audit commences is crucial in the legal domain of the taxpayer. This is because rights such as property ownership and the privacy of personal life are restricted with the initiation of the tax examination process.

Additionally, within the Tax Procedure Law, there are institutions that encourage collaboration between the taxpayer and the tax administration in fulfilling the taxpayer's material tax obligations or clarifying uncertainties regarding the application of tax laws. The initiation of a tax audit is crucial concerning applications to these institutions, as they are only applicable if a tax audit has not yet begun. Actions such as remorse, correction requests, requesting opinions from the administration, or submitting tax returns after the legal deadline are contingent upon the absence of an ongoing tax audit against the taxpayer.

In addition, with the start of the examination, the taxpayer enters the status of an examination and his rights and duties regarding the process are also on the agenda. Most importantly, there is a possibility that the taxpayer will face the taxation process or the penalty process, as the research and examination phase has been started. Therefore, it is mandatory to clearly determine the starting date of the examination that directly impacts the taxpayer's legal rights.

With the amendments made in the Law No. 6009 dated 23/7/2010 and the VUK, it is regulated that the authorities will first give a report that the tax examination has been started and will give a sample to the tax examination. The date on which the start of the examination report was signed by the taxpayer was accepted as the starting date of the examination. However, this acceptance did not provide complete clarity. Because although the workplace of the taxpayer is essential as the place where the examination will be made in practice; the authorities call the taxpayer in writing or verbally to the apartment to which he is affiliated. With this call, the authorities invited the taxpayer to sign the start-up report.

The changes introduced by Law No. 7338, it is accepted that the examination will commence with a written notice called the "examination commencement notification" prepared by the authorized personnel. This regulation aims to expedite the conclusion of tax examinations in line with the evolving digital technologies.

The date of commencing the examination has been determined by the regulation, rather than being explicitly regulated in the law. The explicit determination of the starting date of the examination by regulation, instead of the law, is inconsistent with the principle of the legality of taxes. The fact that the date on which the notification was issued was adopted instead of the date on which the notification was notified to the taxpayer was adopted, and if it is legal, it is open to criticism in terms of legal security principle and taxpayer rights. It would be more accurate that acceptance of the date on which the notification of commencement of the tax audit was notified to the taxpayer is the date of commencement of the examination in terms of the taxpayer's use of the above-mentioned application methods.

Because after the notification to start the tax audit was issued and before the taxpayer received it, the taxpayer may have submitted a petition requesting regret and correction. In this case, there may be hesitation in protecting the right of the taxpayer, who is not aware that an investigation has been started. It is also possible for this situation to become a subject of conflict in the legal sense.

In addition, the notification to start the examination is an administrative process created by the tax administration due to its legal nature. Because of starting the tax examination is made unilaterally with the notification of starting a tax examination official writing, the notification should be made within the framework of the procedures determined by the law and regulation. It should contain the shape elements that should be present in the process. The figure element of these elements shows the procedure of making an administrative transaction. In terms of the effect of final processing of the shape element, the distinction between primary and secondary principle and form violations is made. Contrins with the primary shape are effective on the merits of the final process. Contrary to the secondary shape, on the other hand, are not effective on the merits of the final process. In case there are contradictions to the effective form element, this disability may require the cancellation of the taxation process resulting from the tax examination.

GİRİŞ

Kamu hizmetlerinin finansmanında başlıca kaynaklardan biri devletin ege-menlik gücüne dayanarak ihdas ettiği vergilerdir. Türk vergi sisteminde vergilerin tarh ve tahakkuk ettirilmesinde beyan esası geçerlidir. Beyan esasının vazgeçilmez tamamlayıcısı ise vergi denetim mekanizmalarının en etkilisi olan vergi incelemesidir. Ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştıran, tespit eden ve sağlayan bir denetim mekanizması olarak vergi incelemesi mükellefin hukuki statüsünü doğrudan etkilemektedir. Vergi incelemesinin başlaması ile mükellef, nezdinde inceleme yapılan konumuna girmekte; süreçte bazı ödev ve yükümlülüklerle de karşı karşıya kalmaktadır. Bu doğrultuda mükellef hakları çerçevesinde bazı başvuru ve talep hakları doğduğu gibi; temel hak ve özgürlükleri de etkilenmektedir. Zira vergi incelemesi aynı zamanda mülkiyet hakkı, özel hayatın gizliliği, çalışma ve seyahat özgürlüğü gibi temel haklarına birtakım kısıtlamaları da beraberinde getirebilmektedir. Mükellefin hukuki dünyasını doğrudan etkileyen vergi incelemesinin başladığı tarih, bu bakımdan önem arz etmekte; incelemenin başlaması ile mükellef, incelemenin başlaması öncesinde başvurabileceği bazı haklarından

da yoksun kalmaktadır. İncelemenin başlaması ile aynı zamanda incelemenin bitirilmesi gereken süre de işlemeye başlamakta ve vergi inceleme elemanına da yetki bakımından hukuki bir sınır çizilmektedir. Bu sebeple vergi incelemesine başlama usulüne ve incelemeye başlama tarihine ilişkin olarak VUK'ta hüküm olmayan dönemde bazı idari faaliyetlerden çıkarımlarda bulunularak incelemeye başlama tarihi belirlenmeye çalışılmış; daha sonra VUK'ta 6009 sayılı Kanun ve son olarak 7338 sayılı Kanun ile VUK'un 139. ve 140. maddesinde köklü değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerle güncel teknolojik gelişmelere uygun olarak mükellefin temel hak ve özgürlüklerini ön plana alan, hukuki belirlilik ilkesine uygun düştüğünü düşündüğümüz yeni sistemi bu çalışmada irdelemekte fayda görmekteyiz. Öncelikle vergi incelemesine dair kavramsal çerçeveyi belirledikten sonra; vergi incelemesine başlamaya dair 213 sayılı Vergi Usul Kanun'unda (VUK) 7338 sayılı Kanun öncesinde yapılan 6009 sayılı Kanun değişiklikleri ile uzunca bir süre uygulanan sistemi inceleyecek; sonrasında ise incelemeye başlamanın hukuki niteliğine dair değerlendirmelerde bulunacağız.

I. VERGİ İNCELEMESİNE GENEL BAKIŞ

A. GENEL OLARAK VERGİ İNCELEMESİ

2013 sayılı VUK'un 134. maddesine göre vergi incelemesinin amacı ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamaktır. Bilindiği üzere Türk vergi sisteminde vergilendirme işlemleri kural olarak yükümlülerin çeşitli beyan ve bildirimlerine dayalı olarak gerçekleştirilmektedir. Vergiyi doğuran olayı ve verginin matrahını yükümlü süresi içinde, vergi sisteminin getirdiği usüle uygun olarak, vergi idaresine bildirmekte ve vergi idaresince vergilendirme işlemleri yapılmaktadır¹. Bu sistem mükellef ile vergi dairesi arasındaki objektif iyi niyet kurallarına dayalı işbirliğine² ve mükellefin kendi vergisel durumunu en iyi kendisinin bilebileceği ve vergiye tabi unsurları doğru bir şekilde beyan edebileceği yönündeki güven esasına dayanır³.

Vergilendirme sistemi çağdaş bir yaklaşımla beyan esasına dayansa da; vergilendirme ilişkisi bakımından birey ile devlet akçalı bir işte karşı karşıya gelmektedir⁴. Vergi kişilerin kendi malvarlıklarından vergilendirilen unsurlar dikkate alınarak devlete karşılıksız olarak verilen miktardır⁵. Diğer taraftan vergi yükümlülüğü maddi ödevlerinin yanı sıra şekli vergi ödevlerini de içermektedir⁶.

¹ Selim Kaneti, Esra Ekmeçci, Gülsen Güneş ve Mahmut Kaşıkçı, *Vergi Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019), 233.

² Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu ve Nami Çağan, *Vergi Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2018), 99.

³ Abdurrahman Akdoğan, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, (Ankara: Gazi Kitabevi, 2019) s. 116.

⁴ Öncel, Kumrulu ve Çağan, *Vergi Hukuku*, 4.

⁵ Nezih, Şeker, *Hukuksal Yapısıyla Vergi İncelemesi* (İstanbul, 1994), 13.

⁶ Öncel, Kumrulu, Çağan, *Vergi Hukuku*, 74.

Bu nedenle bireylerin vergi kaçakçılığı ya da vergi kanunlarına yeteri kadar vakıf olamaması sebebiyle maddi ve şekli vergi ödevlerini gereği gibi yerine getirmemesi, kasten veya bilmeyerek hatalı beyanda bulunması mümkündür.

Vergi incelemesi ise mükellef tarafından beyan edilen vergisel unsurların ve ödenen vergilerin, gerek defteri kayıt ve belgeleri gerekse de muhasebe dışı envanter ve araştırmalar sonucu elde edilecek bulgulara uygunluğunun incelenmesi ve bu inceleme sonucu varılan sonuçlara göre doğruluğunun tespit edilmesi ve sağlanmasıdır⁷. Vergi incelemesini kısaca beyan edilen ve ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu sağlamak amacıyla, yükümlülerin defter kayıt ve belgeleri ve envanteri üzerinde yapılan derinlemesine bir araştırma olarak tanımlayabiliriz⁸.

B. VERGİ İNCELEMESİNE BAŞLAMA VE ÖNEMİ

Vergi incelemesine başlama, 213 sayılı VUK bakımından kendisine belirli hukuki sonuçlar bağlanan ve inceleme sürecine olan hukuki etkileri bakımından net olarak tespiti gereken bir olaydır. Çağdaş vergi uygulamalarında mükellef hakları vergi idarelerinin önem verdiği konuların başında gelmektedir⁹. Vergi incelemelerinde incelemenin başladığı tarihin açık şekilde belirlenmesi, incelemenin vergi mevzuatına uygun olarak yürütülmesi ve öngörülebilir bir sürede tamamlanması da mükellef haklarının bir gereği ve vazgeçilmez unsurlarındandır¹⁰. Ayrıca VUK'un 140./1- 6. bendi hükmünde yapılan değişikliklerle vergi incelemesinin başlamasından itibaren belirli bir sürede bitirilmesine dair sınır getirilmesi de nazara alındığında incelemeye başlama tarihinin net olarak belirlenmesi zorunlu hale gelmiştir¹¹.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; incelemeye başlama bakımından “işe başlama” ve “incelemeye başlama” kavramaları birbirinden farklıdır. İşe başlama, incelemeye yetkililerin bağlı oldukları birim tarafından vergi incelemesi görevinin verildiğine dair görevlendirme yazısını aldıktan sonra, inceleme konusu, incelenecek sektör ve nezdinde inceleme yapılan hakkında yaptığı araştırma ve hazırlık çalışmalarını kapsayan faaliyetlerdir¹². Vergi incelemesine yetkililerin görevleri kapsamında belli bir sürede işe başlamaları, hazırlık dosyası oluşturmaları ve idare içinde yapılan iç yazışmalar, mükellef nezdinde incelemeye başlama anlamına gelmez¹³.

⁷ *Denetim İlke ve Esasları Cilt 1*, Hesap Uzmanları Derneği, (Ankara: 2011), 64.

⁸ Öncel, Kumrulu ve Çağan, *Vergi Hukuku*, s. 102.

⁹ Tahir Erdem, *Vergi İncelemesi* (Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, 2011), 92.

¹⁰ Ahmet Erol, “Mükellef Hakları Yönünden 6009 Sayılı Yasa ile Getirilen Hükümlerin Değerlendirilmesi II”, *Yaklaşım Dergisi*, S. 217 (Ocak 2011), <https://portal.yaklasim.com/makale/2011-1/mukellef-haklari-yonunden-6009-sayili-yasa-ile-getirilen-hukumlerin-degerlendirilmesi-ii?term=>.

¹¹ Nadir Öztürk, “Vergi İncelemesi ve Denetimi ile İlgili Yeni Düzenlemeler- III”, *Yaklaşım Dergisi*, S. 221 (Mayıs 2011).

¹² Müjgan Karyağdı, *İdari İşlem Olarak Vergi İnceleme Süreci*, (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2021), 145.

¹³ Fazıl Tekin, Ali Çelikkaya, *Vergi Denetimi* (Ankara: Seçkin Yayınevi, Mart 2018), 190.

İncelemeye başlama ise, mükellef tarafından ödenmesi gereken vergilerin doğruluğuna dair bir araştırma inceleme sürecinin mükellef nezdinde resmi olarak başlatılması sonucu gerçekleşir. İncelemeye başlama mükellefin nezdinde inceleme yapılan statüsüne girmesine neden olmaktadır. İncelemeye başlama ile aynı zamanda mükellefin süreçte sahip olduğu haklar ve yükümlülükler de devreye girmektedir¹⁴. Bunun yanı sıra mükellefin yapılandırma kanunlarından yararlanma, özelleştirme talepli ya da VUK'ta düzenlenen pişmanlık ve ıslah gibi incelemeye başlamadan önce başvurulabilecek bazı müesseselerden yararlanma imkânından da incelemeye başlama kriteri esas alınmaktadır. İncelemeye başlamanın sonucunda bir vergi tarhiyatı ya da ceza kesilmesi önerisinde bulunması muhtemel bir vergi inceleme raporu ile sonuçlanması söz konusudur. Vergilendirme işlemlerinden tarh işlemi açısından matrah saptamaya dair bir ön işlem¹⁵ niteliğinde olan vergi inceleme raporu sonucunda mükellefin mülkiyet hakkına bir müdahalede bulunulmaktadır¹⁶. Bu ön işleme dair sürecin başlangıcının açık ve net şekilde belirlenmesi, vergilendirmede hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesinin de bir gereğidir¹⁷.

C. İNCELEMeye BAŞLAMA TARİHİNİN ÖNEM ARZ ETTİĞİ DURUMLAR

1. Kanuni Süresi Geçtikten Sonra Mükellefin Beyanına Göre Tarhiyat Yapılması İmkânını Kullanma Açısından

Vergi mükelleflerinin beyan esasına uymayarak hiç ya da zamanında beyanname vermemeleri VUK uyarınca re'sen tarh sebebidir. Bu durumda vergi idaresi beyan edilmeyen matrahı VUK'un 30. maddesinde belirlenen şartların varlığına ya da yokluğuna göre kendisi tayin ve takdir eder. VUK'un "Re'sen Vergi Tarhı" başlıklı 30'uncu maddesinin 3. fıkrasının 9. bendine göre; "vergi beyannamesini kanuni süresi geçtikten sonra vermiş olanlara bu beyanname gösterdikleri matrah üzerinden re'sen gerekli tarhiyat yapılır ve bu beyannameler re'sen takdir için takdir komisyonuna sevk edilmez. Ancak, vergi incelemesine başlanılmasından veya takdir komisyonuna sevk edilmesinden sonra kendiliğinden verilen beyannameler için bu hüküm uygulanmaz." Bu düzenleme uyarınca, vergi incelemesi başlanması ile birlikte mükellefin kanuni süresi geçmiş dönem için beyanna-

¹⁴ Vergi incelemesi sırasında nezdinde inceleme yapılan mükellefin sahip olduğu haklara ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için Emircan Dilber, Gökhan Belge, "Vergi İncelemesi Esnasında Mükellef Hakları ve Analizi- II", *Vergi Dünyası Dergisi*, S. 367 (Mart 2012): 158-166, Altar Ömer Arpacı "Vergi İncelemesi ve İncelemeyle İlgili Olarak Mükellef ve Denetim Elemanının Yükümlülükleri" *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 194 (Kasım 2004): s. 40-56.

¹⁵ Öncel, Kumrulu, Çağan, *Vergi Hukuku*, s. 101.

¹⁶ Billur, Yaltı, *Vergi Yükümlüsünün Hakları* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2006), 43.

¹⁷ Hukuki güvenlik ilkesi herkesin bağlı olacağı hukuk kurallarını önceden bilmesi ve tutum ve davranışlarını buna göre güvenle düzene sokabilmesi anlamına gelir. Bu ilke vergi yükümlülerinin hak ve özgürlük alanlarına devlet tarafından vergilendirme işlemleri yoluyla yapılacak müdahalelerin önceden görülebilmesini ve bireylerin buna göre durumlarını buna göre ayarlayabilmelerini gerektirmektedir. Öncel, Kumrulu ve Çağan, *Vergi Hukuku*, 48.

me vermesi ve bu beyana göre tarhiyat yapılmasını istemesi mümkün değildir. Bu noktadan sonra ancak inceleme sonucundaki tespitlere göre yapılacak tarhiyat ve ceza kesme işlemi söz konusu olmaktadır¹⁸.

2. Pişmanlık ve İslah Hükümlerinden Yararlanma Hakkı Açısından

VUK'un "Pişmanlık ve İslah" başlıklı 371. maddesinin 1. fıkrasına göre; "Beyana dayanan vergilerde vergi ziyayı cezasını gerektiren fiilleri işleyen mükelleflerle bunların işlenişine iştirak eden diğer kişilerin kanuna aykırı hareketlerini ilgili makamlara kendiliğinden dilekçe ile haber vermesi hâlinde, haklarında aşağıda yazılı kayıt ve şartlarla vergi ziyayı cezası kesilmez."

Pişmanlık ve düzeltme beyanı hakkının kullanılabilmesi için vergi idaresi tarafından bir vergi incelemesine başlanmamış olması ve idarenin takdire sevk yoluna gitmemiş olması kanunen ön koşuldur. Aksi halde vergi yükümlüleri pişmanlık ve düzeltme haklarını kaybetmektedir¹⁹. Ayrıca pişmanlık ve ıslaha başvurma bakımından getirilen bu kısıtlama mükellefin beyan edeceği tüm vergi ve konular bakımından değil; sadece vergi incelemesinin konusunu oluşturan vergi türü ile sınırlıdır²⁰.

3. Vergi Ziyayı Cezasının Yüzde Elli İndirimli Uygulanması Hakkı Açısından

VUK 344. maddesine göre vergi incelemesine başlanılmasından veya takdir komisyonuna sevk edilmesinden sonra verilenler hariç olmak üzere, kanuni süresi geçtikten sonra mükellefçe kendiliğinden verilen vergi beyannameleri için bu madde uyarınca kesilecek vergi ziyayı cezası yüzde elli oranında uygulanır. Ancak, incelemeye başlanması ile birlikte mükellef, vergi ziyayı cezasının yüzde elli oranında uygulanması imkanını kaybetmektedir.

¹⁸ Hasan Aykın, "Vergi İncelemesi Ne Zaman Başlar?" Erişim Tarihi: Aralık 4, 2023. <https://www.versav.org.tr/2021/03/15/vergi-incelemesi-ne-zaman-baslar/>.

¹⁹ Yunus Sürmeli, "Vergi İncelemesine Başlanmış Olması Pişmanlık ve İslah Beyanına Engel mi?" *Yaklaşım Dergisi*, S. 326 (Şubat 2020), Erişim Tarihi: Aralık 8, 2023 <https://portal.yaklasim.com/makale/2020-2/vergi-incelemesine-baslanmis-olmasi-pismanlik-ve-islaha-beyanina-engel-mi?term=null> Yazara göre madde metninde bir istisna düzenlenmiştir. 2. bentte parantez içinde yer alan "Kaçakçılık suçu teşkil eden fiillerin işlendiğinin tespitinden önce" ibaresi sebebiyle; vergi incelemesine başlanmış olsa dahi, incelemenin kaçakçılık suçu teşkil eden fiillerin işlendiğinin tespitine yönelik olması durumunda mükellef hakkında vergi incelemesine başlanmış ve inceleme devam etse bile, mükellef hakkında kaçakçılık suçu tespit edilmemişse, pişmanlık ve ıslah hükümlerinden faydalanıp beyan verebilecektir. Aynı yönde görüş için bkz., Başar Soydan, *Türk Vergi Hukukunda Vergi İncelemesi* (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2015) s. 504, dn. 1432, "Bu parantez içi hüküm ile VUK m.359'da düzenlenen bent birlikte değerlendirildiğinde, kaçakçılık suçları için de pişmanlık ve ıslah müessesesinden yararlanılabileceğine cevaz verilmiş; fakat buna ilişkin başvurunun 'suç teşkil eden fiillerin tespitinden önce' yapılması gerektiği kaydı konulmuştur. Bu takdirde mükellef hakkında incelemeye başlanmış olması, suç teşkil eden fiillerin tespiti anlamı taşımayacağından, inceleme süreci içindeki tespit anına kadar mükellefin başvuru hakkının bulunduğunu kabul etmek gerekir."

²⁰ VUK 371. maddesinde, 26.10.2021 Tarihli 32640 Sayılı Resmî Gazetede yayınlanan 7338 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklik.

4. Özelge Talep Etme Açısından

Yine mükellefin vergisel faaliyetlerine dair beyan ve kayıtlarında tereddüt oluşması durumunda özelge talep etme hakkı bulunmaktadır. VUK'un 413. maddesine göre: "Mükellefler, Gelir İdaresi Başkanlığından veya bu hususta yetkili kıldığı makamlardan, vergi durumları ve vergi uygulaması bakımından müphem ve tereddütü mucip gördükleri hususlar hakkında yazı ile izahat isteyebilir. Gelir İdaresi Başkanlığı, kendisinden istenecek izahatı özelge ile cevaplandırabileceği gibi, aynı durumda olan tüm mükellefler bakımından uygulamaya yön vermek ve açıklık getirmek üzere sirküler de yayımlayabilir."

Mükelleflerin İzahat Taleplerinin Cevaplandırılmasına Dair Yönetmeliğin²¹ 8. maddesi uyarınca hakkında vergi incelemesi yapılmakta olan mükelleflerce veya vergi sorumlularınca incelemeye konu olan işlemlerle ilgili izahat talepleri özelge kapsamında değerlendirilmemektedir. Talep sahibine 3071 sayılı Dilekçe Kanunu kapsamında cevap verilse dahi özelgenin sağladığı hukuki imkanlardan yararlanamaz²².

II. İNCELEMeye BAŞLAMA

A. 7338 SAYILI KANUN DEĞİŞİKLİKLERİ ÖNCESİ, 6009 SAYILI KANUN DEĞİŞİKLİKLERİ İLE GETİRİLEN "İNCELEMeye BAŞLAMA TUTANAĞI" DÖNEMİ

6009 sayılı Kanunla VUK'ta yapılan değişikliklerden de önceki dönemde, belli durumların gerçekleşmesi, vergi incelemesine başlandığı şeklinde yorumlanmış²³; incelemeye başlamanın hangi tarihte başlamış sayılacağı hususunda du-

²¹ 28.10.2010 Tarihli ve 27686 Sayılı Resmi Gazete.

²² Hasan Aykın, "Vergi İncelemesi Ne Zaman Başlar? Vergi İncelemesine Başlama Tutanağında Mükellefin İmzasının Olmaması İncelemeye Engel midir?" *Yaklaşım Dergisi*, S. 2020 (Nisan 2011), Erişim Tarihi: Aralık 4, 2023. <https://portal.yaklasim.com/makale/2011-4/vergi-incelemesi-ne-zaman-baslar-vergi-incelemesine-baslama-tutanaginda-mukellefin-imzasinin-olmamasini-incelemeye-engel-midir?term=>.

²³ 6009 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önceki dönemde vergi incelemesine başlanmış kabul edilen haller, mükellefe uygulanması bakımından hakkında bir vergi incelemesine başlanmamış olmasının önem arz ettiği af kanunu niteliğindeki bazı kanunlarda yapılan düzenlemelere göre tayin edilmiştir. 3787 Sayılı Kanunun 4. maddesi, 4811 sayılı Kanunun 5. maddesi ve 6111 sayılı Kanunun 4. maddesinde incelemeye başlama hemen hemen aynı şekilde tanımlanmıştır. Ancak bu kanunların incelemeye başlama tarifleri bu kanunların uygulanması ile sınırlı olması ve af kanunlarının geçici niteliği sebebiyle Maliye Bakanlığı 1 No.lu Genel Tebliğ düzenlemesi ile konuya açıklık getirmeye çalışmıştır: "Vergi incelemeleri ile ilgili olarak mükellefler nezdinde; işe başlama tutanağının düzenlenmesi, vergi incelemesi yapılmak üzere mükellefin davet edilmesi, yasal defter ve belgeleri isteme yazısının tebliğ edilmiş olması veya matrah tesisine yönelik tutanak düzenlenmesi ya da yasal defter ve belgelerin vergi incelemesine yetkili olanlara ibraz edilmesi durumunda, vergi incelemesine başlanıldığı kabul edilecektir." Aykın, "Vergi İncelemesi Ne Zaman Başlar?" <https://portal.yaklasim.com/makale/2011-4/vergi-incelemesi-ne-zaman-baslar-vergi-incelemesine-baslama-tutanaginda-mukellefin-imzasinin-olmamasini-incelemeye-engel-midir?term=>.

raksamalar yaşanmış²⁴, bu belirsizlik çokça uyuşmazlığa sebep olmuş ve yargı organlarını da meşgul etmiştir. Ancak mükellef nezdinde “incelemeye ne zaman başlanmış sayılacağı” açık olarak tespiti mükellefin VUK 371. maddede yer alan pişmanlık ve ıslah müessesesi, özelge talep edebilme gibi lehine düzenlemelerden faydalanabilmesi ve vergi incelemesinden kaynaklı ödevlerinin bilincinde olması ve yükümlülüklerini yerine getirmesi bakımından önem arz etmektedir²⁵.

İncelemeye başlamanın VUK hükümlerinin uygulanması ve mükelleflerin faydalanacağı imkanları etkilemesi bakımından arz ettiği önem ve tartışmalar sebebiyle 6009 sayılı Kanun döneminde ayrıntılı yönetmelik hükümleri ile incelemeye başlama tarihinin tespitine açıklık kazandırılmaya çalışılmıştır.

6009 sayılı Kanunun 9. maddesi ile VUK 140. maddeye eklenen incelemeye başlama tutanağına ilişkin düzenlemeler ve buna dayalı olarak çıkarılan Yönetmelik hükümleri ile incelemeye başlamanın vergi inceleme sürecindeki diğer olaylardan bağı kopararak; yazılı bir şekilde mükellef nezdinde düzenlenecek incelemeye başlama tutanağının varlığının aranması esası getirilmiştir. Böylece idarenin mükellef nezdinde incelemeye başladığını ve pişmanlık ve ıslah hükümlerinden yararlanamayacağını iddia edebilmesi öngörülen usule uygun olarak düzenlenmiş ve ilgililere teslim edilmiş bir incelemeye başlama tutanağının varlığına bağlı kılınmıştır²⁶.

VUK'un eski 140. maddesine göre incelemeye yetkililer tarafından incelemeye başlama tutanağının düzenlenmesi zorunludur ancak incelemenin başlama tarihi açıkça kanunda düzenlenmemiştir. Vergi İncelemesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkındaki Yönetmeliğin (VİUEHY) o dönemki 9. maddesinin 3. fıkrasına göre de bu tutanağın mükellef tarafından imzalandığı tarih, incelemeye başlama tarihi olarak kabul edilmiştir. Yönetmeliğin değişiklik öncesi 9. maddesinin 2. bendine göre ise, incelemeye başlama tutanağının bir örneği nezdinde inceleme yapılarak teslim edilir, bir örneği de inceleme elemanının bağlı bulunduğu birim ile mükellefin bağlı bulunduğu vergi dairesine gönderilir. Vergi dairesine incelemeye başlama tutanağının gönderilmesi zorunluluğu, dairenin pişmanlık ve ıslah gibi talepler bakımından durumdan haberdar olmasının önemi gereği düzenlenmiştir.

Tutanakta mükellefin imzasının bulunmaması durumunda, tutanağın vergi dairesi kayıtlarına intikal ettirildiği tarihin incelemeye başlama tarihi olarak kabul edileceği ve bu durumda incelemeye başlama tutanağının bir örneğinin de ayrıca mükellefin bilinen adresine vergi dairesince gönderileceği Yönetmelikte belirtilmiştir. Mükellefin incelemeye başlama tutanağını imzadan imtina etmesi ya da ölüm, gaiplik, işin ya da memleketin terki gibi çeşitli sebeplerle mükellefin

²⁴ Turgut Candan, “Vergi İncelemeleri Bağlamında Mükellef Haklarına Danıştay'ın Bakışı”, II. Ulusal Mükellef Hakları Kongresi, Bildiri, (Ocak 2016), Erişim Tarihi Aralık 4, 2023, <https://turgutcandan.com/2016/03/04/vergi-incelemeleri-baglaminda-mukellef-haklarina-danistayin-bakisi/>.

²⁵ Adnan Çavuş, *Vergi İdaresinin Yükümlüyü Denetim Yolları*, (İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Mali Hukuk Ana Bilim Dalı Doktora Tezi, 2006), 193.

²⁶ Erdem, *Vergi İncelemesi*, 89.

incelemeye başlama tutanağına imzası alınamayabilmekteydi. Bu durumlardan kaynaklı mükellefle temas kurulamaması veya mükellefin verilen sürede defter ve belgelerini ibraz etmemesi ve tutanağı imzalamaması, incelemenin başlamasına ve yürütülmesine engel değildir. Tutanakta mükellefin imzasının bulunmaması halinde tutanağın vergi dairesi kayıtlarına intikal ettiği tarih, incelemeye başlama tarihi olarak kabul edilir. Bu düzenlemeyle incelemeye başlamanın mutlaka bir tutanak düzenlenmesine bağlanmasının sebep olabileceği olumsuzluklar giderilmek istenmiş; tutanağa mükellef imzasının bir şekilde alınmaması durumunda incelemeye bir türlü başlanamamasının önüne geçilmek istenmiştir²⁷.

Bu dönemdeki düzenlemelerle incelemenin bir tutanakla başlaması hüküm altına alınmış ve incelemeye başlama tarihi mükellefin incelemeye başlama tutanağını imzaladığı tarih olarak açıkça belirlenmiştir²⁸. Ancak VUK ve Yönetmelik hükmü irdelendiğinde incelemeye başlama tutanağının düzenleneceği yere ilişkin bir düzenleme bulunmamakta, sadece incelemeye tabi olanın nezdinde düzenlenmesi aranmaktadır. Bu durumda vergi incelemesine yetkililerin nezdinde inceleme yapılacak mükellefle bir temas kurması gerekmektedir. Çünkü VUK 140. maddesinin 1. ve 2. fıkraları gereğince incelemeye yetkililer işe başlamadan önce incelemenin konusunu açıkça incelemeye tabi olanlara açıklamak ve incelemeye başlama tutanağının bir örneğini vermek zorundadır. Bu nedenle incelemeye başlama tarihi ile mükellefin incelemeden haberdar olduğu tarih ayrı da olabilir. İncelemeye başlama tutanağının düzenlendiği ve imzalandığı tarih ile mükellefin incelemeye alındığını öğrendiği tarih ayırımının yapılması gerekmektedir²⁹. Zira incelemeye başlama tutanağının nerede düzenleneceğine dair açık hüküm bulunmamaktadır. Nitekim uygulamada incelemeye başlama tutanağı genellikle dairede düzenlenerek mükelleflerin telefonla aranması ya da tutanağı imzalaması için mükellefe yazı ile davetiye çıkarılması, mükellefin davetiyeye rağmen gelmemesi durumunda ise imzasının alınmaması sebebiyle vergi idaresinin kayıtlarına geçirilerek inceleme başlanması şeklinde gerçekleşmesi söz konusu olmaktadır³⁰. Hatta çoğu zaman mükellefle ilk temasın da defter ve belgeleri ibraz etme yazısı ile bu kurulduğu bilinmekteydi. VUK 139. maddesinin önceki haline göre incelemenin esas olarak incelemeye tabi olanın işyerinde yapılması hükmü ile beraber değerlendirildiğinde, dairede mükellefin gıyabında düzenlenerek başlanan incelemelerin hukuken incelemeye başlama niteliğinde olup olmadığı tartışma konusu olmuştur. Bu hususta doğası gereği nezdinde inceleme yapılanın işyerinde başlaması gereken vergi incelemesinin kanunen ve gerçekten

²⁷ Erdem, *Vergi İncelemesi*, 93.

²⁸ Soydan, *Vergi İncelemesi*, 477.

²⁹ Soydan, *Vergi İncelemesi*, 477.

³⁰ Candan, *Vergi İncelemeleri Bağlamında Mükellef Haklarına Danıştay'ın Bakışı*, Erişim Tarihi: Aralık 5, 2023, <https://turgutcandan.com/2016/03/04/vergi-incelemeleri-baglaminde-mukellef-haklarina-danistayin-bakisi/>.

başlamadan, mükellefin daireye çağırılması sonucu başlatılmasının mümkün olmadığı iddia edilmiştir³¹. Ancak idare açısından bakıldığında ise mevzuatta incelemeye başlama tutanağının nerede düzenleneceğine ilişkin hüküm olmaması ve Yönetmelikte yer alan incelemeye başlama tutanağına mükellefin imzasının alınamaması durumunda vergi dairesi kayıtlarına girdiği tarihin incelemeye başlama tarihi sayılacağına dair düzenlemenin mükellefi incelemeye başlama tutanağını imzalamak için daireye çağırılmayı haklı gösterdiği iddia edilebilse de; ilk görüşmenin mükellefin işyerinde yapılmasının pişmanlık ve ıslah müessesesinin mantığına uygun düşmekte olduğu dile getirilmiştir³².

İncelemeye başlamaya dair VUK'ta değişiklik yapan 6009 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme bu haliyle incelemeye başlama tutanağının ıslah ve pişmanlık hükümlerinden faydalanmak amacıyla kötüye kullanılabilmesine imkan sağladığı da iddia edilmiştir³³. Nezdinde inceleme yapılacağından bir davet yazısı ya da telefonla haberdar olan mükellefin, incelemeye başlama tutanağının vergi dairesi kayıtlarına intikaline kadar geçen sürede pişmanlık hükümlerinden faydalanmak üzere; kendisine verilen sürede defter ve belgelerini kasıtlı olarak ibraz etmemesi ya da vergi inceleme elemanını oyalayarak kasıtlı olarak incelemeye başlama tutanağını imzadan imtina etmesi söz konusu olabilir. Bu durumda pişmanlık ve ıslah müessesesi gerçek amacı dışında kullanılması ve incelemeye alınacağından haberdar olan kötü niyetli mükelleflerce incelemenin cezai sonuçlarını bertaraf etmesi ve aynı durumda bulunan diğer mükelleflerle arasındaki eşitliği bozması hukuk içinde mümkün hale gelmektedir³⁴.

Uygulamada, incelemeye başlama tutanağının düzenlenmesinin zorunlu olduğu dönemde, vergi incelemesi ile görevlendirilen yetkili, genellikle nezdinde inceleme yapılacak mükellefe bir yazı yazarak, ya da telefonla arayarak sözlü şekilde mükellefi veya vekilini vergi incelemesi hakkında bilgilendirmeye ve

³¹ Bu durumda Candan'a göre mükellefin daireye çağırılarak inceleme tutanağını imzalamaya ya da defter ve belgelerini imzalamaya davet edilmesi ama davete icabet etmemesi sonrası incelemeye başlama tutanağına imzası alınmadığından başlatılan bir incelemenin, mükellefin kullanmasının bir vergi incelemesinin başlamamış olmasına bağlı olan haklarını kullanmasına engel olmayacağını belirtmektedir. Diğer taraftan usulüne uygun olarak başlanmış bir vergi incelemesi bulunmadığından hukukiliğinin ve sonuçlarının da tartışılır hal geldiğini de belirtmektedir. Candan, Vergi İncelemeleri Bağlamında Mükellef Haklarına Danıştay'ın Bakışı, Erişim Tarihi: Aralık 5, 2023, <https://turgutcandan.com/2016/03/04/vergi-incelemeleri-baglaminde-mukellef-haklarina-danistayin-bakisi/>.

³² Soydan, *Vergi İncelemesi*, 477.

³³ Aykın, "Vergi İncelemesi Ne Zaman Başlar? Vergi İncelemesine Başlama Tutanağında Mükellefin İmzasının Olmaması İncelemeye Engel midir?", Erişim Tarihi: Aralık 4, 2023, <https://portal.yaklasim.com/makale/2011-4/vergi-incelemesi-ne-zaman-baslar-vergi-incelemesine-baslama-tutanaginda-mukellefin-imzasinin-olmamasini-incelemeye-engel-midir?term=>.

³⁴ Aykın, "Vergi İncelemesi Ne Zaman Başlar? Vergi İncelemesine Başlama Tutanağında Mükellefin İmzasının Olmaması İncelemeye Engel midir?", Erişim Tarihi: Aralık 4, 2023, <https://portal.yaklasim.com/makale/2011-4/vergi-incelemesi-ne-zaman-baslar-vergi-incelemesine-baslama-tutanaginda-mukellefin-imzasinin-olmamasini-incelemeye-engel-midir?term=>.

incelemeye başlama tutanağını imzalamaya davet etmiştir. Mükellefe VUK 14. maddesi gereğince mükellefin yazıyı tebliğ almasından itibaren verilecek ve on beş günden az olamayacak sürede mükellefin gelmemesi üzerine de incelemeye yetkililer tarafından hazırlanan ve imzalanan incelemeye başlama tutanağı vergi dairesi kayıtlarına intikal ettirilerek vergi incelemesine başlandığı görülmüştür. Oysa ki bu dönemde VUK 139. maddesi çerçevesinde incelemenin esas olarak incelemeye tabi olanın işyerinde yapılacağı düzenlenmişti. İşyerinde inceleme yapılmasının esas olduğu bir durumda incelemeye başlamanın da işyerinde tutanak altına alınması işin doğası gereğidir. Kanuna uygun bir incelemeye başlama tutanağı bulunmaması incelemenin hukukiliğini de tartışılır hale getirmiştir³⁵.

Çoğu zaman uygulamada incelemeye başlama tutanağını imzalamaya davet yazısı ve defter ve belgelerini ibrazda davet birlikte yapılmıştır. Ancak bu durum idare ve mükellefler arasında ihtilaflara sebep olmuş, incelemeye başlama tutanağını imzalamaya gelmeyen ve defter ve belgelerini de ibraz etmeyen mükellefler hakkında defter ve belgeleri ibrazdan kaçınmaya ilişkin süreç yürütülmüştür. Oysa ki usulüne uygun olarak düzenlenmiş ve vergi dairesi kayıtlarına intikal ettirilmiş bir incelemeye başlama tutanağı olmadan incelemeye başlama gerçekleşmeyeceğinden, mükellefin defter ve belgelerini ibraz yükümlülüğü de doğmamaktadır. Vergi inceleme görevinin incelemeye yetkili olanlara verilmesinden itibaren VUK'un usule ilişkin hükümlerine tam riayet gerekmektedir. Usulüne uygun olmayan bir incelemeye başlamada vergi incelemesi de usule aykırı olduğundan hukuken yok hükmünde sayılmalıdır. Zira 6009 sayılı Kanun sonrası getirilen incelemeye başlama tutanağı vergi incelemesinin bir nevi yol haritası niteliğinde³⁶, hukuki sonuçları bulunan son derece önemli bir tutanaktır. Bu tutanağın hiç ya da usulüne uygun düzenlenmemesi, esasen vergi incelemesine de hiç başlanmadığı anlamına gelir³⁷.

6009 sayılı Kanun ile VUK'ta yapılan değişiklik doğrultusunda kabul edilen incelemeye başlamanın mükellef nezdinde bir incelemeye başlama tutanağı düzenlenmesi ve mükellefe imzalatırılması ile başladığının kabul edilmesi uygulamaya bir yön verse de incelemeye başlamanın mükellefin daireye sözlü ya da yazılı olarak davet edilmesi yönteminin benimsenerek uygulanması sebebiyle yukarıda bahsettiğimiz sorunları potansiyel olarak barındırdığını da görmekte-

³⁵ Candan, Vergi İncelemeleri Bağlamında Mükellef Haklarına Danıştay'ın Bakışı, Erişim Tarihi: Aralık 5, 2023, <https://turgutcandan.com/2016/03/04/vergi-incelemeleri-baglaminda-mukellef-haklarina-danistayin-bakisi/>.

³⁶ İncelemeye başlama tutanağının inceleyen taraf ile incelenen taraf arasında gerçekleşecek incelemenin yürütümüne dair idare tarafından re'sen uygulanan bir model bir sözleşme niteliğinde olduğu da iddia edilmiştir. Soydan, *Vergi İncelemesi*, 478.

³⁷ Ahmet Erol, "İncelemeye Başlama Tutanağının Düzenlenmemesi, Mükellefçe İmzalanmaması veya Mükellefin İncelemeye Başlama Tutanağı İçin Gelmemesi", *Yaklaşım Dergisi*, S. 245 (Mayıs 2013), Erişim Tarihi: Aralık 5, 2023. <https://portal.yaklasim.com/makale/2013-5/incelemeye-baslama-tutanagin-in-duzenlenmemesi-mukellef-incelemeye-baslama-tutanagi-icin-gelmemesi?term=>.

yiz. Diğer taraftan gelişen ve değişen ihtiyaçlar ile teknolojik gelişmelere uygun olarak vergi incelemesinin de dijitalleşmeye doğru evrilmesi ve giderek daha çok dairede yapılması, incelemeye başlamaya dair yöntemin değişmesini gerektirmiş ve 14.10.2021 tarih ve 7338 sayılı Vergi Usul Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun³⁸ VUK'ta köklü değişiklikler yapılarak inceleme konumuza dair değişiklikler yürürlüğe girmiştir.

B. 7338 SAYILI KANUNLA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER SONRASI "İNCELEMAYA BAŞLAMA BİLDİRİMİ" DÖNEMİ

26.10.2021 tarihli 31640 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 7338 sayılı Kanun'un 18. maddesi ile VUK'un "İncelemede Uyulacak Esaslar" başlıklı 140. maddesinin 1. bendi "İncelemeye tabi olana, vergi incelemesinin konusunu ve incelemeye başlanıldığı hususunu bir yazıyla bildirirler. Ayrıca, yazının bir örneğini bağlı olduğu birime ve ilgili vergi dairesine gönderirler." şeklinde değiştirilmiş ve 2. bendinde yer alan incelemeye başlama tutanağı düzenleneceğine ilişkin düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece vergi incelemesine başlamanın hukuken belgelendirilmesinde, uzunca bir süre uygulanan ve incelemeye başlamanın tarihine ilişkin sorunların çözümünde esas kabul edilen ancak yukarıda bahsedilen tartışmalara da mahal veren, incelemeye tabi olanın nezdinde incelemeye başlama tutanağı düzenlenmesi zorunluluğundan vazgeçilerek; incelemeye yetkililer tarafından incelemeye tabi olana incelemeye başlandığının yazı ile bildirilmesi esası getirilmiştir. Düzenlemenin gerekçesine göre, "İncelemelere, mükellefle birlikte imzalanan incelemeye başlama tutanağının düzenlenmesiyle başlanılmakta olup, tutanağın imzalanması tarafların irade ve öznel koşullardan kaynaklanan nedenlerle gecikebilmektedir. Bu gecikme kamusal faaliyetlerde olduğu kadar, mükelleflerin ticari ve mali iş ve işlemlerinde de aksamalara yol açabilmektedir. Bu değişiklikte kamusal denetim faaliyetlerinin etkin ve verimli biçimde icrası, mükellef hukukunun gecikmeksizin tesis edilmesi, dijital vergi denetim sisteminin geliştirilmesi ve vergi iade incelemeleri dahil olmak üzere, inceleme sürelerinin kısaltılması amaçlanmaktadır. Ayrıca yapılan değişiklik ile uluslararası uygulamalara uygun bir yöntem olan "yazılı bildirim" ile incelemeye başlanarak kamusal denetim süreci hızlandırılacaktır³⁹."

Bu değişiklik ile kamusal denetim faaliyetlerinin etkin ve verimli biçimde icrası, mükellef hukukunun gecikmeksizin tesis edilmesi, dijital vergi denetim sisteminin geliştirilmesi ve vergi iade incelemeleri dahil olmak üzere inceleme sürelerinin kısaltılması amaçlanmıştır. Ayrıca yapılan bu değişiklik ile uluslararası uygulamalara uygun bir yöntem olan "yazılı bildirim" ile incelemeye başlanarak kamusal denetim sürecine hızlı bir şekilde başlanabilecektir.

³⁸ 26.10.2021 tarih ve 31640 sayılı Resmi Gazete.

³⁹ 7338 Sayılı Kanun 18. madde Gerekçesi, <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-3854.pdf>.

İnceleme görevinin incelemeye yetkililere tevdi edilmesi sonrasında hazırlık aşamasından başlayarak, esasen dijital kayıt ve belgeler üzerinden inceleme ve bilgi toplama başlamaktadır. VIÜUEHY'nin 9. maddesinin değişikliğe uğramadan önceki haline göre vergi incelemelerine otuz gün içinde başlanması gerekmekte; haklı bir mazeret olması halinde ise on beş gün ek süre verilmekteydi. Mükellef ile birlikte imzalanan incelemeye başlama tutanağının düzenlenmesi ile inceleme başlamaktaydı. Ancak; gerekçede de vurgulandığı üzere, incelemeden mükellefin haberdar edilmesi ve incelemeye başlama tutanaklarının taraflarca imzalanması gibi çeşitli dışsal sebeplerle incelemeye başlama kırkbeş güne kadar uzayabilmekte ve gecikmekte; defter ve belge ibrazına yönelik sürelerin de kulanılmasıyla vergi incelemesine fiilen başlanması altmış güne kadar sarkabilmekteydi. Bu gecikme kamusal faaliyetlerin olduğu kadar, mükelleflerin ticari ve mali iş ve işlemlerinde de aksamalara yol açabilmektedir⁴⁰. Bu noktada incelemenin yazılı bildirim ile başlaması; hem kamusal denetim faaliyetinin etkin ve hızlı şekilde bir an önce bitirilmesi; hem de mükellef hukuku bakımından hakkındaki vergi incelemesinin bir an önce yapılıp sonlandırılması ile mükellef hukukunun gözetilmesi ve tesisi bakımından da yerindedir. Diğer taraftan teknolojik gelişmeler doğrultusunda uygulamaya konulan elektronik vergi dairesi, elektronik defter ve faturalar dikkate alındığında; defter, kayıt ve belgeler üzerinde gerçekleşecek olan vergi incelemelerinde artık mükellefin işyerine gidilerek defter kayıt ve belgelerin ibrazının talep edilmesi güncel gelişmelere denk düşmemektedir. Bu doğrultuda vergi incelemesinin esas olarak mükellefin işyerinde yapılacağına dair VUK 139. maddesinde yer alan hüküm de değiştirilerek incelemenin esas olarak dairede yapılacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla gerekçede de belirtildiği üzere dijital vergi denetim sisteminin gelecekte vergi denetimlerinde giderek yaygınlaşması sebebiyle; teknolojik ilerlemeye uygun, zamandan ve emekten tasarrufu hedefleyen, aynı zamanda hukuki güvenlik ilkesine uygun bir yöntem olarak “yazılı bildirim” esasının incelemeye başlama tarihinin belirlenmesi bakımından hakim kılınması yerinde olmuştur.

Kanuni düzenlemelerin vergi idaresi tarafından amacı doğrultusunda uygulanması bakımından, çıkarılacak yönetmelik düzenlemelerinin, kanun koyucunun iradesinin gerçekleşmesini sağlayıcı şekilde olması da önem arz etmektedir. Bu doğrultuda uygulamaya yönelik yapılacak düzenlemelerle yazılı bildirim usulü yasal boşluğa ve keyfiliğe yer bırakmayacak şekilde belirlenmelidir. VUK 140. maddesinin 1. fıkrasının 1. bendinde yer alan; incelemeye tabi olana vergi incelemesinin mevzuunun incelemeye başlamadan önce açıkça izah edileceğine ilişkin düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır. Uygulamada incelemeye yetkili olanlar

⁴⁰ İmdat Türkay, “7338 Sayılı Kanunla Vergi Usul Kanunu’nda Yapılan Bazı Önemli Değişiklikler”, *Yaklaşım Dergisi*, S. 348 (Aralık 2021), Erişim Tarihi: Aralık 5, 2023, <https://portal.yaklasim.com/makale/2021-12/7338-sayili-kanunla-vergi-usul-kanununda-yapilan-bazi-onemli-degisiklikler?term=7338>.

bu yükümlülüğünü genellikle incelemenin konusunu bildiren bir yazı yazarak ya da işyerinde veya dairede yapılan ilk görüşmede kimlik ibrazı ve kendilerini tanıtmalarının ardından; incelemeye başlama tutanağı düzenleyerek, tutanakta yer alması zorunlu olan vergi incelemesinin türü, dönemi, kapsamı, incelemeye alınma gerekçesi gibi bilgileri yazarak yerine getirmektelerdi. Ancak yeni düzenleme ile getirilen “yazılı bildirim” usulüne ilişkin olarak VİUEHY’de yapılan 28.06.2022’de yapılan ve 01.07.2022 tarihinde yürürlüğe giren değişikliklerle Yönetmeliğin 11. maddesi “incelemeye başlama bildiriminin muhteviyatı” başlığı altında yeniden düzenlenmiştir. Buna göre, nezdinde inceleme yapılanın kimlik bilgileri ile unvanı ve adresi, incelemenin türü, incelemeye alınma gerekçesi, incelemenin konusu, inceleme dönemi, vergi türü, bildirim düzenlenme tarihi ve vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların imzası, mükelleflerin incelemeyle ilgili hak ve yükümlülükleri hakkında bilgiler incelemeye başlama bildiriminde yer almak zorundadır⁴¹.

Kanun’da yapılan değişiklikten sonra Yönetmeliğin 7. ve 9. maddesinde değişikliğe gidilerek işe başlama ve incelemeye başlamaya dair süreler yönetmelik hükmü ile kısaltılmıştır. Görevlendirme yazısını aldıktan sonra işe başlama süresi beş güne indirilmiştir. Vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların inceleme görevinin verilmesinden itibaren en geç beş gün içinde işe başlayacakları; en geç on beş gün içinde incelemeye başlayacakları öngörülmüştür⁴². Bu süre içinde incelemeye yetkili olan kişi tarafından incelemeye başlama yazısı düzenlenerek vergi mükellefine gönderilmesi gerekmektedir. Yönetmeliğe göre bu süre içinde incelemeye başlanılamaması halinde, durumun gerekçeli bir yazı ile bağlı bulunan birime bildirilmesi sonucu ilgili birim incelemeye başlanılamamasını haklı kılan bir mazeretin varlığı halinde en fazla beş gün ilave süre verebileceği gibi inceleme görevini başka bir inceleme elemanına da verebilir.

7338 sayılı Kanun ile VUK’un 140. maddesinde yapılan değişiklikle getirilen “yazılı bildirim” usulünde incelemeye başlamanın tarihi kanuni düzenlemede açıkça yer almamıştır. Önceki dönemde de VUK’ta incelemeye başlamanın tarihi kanunda düzenlenmemiş; Yönetmelikteki düzenleme doğrultusunda inceleme başlama tutanağının mükellefçe imzalandığı tarih, incelemeye başlama tarihi olarak kabul edilmişti. Mükellefçe imzalanmadığı durumlarda ise; bu durum gerekçesi ile birlikte tutanağa yazılmak suretiyle, vergi incelemesine yetkililerin imzalaması yeterli oluyordu. 7338 sayılı Kanun değişikliği sonrasında başlama tarihi, yazılı bildirim içeren yazının tarihi mi yoksa bu bildirim mükellefe ulaştığı tarih mi olacağı sorusu akla gelmektedir.

⁴¹ 28/6/2022 Tarihli 31880 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan düzenlemelerle değişik VİUEHY’nin 11. maddesi.

⁴² Yönetmeliğin 7. ve 9. maddesinin 28/6/2022- 31880 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanan değişikliklerle değiştirilmesinden önce işe başlama için on gün, incelemeye başlama için otuz günlük süre öngörülmüştü.

VİUUHY 9. maddesinin 3. fıkrasına göre; “İncelemeye başlama tarihi, incelemeye başlama bildirimının düzenlendiği tarihtir.” Yönetmelik düzenlemesi ile incelemeye başlama tarihi olarak bildirim mükellefin eline ulaştığı tarih değil; vergi dairesinde vergi incelemesine yetkili tarafından düzenlendiği tarih esas alınmıştır. Bu düzenlemenin kanun yerine yönetmelik ile yapılması eleştiriye açıktır. Zira incelemeye başlama tarihini açıkça ortaya koyan bu düzenleme, vergi incelemesinin hukuken başlamasına ve tabiri caizse mükellefin vergi kanunları karşısındaki konumuna, hak ve ödevlerine dair milat niteliğindeki bir düzenlemedir. Verginin unsurlarından biri olan matrahın saptanmasına dair bir ön işlem olmasının yanı sıra ödenmesi gerektiği halde bir şekilde beyan dışı kalmış olan vergilerin tespit edilerek tarh edilmesi işleminin hazırlık işlemi⁴³ olduğu da düşünülürse, vergilerin yasallığı ilkesi⁴⁴ çerçevesinde kanunla düzenlenmesi yerinde olurdu. Vergilerin yasallığı ilkesi, bir yandan vergilerin genel objektif düzenleyici işlemlerle konulmasını, öte yandan da bireysel yani subjektif nitelikli vergi tarh ve tahsil işlemlerinin de vergi yasalarına uygun olarak yapılmasını içerir⁴⁵. Vergi incelemesine başlamanın olası bir tarh işlemi sürecini başlattığı ve buna bağlı olarak VUK’ta mükellefe tanınan bazı imkanlardan yararlanamama gibi hukuki sonuçları nazara alındığında bu başlama tarihinin açık ve net olarak kanunla belirlenmesi, kanımızca vergilerin yasallığı ilkesine daha uygun düşecektir.

Yönetmeliğin 9. maddesinin 2. fıkrasına göre; “İncelemeye Başlama Bildiriminin bir örneği nezdinde inceleme yapılabilecek, bir örneği vergi incelemesi yapmaya yetkili olanın bağlı bulunduğu inceleme ve denetim birimine, bir örneği ise mükellefin bağlı olduğu vergi dairesine gönderilir.” 7338 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik öncesinde de düzenlenmesi zaruri olan incelemeye başlama tutanağının bir örneğinin ilgili vergi dairesine ve denetim elemanının bağlı bulunduğu birime gönderilmesi gerekiyordu. Aynı sistem korunarak, bu defa mükellefe nezdinde inceleme başlatıldığına ilişkin incelemeye başlama bildirimini içeren yazının bir örneğinin ilgili vergi dairesine ve denetim elemanının bağlı bulunduğu idari birime gönderileceği düzenlenmiştir. Böylece mükellef tarafından vergi dairesine yapılacak çeşitli başvurular bakımından vergi incelemesinin varlığından idare haberdar olabilecek ve bu duruma göre idari kararlar alabilecektir. Aksi halde “İncelemeye Başlama Bildirimi” düzenlendiği ve incelemeye başlandığı halde mükelleflerin yaptığı pişmanlık ve ıslah bildirimleri bakımından idarece yapılacak işlemlerde tereddüt oluşacak ve uyuşmazlıklara yol açabilecektir.

VUK’un “Tebliğ esasları” başlıklı 93. maddesine göre, tahakkuk fişi haricinde, vergilendirme ile ilgili olup, hüküm ifade eden tüm belgeler ve yazılar adres-

⁴³ Soydan, *Vergi İncelemesi*, 229; Turgut Candan, *Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma*, (Ankara: Maliye ve Hukuk Yayınları, 2006), 170.

⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bakınız, Gülsen Güneş, *Verginin Yasallığı İlkesi* (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2011), 14.

⁴⁵ Öncel, Kumrulu ve Çağan, *Vergi Hukuku*, 42.

leri bilinen gerçek ve tüzel kişilere posta vasıtası ile ilmühaberli taahhütlü olarak, adresleri bilinmeyenlere ilan yolu ile tebliğ edilir. 23/7/2010 tarihli 6009 sayılı Kanununun 7. maddesi ile VUK'na eklenen 107/A maddesi gereğince mükelleflere elektronik tebligat yapılması mümkün hale gelmiştir. Buna göre,

“Bu Kanun hükümlerine göre tebliğ yapılacak kimselere, 93 üncü maddede sayılan usullerle bağlı kalınmaksızın, tebliğe elverişli elektronik bir adres vasıtasıyla elektronik ortamda tebliğ yapılabilir.”

Elektronik ortamda tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır.

Maliye Bakanlığı, elektronik ortamda yapılacak tebliğle ilgili her türlü teknik altyapıyı kurmaya veya kurulmuş olanları kullanmaya, tebliğe elverişli elektronik adres kullanma zorunluluğu getirmeye ve kendisine elektronik ortamda tebliğ yapılacakları ve elektronik tebliğe ilişkin diğer usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.”

VUK 107/A maddesi çerçevesinde tebliğe elverişli elektronik tebligat kullanma yükümlülüğü getirilenlere incelemeye başlama bildirimini elektronik tebligat yoluyla da yapılabilir. Bu tebligatın mükellefin adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda tebliğ yapılmış sayılır. Ancak incelemeye başlamada incelemeye başlama bildiriminin tarihi esas alındığından ve bildirim de dairede inceleme elemanı tarafından düzenlendiğinden; ister posta yoluyla ister elektronik tebligat yoluyla olsun; düzenlenmeden sonra ancak mükellefe ulaşmadan önceki bir tarihte mükellef pişmanlık ve ıslah yoluna başvurmuş olabilir. Bu durumda da pişmanlık ve ıslah hakkından yararlanma açısından mükellef bakımından bilinemez bir tarih aralığı söz konusudur.

İncelemeye başlama bildiriminin resmi bir yazı olduğu düşünüldüğünde, incelemeye yetkili olan kişi tarafından imzalandıktan sonra bir örneği mükellefin bağlı olduğu vergi dairesine gönderileceğinden, yazının mükellefe ulaşmasından önce vergi dairesine ulaşması muhtemeldir. Mükellef ise nezdinde incelemeye başlanıldığından haberdar olmadan önce pişmanlık ve ıslah başvurusunda bulunmuş olabilir. Bu gibi durumlarda yaşanacak tereddütler bakımından vergilendirme işlemlerine hakim olması gereken hukuki güvenlik ilkesi gereği mükellefin haklarının korunması ve incelemeye başlamada yazılı bildirim ulaşması kriterinin uygulanması gerekirdi. İncelemeye başlamanın hukuki ve mali sonuçlar doğurduğu, mükellefin nezdinde inceleme yapılan statüsüne girdiği; ıslah, pişmanlık, matrah artırımı gibi bazı haklarını kullanmaktan artık yoksun hale geldiği nazara alındığında incelemeye başlamanın yazılı bildirim düzenlendiği tarih olarak kabulü mükellefin hukuki belirlilik hakkına aykırıdır. Kanımızca, incelemenin yasal olarak bitirilmesi gereken sürenin hesabında ve mükellefin kullanabileceği haklar ve yükümlülükler bakımından önemli olan incelemeye başlama tarihi; yazılı bildirim mükellefe ulaştığı tarih olarak düzenlenmelidir.

III. İNCELEMAYA BAŞLAMA BİLDİRİMİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

VİUEHY'nin 11. maddesinde incelemeye başlama bildiriminde bulunması gereken hususlar düzenlenmiştir. Buna göre incelemeye başlama bildiriminde, inceleme yapılanın kimlik bilgileri, unvanı, adresi, incelemenin türü (tam/sınırlı inceleme), incelemeye alınma gerekçesi, incelemenin konusu, inceleme dönemi, vergi türü, bildirim düzenlenme tarihi ve vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların imzası, mükelleflerin incelemeyle ilgili hak ve yükümlülükleri hakkında bilgi yer almak zorundadır.

Bu bilgilerin incelemeye başlama tutanağında yer alması, inceleme aşamasındaki keyfiliği hem idare bakımından hem de mükellef bakımından ortadan kaldıran bir etki taşımaktadır. Vergi incelemesine başlanması ile yükümlülerin vergilendirme işlemlerinin gözden geçirilmesi söz konusu olduğundan, nezdinde inceleme yapılacak mükellef açısından da bir hazırlık ve çalışması gerektirmektedir⁴⁶. Bu bakımdan mükellefin incelemenin türünü, konusunu, kapsamını, dönemini, yerini, gerekçesini, incelemeyi kimin ya da kimlerin yapacağını incelemeye başlama tutanağı ile öğrenmesi ve bilmesi inceleme sürecinde karşılaşılabilecek sorulara ve açıklama taleplerine hazırlıklı olması ve böylece incelemenin de inceleme elemanı bakımından sağlıklı ve sorunsuz bir şekilde yürütülmesi bakımından önemlidir⁴⁷.

İncelemeye başlama bildiriminde yer alması zorunlu hususların bir ya da bir kaçının bulunmaması halinde yine de incelemeye başlamadan söz edilebilecek midir? Bu sorunun cevabını vermek için idari işlem teorisi bakımından incelemeye başlama bildiriminin irdelenmesi gerekir. İncelemeye başlama bildirimi bir idari işlem midir? Yoksa inceleme elemanının vergi incelemesine hazırlık aşamasında yaptığı iç yazışmalar, dosya incelemesi vs. gibi işlemlerden birisi midir? İncelemeye başlama bildirimi, tarh işlemine hazırlık işlemi mahiyetindeki vergi incelemesinin işlemler dizisindeki parçalarından birisi olarak⁴⁸, incelemeye başlanması ile işlemin muhatabı konumundaki mükellef bakımından bir takım hukuki etki ve sonuçlar doğuran bir idari işlemdir. İncelemeye başlama ile idarenin vergilendirme ve sürece ilişkin yetki ve sorumlulukları devreye girdiği gibi, vergi yükümlüsünün de sürece ilişkin ödev ve hakları işlerlik kazanmaktadır⁴⁹. Zira inceleme başlama bildiriminin düzenlenmesi sonrasında mükellefin defter ve

⁴⁶ Erdem, "Vergi İncelemesi", 93.

⁴⁷ Soydan, *Vergi İncelemesi*, 479.

⁴⁸ İdari işlem genellikle birden çok faaliyet ve işlemten oluşan bir bütündür. İdari işlemi oluşturan irade zaman içinde hazırlanır, tamamlanır ve uygulamaya konulur. Genel, ortak amacı ifade eden işleme asıl işlem, bu amaca ulaşmak için yapılan işlemlere ön işlemler denir. Bunlar da kendi aralarında hazırlık işlemleri, ara işlemler, yardımcı işlemler gibi kesimlere ayrılır. Bu evrelerden birinde oluşan bozukluk, amaç işlemini de etkiler. Amaç ya da sonuç işlemi hakkında bu nedenle iptal davası açılabilir." Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2016), 357-358.

⁴⁹ Soydan, *Vergi İncelemesi*, 478-479.

belgelerini vergi incelemesine ibrazı yazılı olarak istenmekte ve mükellef de ibraz yükümlülüğü altına girmektedir. Yine yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere VUK ile mükellefe başvuru imkanı tanınan bazı müesseselerden yararlanma hakkı mükellef hakkında incelemeye başlama bildirimini ile bir vergi incelemesinin başlamamış olmasına bağlanmıştır. Bu sebeple de incelemeye başlama bildirimini ile artık vergi inceleme elemanı tarafından yapılacak olan araştırma ve inceleme aşaması da resmen ve fiilen başlamakta, nezdinde inceleme yapılan mükellef de incelemenin kapsamından haberdar edilmektedir. İncelemeye başlama safhası, vergi incelemesinin amacına uygun olarak yapılacak derinlemesine inceleme araştırma safhasına geçebilmek için gereken bir işlem niteliğindedir.

Şekil unsuru, hem bir idari işlemin yapılış usulünü hem de işlemde var olan iradenin dış dünyaya nasıl yansıtacağını ifade eder⁵⁰. İdari işlemlerde yer alan şekil eksikliklerine ilişkin olarak Danıştay kararlarına göre usulüne uygun olarak tebliğ, bildirim, çağrı ve ilan yapılmadan alınan kararlar şekil bakımından sakattır⁵¹. Danıştay kararlarında şekil sakatlarının önemine göre asli (birincil, esası etkileyen) şekil sakatlıkları ve tali (ikincil, esası etkilemeyen) şekil sakatlıkları olarak ayrıma gidildiği görülmektedir⁵². Danıştay'ın bu ayrımı yaparken, şekil ve usul kurallarının işlem üzerindeki etkisini ve getiriliş amacını dikkate aldığını söyleyebiliriz⁵³. Bir işlemin yapılış usulüne ilişkin olarak işlemde bulunması zorunlu şekli unsurlardan işlemin esasına etkili olacak nitelikteki eksiklikler asli şekil sakatlığı olup; işlemin iptal edilmesini ya da yok sayılmasını gerektirir. Vergi incelemesi bakımından da uyulması gereken usul kurallarına ilişkin olarak usul kurallarının ihlali, inceleme sonucuna dayanılarak yapılacak vergi tarhiyatının iptalini gerektirecek nitelikte işlemi sakatlaması durumunda, şekle aykırılık sebebiyle işlemin iptali ya da yok sayılması mümkündür⁵⁴. Ancak esasa etkili olmayan ikincil nitelikteki şekil kurallarına uyulmaması, idari işlemin hukukiliğini zedeleyecek kadar ağır bir şekle aykırılık olmadığından işlemin iptalini gerektiremeyebilir. Danıştay'da vergi incelemesine dair usul kurallarının ihlalinin vergi incelemesi sonucu tesis edilecek vergilendirme işlemi şekil unsuru yönünden sakatlayıp sakatlamayacağı konusunda görüş birliği yoktur⁵⁵.

⁵⁰ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2018), 372.

⁵¹ Örneğin usulüne uygun olarak duyuru koşulları yerine getirilmeden ihale yapılması işlemi şekil bakımından hukuka aykırı hale getirmektedir. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 380.

⁵² Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 380-381.

⁵³ Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku*, 400.

⁵⁴ Candan, Vergi İncelemeleri Bağlamında Mükellef Haklarına Danıştay'ın Bakışı, Erişim Tarihi: Aralık 5, 2023, <https://turgutcandan.com/2016/03/04/vergi-incelemeleri-baglaminda-mukellef-haklarina-danistayin-bakisi/>.

⁵⁵ Candan, Vergi İncelemeleri Bağlamında Mükellef Haklarına Danıştay'ın Bakışı, Erişim Tarihi: Aralık 5, 2023, <https://turgutcandan.com/2016/03/04/vergi-incelemeleri-baglaminda-mukellef-haklarina-danistayin-bakisi/>.

İncelemeye başlama bildirimini yapılaş usulü ve bildirimde yer verilecek unsur- lar da Yönetmelik hükümleriyle net olarak belirlenmiştir. İnceleme bildiriminde yer alması zorunlu bulunan unsurlardan örneğın incelemenin konusu, verginin türü gibi unsurların ya da nezdinde inceleme yapılan mükellefin kimlik bilgilerinin bildirim- de yer almaması durumunda incelemenin esasına etkili bir husus olması sebebiyle şekil unsuru yönünden sakatlık oluşabilecektir. Bu durumda inceleme başlama bil- dirimi yok hükmünde olup, incelemeye de hiç başlanmamış olur. Kanuna ve yö- netmeliğe uygun olarak düzenlenmiş bir incelemeye başlama bildirimini olmaksızın yapılan vergi incelemesi sonuçları itibariyle hukuken tartışmalı hale gelir.

Vergi incelemesine başlama tarihi dolayısıyla incelemeye başlama bildiri- minin tarihi, incelemenin türüne göre bitirilmesini gerektiren sürenin hesabında da dikkate alınacaktır. Vergi inceleme elemanlarının ek süre talep etmeleri gerek- tiğında de yine başlama tutanağının tarihi esas alınacaktır. İncelemeye başlama tarihinin belirlenmesi inceleme süresinin başlaması bakımından da önemlidir. Zira kanunda öngörülen sürelerde bitirilmeyen vergi incelemelerinin hükümsüz hale geleceğı yönünde görüşler bulunmaktadır⁵⁶. VUK 134. maddesinde düzen- lenen ve vergi incelemelerinin bitirilmesi için öngörülen tam imcelemede bir yıllık, sınırlı incelemede altı aylık süreler içinde bitirilmeyen vergi incelemeleri bakımından zaman yönünden yetki aşımı olacağı ve artık bu inceleme süresine dayanarak vergi inceleme raporu yazılamayacağı, yazılsa bile buna dayanılarak vergi tarh ettirilemeyeceğı ileri sürülmektedir⁵⁷. İdarenin kanunun kendisine tanı- dığı süre içinde yetkisini kullanmaması zaman bakımından yetkisizlik oluşturur⁵⁸. Zira vergi incelemesi çoğu durumda tek başına icrai olmayan bir hazırlık işlemi de olsa bir idari işlemdir ve işleme ilişkin yetkinin başladığı tarihten sona erdiği tarihe kadarki zaman diliminde yapılması gerekir⁵⁹.

SONUÇ

Vergi incelemesinin başlaması, hem vergi idaresinin görev ve sorumlulukları bakımından hem de incelemenin yöneldiğı mükellefin hukuku açısından önemli etki ve sonuçlar doğuran bir safhadır. Bu nedenle de incelemeye başlama tarihinin belirlenmesi kanun koyucunun ve uygulayıcıların faaliyet alanına girmiştir. Zira

⁵⁶ Mustafa Alpaslan, "Vergi İncelemesine Başlama Tutanağı, İncelemenin Sonuçlanmaması ve Bu- nunla ilgili Uygulamada Yaşanan Bazı Problemler", E-Yaklaşım, S. 331 (Temmuz 2020), Erişim Tarihi: Aralık 6, 2023, <https://portal.yaklasim.com/makale/2020-7/vergi-incelemesine-baslama-tu- tanagi-incelemenin-sonuclanamamasi-ve-bununla-ilgili-uygulamada-yasanan-bazi-problemler-e- yaklasim?term=null>.

⁵⁷ Bekir Baykara, "Vergi İncelemesinin Belli Sürede Bitirilmesine İlişkin Hükümün Hukuki Niteliğı", *Yaklaşım Dergisi*, S. 216 (Aralık 2010), <https://portal.yaklasim.com/makale/2010-12/vergi-incele- mesinin-belli-surede-bitirilmesine-iliskin-hukumun-hukuki-niteligi?term=null>.

⁵⁸ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 350.

⁵⁹ Doğan Şenyüz, "Vergi İncelemesinde Zaman Bakımından Yetki", *Türkiye Adalet Akademisi Der- gisi*, Sayı 43 (Temmuz 2020), 247- 263.

incelemenin başladığı tarihten önce mükellefe tanınan pişmanlık ve ıslah talebinde bulunma, kanuni süresi geçtikten sonra beyanname verebilme, özgelge talep edebilme gibi VUK'ta düzenlenen imkanlardan yararlanma hakkı ortadan kalkmaktadır. İncelemeye başlama tarihi hususunda 6009 sayılı Kanun ile VUK'ta yapılan değişiklikler sonrası incelemeye başlama tutanağının incelemeye alınan mükellef nezdinde imzalandığı tarih olarak belirlenmiştir. Ancak bu düzenleme sorunu çözer mahiyette görülse de; uygulamada mükelleflerin incelemeye yetkililer tarafından bu tutanağı imzalaması için daireye çağırılması, gelmemeleri durumunda da gıyabında imzalanarak incelemenin başlatılması düzenlemeden beklenen netliği ve verimi sağlamamış; incelemeye başlamanın usulüne uygun olarak yapılıp yapılmadığı konusunda tereddüt yaratmıştır. Zira incelemeye başlama tutanağının mükellef nezdinde mükellefle birlikte imzalanması gereken bir belge olması ve yine 7338 sayılı Kanun değişiklikleri öncesinde incelemenin esas yapılacağı yerin işyeri olması birlikte düşünüldüğünde; incelemeye başlama tutanağının mükellefin işyerine gidilerek düzenlenmesi gereken bir belge olduğu iddia edilmiştir. Hukuki durum ile fiili durum arasındaki çelişki incelemeye başlama tutanağının geçerliliği ve hukukiliği konusunda şüphe yaratmıştır.

7338 sayılı Kanun ile VUK'ta incelemeye başlama ve incelemenin yapılacağı yere dair değişiklikler yapılarak, incelemenin konusu ve incelemeye başlandığı hususunun "incelemeye başlama bildirimini" ile mükellefe bildirilmesi esas alınmıştır. Yapılan değişiklik incelemenin yapılacağı yerin incelemeye yetkili olanların bağlı bulunduğu daire olarak esas alınması şeklindeki değişiklik de paraleldir. Kamusal denetim faaliyeti olarak vergi incelemesinin daha hızlı, verimli ve etkin bir şekilde icrası, vergi denetimlerinin dijitalleştirilmesi ve mükellef hukukunun bir an önce tesis edilmesi amaçları ile uyumlu görünmektedir. İncelemeye başlama tarihinin, VİUEHY hükümleri ile incelemeye bildirimini dairede düzenlendiği tarih olarak belirlenmesi ise mükellef hakları bakımından eleştiriye açıktır. Zira incelemeye başlama bildirimini dairede düzenlendiği tarih ile mükellefin eline geçtiği tarih arasında mükellef bazı haklarından yararlanmak için vergi dairesine başvurduğunda taraflar arasında uyuşmazlık çıkması mümkündür. Bu sebeple de incelemeye başlama tarihi olarak bildirim mükellefe tebliğ edildiği tarihin benimsenmesi hukuki güvenlik ilkesinin tesis açısından yerinde olacağını düşünmekteyiz. Çünkü 7338 sayılı Kanun öncesindeki "incelemeye başlama tutanağı" düzenlenen dönemde mükellef tutanağı imzaladığı tarihte incelemenin başladığı kabul edilmekteydi. Yapılacak bir kanun ya da yönetmelik düzenlemesiyle eski usule paralel bir şekilde, "incelemeye başlama bildirimini" mükellefçe tebliğ alındığı tarihin incelemeye başlama tarihi olarak benimsenmesi yerinde olacaktır.

İncelemeye başlama bildirimini idare tarafından ihdas edilen ve hukuki sonuçlar doğuran bir idari işlem niteliğindedir. İncelemeye başlama bildiriminde

bulunması gereken unsurlar yönünden, Yönetmelik düzenlemesi ile özellikle verginin türü, konusu ve vergi mükellefinin hak ve yükümlülükleri unsurlarının getirilmesi, mükellefin vergi inceleme sürecinde bilgi alma hakkını da karşılar nitelikte olumlu düzenlemelerdir. İncelemeye başlama bildirimının düzenlenmesi ile düzenlendiği tarihten itibaren nezdinde inceleme yapılan mükellefin pişmanlık ve ıslah talebinde bulunma, özelde talep edebilme, geç beyanname verebilme imkanları elinden alınmaktadır. Bu sebeplerle bir idari işlem olarak incelemeye başlama bildiriminde bulunması zorunlu unsurların eksikliğinin, incelemenin esasını etkileyecek nitelikte usule bir eksiklik olması halinde ise vergi incelemesinin şekil unsuru önünden sakatlanacağı ve iptalinin mümkün hale geleceği açıktır.

KAYNAKÇA

- Akdoğan, Abdurrahman. *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*. Ankara: Gazi Kitabevi, 2019.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Sezginer, Murat, Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2018.
- Alpaslan, Mustafa. “Vergi İncelemesine Başlama Tutanağı, İncelemenin Sonuçlanmaması ve Bununla ilgili Uygulamada Yaşanan Bazı Problemler”, *E-Yaklaşım*, S. 331 (Temmuz 2020), <https://portal.yaklasim.com/makale/2020-7/vergi-incelemesine-baslama-tutanagi-incelemenin-sonuclanamamasi-ve-bununla-ilgili-uygulamada-yasanan-bazi-problemler-e-yaklasim?term=null>.
- Arpacı, Altar Ömer. “Vergi İncelemesi ve İncelemeyle İlgili Olarak Mükellef ve Denetim Elemanının Yükümlülükleri” *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 194 (Kasım 2004).
- Aykın, Hasan. “Vergi İncelemesi Ne Zaman Başlar?” Erişim Tarihi: Aralık 4, 2023. <https://www.versav.org.tr/2021/03/15/vergi-incelemesi-ne-zaman-baslar/>.
- Aykın, Hasan. “Vergi İncelemesi Ne Zaman Başlar? Vergi İncelemesine Başlama Tutanağında Mükellefin İmzasının Olmaması İncelemeye Engel midir?” *Yaklaşım Dergisi*, S. 2020 (Nisan 2011), <https://portal.yaklasim.com/makale/2011-4/vergi-incelemesi-ne-zaman-baslar-vergi-incelemesine-baslama-tutanaginda-mukellefin-imzasinin-olmamasini-incelemeye-engel-midir?term=>, Erişim Tarihi: Aralık 4, 2023.
- Baykara, Bekir, “Vergi İncelemesinin Belli Sürede Bitirilmesine İlişkin Hükümün Hukuki Niteliği”, *Yaklaşım Dergisi*, S. 216 (Aralık 2010), <https://portal.yaklasim.com/makale/2010-12/vergi-incelemesinin-belli-surede-bitirilmesine-iliskin-hukum-hukuki-niteliği?term=null>.
- Candan, Turgut. “Vergi İncelemeleri Bağlamında Mükellef Haklarına Danıştay’ın Bakışı”, *II. Ulusal Mükellef Hakları Kongresi, Bildiri*, (Ocak 2016), Erişim Tarihi Aralık 4, 2023, <https://turgutcandan.com/2016/03/04/vergi-incelemeleri-baglaminda-mukellef-haklarina-danistayin-bakisi/>.
- Candan Turgut, *Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma*. Ankara: Maliye ve Hukuk Yayınları, 2006.
- Çavuş, Adnan. *Vergi İdaresinin Yükümlüyü Denetim Yolları*. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Mali Hukuk Ana Bilim Dalı Doktora Tezi, 2006.
- Dilber, Emircan, Belge, Gökhan. “Vergi İncelemesi Esnasında Mükellef Hakları ve Analizi- II”, *Vergi Dünyası Dergisi*, S. 367 (Mart 2012).
- Erdem, Tahir. *Vergi İncelemesi*. Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, 2011.
- Erol, Ahmet. “Mükellef Hakları Yönünden 6009 Sayılı Yasa ile Getirilen Hükümlerin Değerlendirilmesi II”, *Yaklaşım Dergisi*, S. 217 (Ocak 2011), <https://portal.yaklasim.com/makale/2011-1/mukellef-haklari-yonunden-6009-sayili-yasa-ile-getirilen-hukumlerin-degerlendirilmesi-ii?term=>.
- Gözübüyük, Şeref, Tan, Turgut, *İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2016.
- Güneş, Güneş, *Verginin Yasallığı İlkesi*. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2011.
- Hesap Uzmanları Derneği. Denetim İlke ve Esasları. Cilt 1, Ankara: 2011.
- Kaneti, Selim, Ekmekci, Esra, Güneş Gülsen ve Kaşıkçı Mahmut, *Vergi Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019.

- Karyağdı, Müjgan. *İdari İşlem Olarak Vergi İnceleme Süreci*, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2021.
- Öncel, Mualla, Kumrulu, Ahmet ve Çağan Nami, *Vergi Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2018.
- Öztürk, Nadir. “Vergi İncelemesi ve Denetimi ile İlgili Yeni Düzenlemeler- III”, *Yaklaşım Dergisi*, S. 221 (Mayıs 2011), Erişim Tarihi: Aralık 8, 2023, <https://portal.yaklasim.com/makale/2011-5/vergi-incelemesi-ve-denetimi-ile-ilgili-yeni-duzenlemeler-iii?term=>.
- Soydan, Başar. *Türk Vergi Hukukunda Vergi İncelemesi*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2015.
- Sürmeli, Yunus. “Vergi İncelemesine Başlanmış Olması Pişmanlık ve İslah Beyanına Engel mi?” *Yaklaşım Dergisi*, S. 326 (Şubat 2020), Erişim Tarihi: Aralık 8, 2023, <https://portal.yaklasim.com/makale/2020-2/vergi-incelemesine-baslanmis-olmasi-pismanlik-ve-islak-beyanina-engel-mi?term=null>.
- Şenyüz, Doğan, “Vergi İncelemesinde Zaman Bakımından Yetki”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 43 (Temmuz 2020), 247- 263.
- Tekin, Fazıl, Çelikkaya, Ali, *Vergi Denetimi*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2018.
- Türkay, İmdat. “7338 Sayılı Kanunla Vergi Usul Kanunu’nda Yapılan Bazı Önemli Değişiklikler”, *Yaklaşım Dergisi*, S. 348 (Aralık 2021), Erişim Tarihi: Aralık 5, 2023, <https://portal.yaklasim.com/makale/2021-12/7338-sayili-kanunla-vergi-usul-kanununda-yapilan-bazi-onemli-degisiklikler?term=7338>.
- Yaltı, Billur. *Vergi Yükümlüsünün Hakları*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2006.

İLETİŞİMİN TESPİTİ KAYITLARI (HTS) VE HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ^(*)

FeYZa Elif CANBAZ KARACİ^(**)

Öz

Temel anayasal hak ve özgürlüklerden biri olan haberleşme hürriyeti, son dönemde teknolojik gelişmeler sayesinde daha etkin ve hızlı bir şekilde kullanılmasının yanı sıra, teknolojinin olumsuz etkileri nedeniyle en çok ihlal edilen haklardan biri olmuştur. Bireylerin haklarının dengelenmesi ve toplum içindeki varlığının korunması için çıkar çatışmasının gözetilmesi gereklidir. Bu çerçevede, devletin bireylerin sahip olduğu temel haklardan haberleşme hürriyeti ya da basın ifade özgürlüğünü kısıtlaması gündeme gelebilecektir. Zira, toplum içinde korunmaya muhtaç konumda olan bireyler, kişisel verilerinin gizlenmesini isteme, sosyal alanda saygınlığının korunmasını isteme gibi haklara da sahip olup, bu konuda devletlerin gerekli önlemleri alması ve pozitif ödevler yüklenmesi gereklidir.

Ancak diğer taraftan da, toplumdaki sulh ve refahın sağlanması, vatandaşların can ve mal güvenliklerinin korunması için, Anayasada belirtilen kriterler çerçevesinde haberleşme özgürlüğünün sınırlandırılması gereklidir. Bunun için öncelikle uygulamaya yönelik kanuni düzenlemeler yapılması ve caydırıcılığı olacak yaptırımların uygulanması, ayrıca gelişen teknoloji karşısında söz konusu yaptırımların güncelliğinin korunması şarttır. Bu çerçevede, kamu düzenini sağlamaya yönelik getirilecek kısıtlamalar, bireylerin haberleşme özgürlüğüne halel getirmeyecektir. Bireylerin bir taraftan haberleşme hakları gözetilecek, diğer taraftan toplum düzenini korumaya yönelik ya da bir suç tespitini sağlayacak şekilde haberleşme özgürlüğünün kısıtlanması mümkün olabilecektir.

Çalışmamızda öncelikle iletişimin tespiti, dinlenilmesi ve kayda alınmasına (HTS) ilişkin koruma tedbirinin tanımına genel özelliklerine, konuya ilişkin hukuki düzenlemelere ve koşullarına yer verilecektir. Ardından, HTS kayıtlarının delil olarak kullanılabilmesi ve bu çerçevede temel hak ve özgürlüklerden biri olan bireylerin haberleşme özgürlüklerine herhangi bir engel oluşturup oluşturmadığı konusunda inceleme yapılacaktır. Bu kapsamda konuya ilişkin yargı kararlarına yer verilerek, HTS kayıtlarının uygulamada kullanım şekillerine ilişkin hususlara değinilecektir.

Anahtar Kelimeler

Haberleşme Özgürlüğü, Delil, Koruma Tedbirleri, İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması (HTS), Katalog Suç.

^(*) [Makalenin Dergiye Göliş Tarihi: 13.10.2023 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 29.12.2023, DOI No: <https://doi.org/10.54704/akdhfd.1375407>.](#)

^(**) [Uzman Hukukçu, Sermaye Piyasası Kurulu, Hukuk İşleri Dairesi Bakanlığı / Ankara, Türkiye. E-posta: \[felif.canbaz@spk.gov.tr\]\(mailto:felif.canbaz@spk.gov.tr\), Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-3252-1551>.](#)



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

HISTORICAL TRAFFIC SEARCH (HTS) AND FREEDOM OF COMMUNICATION

Abstract

Freedom of communication, which is one of the fundamental constitutional rights and freedoms, has been one of the most violated rights due to the negative effects of technology, as well as being used more effectively and quickly thanks to technological developments. In order to balance the rights of individuals and to protect their existence in the society, it may come to the fore that the state restricts the freedom of communication or the freedom of expression of the press, which is one of the fundamental rights of individuals, by taking into account the conflict of interest. Because, individuals who are in need of protection in the society have the right to want their personal data to be hidden, to demand the protection of their dignity in the social field, and it is necessary for the states to take the necessary measures and undertake positive duties.

However, on the other hand, freedom of communication should be limited within the framework of the criteria specified in the Constitution in order to ensure peace and welfare in the society and to protect the safety of life and property of citizens. For this, first of all, it is necessary to make legal regulations for implementation and to implement deterrent sanctions, and to keep the said sanctions up-to-date in the face of developing technology. In this context, restrictions to ensure public order will not prejudice individuals' freedom of communication. On the one hand, individuals' rights to communicate will be respected, and on the other hand, it may be possible to restrict their freedom of communication in a way that aims to protect social order or to detect a crime.

In this study, first of all, the definition of the protection measure regarding the detection, listening and recording of communication (HTS), its general characteristics, the legal regulations and conditions on the subject will be included. Then, an examination will be made to determine whether HTS records can be used as evidence and whether they pose any obstacle to individuals' freedom of communication, which is one of the fundamental rights and freedoms. In this context, judicial decisions on the subject will be included and issues regarding the use of HTS records in practice will be addressed.

Keywords

Freedom of Communication, Evidence, Safeguards, Detection, Interception and Recording of Communication (Historical Traffic Search - HTS), Catalog Crime.

Extended Abstract

In this study, whether the measure of Detection, Listening and Recording of Communication, which is one of the protection measures, prevents individuals' freedom of communication, whether it causes any harm to the Constitutional right in question, and the characteristics of HTS records and their legal reflections will be investigated. In other words, this study aims to investigate, examine and evaluate whether communication detection records, referred to as HTS records, can be used within the framework of protecting public order and its legal dimensions. The study aims to investigate issues such as the effects of developing technological systems on the rights of individuals guaranteed by the Constitution, whether it is possible to use HTS records as a tool to prove the suspicion that a crime has been committed, and its compliance with legal legislation and its effects on individual freedoms.

In addition, this study also touches upon new concepts brought about by forward-looking technological developments and, in this context, the concept of digital evidence, in the context of current legal regulations. In addition, the study in question aims to determine which type of evidence the HTS records are included in and whether the records in question can be accepted as evidence alone in proving the existence of a crime. In this context, a detailed research will be conducted on books, theses, articles, reports, judicial decisions and all relevant sources currently in the literature, and the existing knowledge in the field will be examined.

On the other hand, in this study; Qualitative research method was applied, which is an effective method in understanding complex issues, solving problems accurately and effectively, obtaining data appropriately and applying it to the case study as a result of the research, and ensuring the legal classification of data, obtaining

detailed information and eliminating complexity. A detailed research was conducted on books, theses, articles, reports and all related sources currently in the literature, and the existing knowledge about the field was examined. There is no detailed study in the existing literature regarding the legal effects of communication detection records on freedom of communication. However, in explaining the legal effects of HTS records on freedom of communication, studies in the fields of protection measures in criminal proceedings, Constitutional rights, the legal balance between the freedoms of individuals and the protection of public order and the protection of conflicts of interest, the concept and types of evidence and rules of proof make a significant contribution. For this reason, this study aims to bring a new and different perspective to this field by researching the current literature in detail and to convey the research results obtained on the necessity of observing the balance between obtaining HTS records and individuals' right to communication by examining judicial decisions in this field.

As a result, with this study, it is aimed to raise awareness in terms of conflict of interest in the mentioned field, by taking into consideration the balance between public order and individual rights, by taking into account the use of protective measures and whether HTS records harm individuals' freedom of communication guaranteed by the Constitution, at the point of using evidence that will prove useful in case of suspicion of a crime. and it is aimed to examine the current regulations. As a matter of fact, if the proof of a crime suspicion that cannot be detected in any other way is only possible by detecting, listening to and recording the communications of suspicious people, it is legally necessary to apply for the protection measure in question. In this way, the rights of individuals who are victims of the crime in question, as well as public order and social interests, can be protected.

GİRİŞ

Bireylerin toplum içinde bilgi alma ve iletişimi sağlayan haberleşme hürriyetinin korunmasını istemesi hakkı, Anayasa ile koruma altında olan en temel hak ve özgürlüklerdendir. “Haberleşme hürriyeti” başlıklı Anayasa’nın 22. maddesi “Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.” şeklinde düzenlenmiş olup, toplumdaki her bireyin söz konusu hakka sahip olduğu ve bireyler arasındaki her türlü iletişimin gizliliğinin esas olduğu hükme bağlanmıştır.

Diğer yandan, Anayasa’nın 13. maddesi, “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” hükmünü haiz olup, temel hak ve özgürlükler bakımından uygulanabilecek sınırlandırma kriterleri açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla, haberleşme özgürlüğünün Anayasa’nın 22. maddesinin ikinci fıkrasında¹ yer alan şartlar dışında, ölçülülük ilkesi gibi diğer ilkelere aykırı olarak herhangi bir şekilde

¹ Anayasa’nın 22/2. maddesi “Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar. İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir.” şeklinde düzenlenmiştir. (Mevzuat Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: Mart 29, 2023, <https://mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2709&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>).

sınırlandırılması mümkün değildir². Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 8. maddesi uyarınca özel hayatın gizliliği hakkının sınırlandırılması için belirli kriterler öngörülmüş olup, anılan hükümde bu kriterler yasallık, meşru amaç ve demokratik toplum düzeninin gerekleri olarak belirlenmiştir³.

Bu çerçevede öncelikle, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) yer alan koruma tedbirlerinden olan ve haberleşme özgürlüğüne getirilen bir kısıtlama olarak nitelendirilebilecek "İletişimin Tespiti, Dinlenilmesi ve Kayda Alınması" şeklindeki koruma tedbiri incelenecektir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, söz konusu koruma tedbiri, Anayasa'nın 13. maddesine uygun bir şekilde, anılan maddede yer verilen sınırlamalar çerçevesinde, demokratik toplum düzenine uygun ve ölçülü bir şekilde CMK'da yer alan düzenlemeler uyarınca haberleşme hürriyetine bir kısıtlama getirmiştir.

Bu kapsamda çalışma özelinde, CMK'da yer verilen koruma tedbirlerine genel olarak değinilmiş ve "İletişimin Tespiti, Dinlenilmesi ve Kayda Alınmasına" ilişkin hukuki düzenlemelere yer verilmiştir. Anılan koruma tedbiri iletişimin içeriğinin dinlenmesini de kapsamına rağmen, çalışma çerçevesinde esas olarak iletişimin tespiti incelenmesi söz konusu olacaktır. Sonraki bölümde söz konusu iletişimin tespiti kayıtlarının ceza hukuku bağlamında delil olarak kullanılabilmesi ve delil kavramının konusu ve delillerin muhafazası gündeme getirilmiştir. Son olarak, bireyler arasında temel hak ve hürriyetlerden olan haberleşme hürriyetinin, iletişimin tespiti kayıtlarının kullanılarak ihlal edilip edilmeyeceğine ilişkin Yargı kararları bağlamındaki incelemelerle bir çalışma ortaya konulması amaçlanmıştır.

I. İLETİŞİMİN TESPİTİ, DİNLENMESİ VE KAYDA ALINMASINA İLİŞKİN KORUMA TEDBİRİ

A. TANIMI

Öncelikle belirtmek gerekir ki, ceza muhakemesinin yürütülmesini veya yapılan yargılama neticesinde verilecek kararın infaz edilebilmesini sağlamak amacıyla, kural olarak ceza muhakemesinde karar verici konumda olanlar tarafından, gecikmesine sakınca bulunan durumlarda, geçici olarak başvuru ve şahsın temel hak ve özgürlüklerine müdahalede bulunmayı gerektiren kanuni yollara koruma tedbirleri denmektedir⁴. Koruma tedbirleri, henüz yargılamanın

² Nur Centel, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, S. 1, (2010): 161.

³ Begüm Bulak Uygun, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Son Dönemdeki İçtihatları Işığında İletişimin Adli ve Önleme Amaçlı Olarak Denetlenmesi ve Özel Hayata Müdahale", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, S. 2, (2017): 141-142.

⁴ Zeki Vatan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak İletişimin Denetlenmesi* (İstanbul: Beta Yayınları, 2009), 16; Faruk Yasin TURİNAY, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirlerinin Sınıflandırılması", *AÜHF* 70, S. 2 (2021): 477-478.

sonuçlandırılmamış olmasına rağmen, bir suçun icra edildiği konusunda şüphe bulunduğu hallerde yargılamanın sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi için karar verilmeden önce başvurulmuş bir yoldur⁵ ve temel hakların sınırlandırılması söz konusudur⁶. Dolayısıyla koruma tedbirleri, ceza yargılamasının gereğinin yerine getirilebilmesi veya ceza mahkemesi kararının infaz edilebilmesi için uygulanan ve belirli hakların geçici şekilde kısıtlanmasına neden olan bir araçtır⁷. 5271 sayılı Kanun'un çeşitli bölümlerinde⁸ koruma tedbirleri özel olarak düzenlenmiş olup, anılan Kanun'un 135 ilâ 138. maddelerinde de iletişimin tespiti, dinlenilmesi ve kayda alınmasına ilişkin koruma tedbirine yer verilmiştir⁹.

Telekomünikasyon aracılığıyla yapılan iletişimin denetlenmesi, elektronik bir cihaz vasıtasıyla gerçekleştirilen her türlü haberleşmenin gizlice dinlenmesi, tespiti, bu suretle elde edilen verilerin kaydedilmesi ve değerlendirilmesini ifade etmektedir¹⁰. Çalışma özelinde iletişimin tespiti kavramını incelediğimizde, görüşme içeriği hakkında bilgiye erişmeden, bir telefon aracılığıyla kimler arasında ve hangi sürede görüşme yapıldığı, bu görüşmelerin süreleri, ayrıca elektronik posta yoluyla kiminle ne zaman iletişim sağlandığı hususları, iletişimin tespitinin kapsamına girmektedir¹¹. Dolayısıyla iletişimin tespiti tedbirine başvurularak elde edilmek istenen amaç, şüphelinin kimlerle, hangi sürede ve ne şekilde iletişim kurduğunun belirlenmesidir¹². Ancak iletişimin tespiti tedbiri ile hem özel hayatın gizliliğine hem de haberleşme hürriyetine müdahale edilmektedir¹³. 10.11.2005 tarih ve 25989 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe

⁵ Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2015): 315 vd.

⁶ Rezan Epözdemir, "Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat" *Terazi Hukuk Dergisi* 12, S. 135 (2017): 16.

⁷ Cumhur Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2017): 263.

⁸ Kanun'un "Genel Hükümler"i düzenleyen birinci kitabının dördüncü kısmında "Koruma Tedbirleri" düzenlenmiş olmakla birlikte, anılan Kanun'un çeşitli hükümlerinde (CMK md.44, 77, 81, 246 vd.) de ceza muhakemesi uygulamalarına yer verildiği görülmektedir. Burada bahsedilen ceza muhakemesi uygulamalarının koruma tedbiri niteliği, doktrinde tartışmalı olsa da, kanun koyucu tarafından öngörülmemesine rağmen, bazı yazarlar tarafından koruma tedbiri olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, kanun koyucunun "koruma tedbirleri" başlığı altında yer almayan tedbirlerin, karma nitelikli, birleşik koruma tedbirleri olarak tanımlanması, 5271 sayılı Kanun'un sistematik düzenine uygun düşeceği görülebilecektir. Zekiye Özen İnci, *Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama*, (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2008), 4 vd.

⁹ Mehmet Saydam, *Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011): 3.

¹⁰ Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2008): 637.

¹¹ Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, 355.

¹² Centel, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi", 175; Ahmet Ataman, *Ceza Yargılaması Hukukunda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 22.

¹³ Hande Atay, "Temel Haklar ve İlkeler Doğrultusunda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri ve Kişisel Güvenlik", *Ceza Hukuku Dergisi* 4, S. 10 (2009): 162.

giren Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmeliğin¹⁴ 3. maddesinde de ifade edildiği üzere iletişimin tespiti, belli bir süre içerisinde baz istasyonundan iletişim kuran bütün kullanıcılara ilişkin kimlik ve açık adres bilgilerini içerecek şekilde arayan ve aranan kayıtlarına ait verilerin kaydedilmesidir. Yüksek Mahkeme içtihatlarına¹⁵ göre ise, iletişimin tespiti, “... *İletişimin tespiti belli bir numaradan kimlerin ne zaman arandığı, konuşmanın ne kadar süreyle yapıldığı (HTS kaydı), elektronik posta kanalından kimlerle iletişime geçildiğinin tespit edilmesidir. İletişimin tespiti, görüşmenin içeriğine dokunulmadan iletişim araçlarının diğer araçlarla sağladığı iletişime ilişkin arama, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik adımlardan oluşur. İletişimin tespiti geçmişe yöneliktir. Kişinin geçmişte özgür iradesiyle yapıp bitirdiği iletişimine dair harici bilgilerinin tespitidir.*” şeklinde ifade edilmiştir.

“*Historical Traffic Search*” terimiyle bilinen ve “geçmişe yönelik arama trafiğini” ifade eden HTS kayıtları, kullanıcının telefonundaki mesaj, konuşma gibi verilerin tamamına verilen addır¹⁶. Söz konusu kayıtlar ile telefonlar arasındaki sinyaller karşılaştırılarak, telefon görüşmelerinin incelenmesi, tüm telefon trafiğinin irdelenmesi, kaydedilen verilere ilişkin istatistiğin çıkarılması, iletişim kurulamayan görüşmelerin tespiti ve telefon hattı sahibi ile telefonu kullananın aynı kişi olup olmamasına dikkat edilir¹⁷. Elde edilen verilerin bir bütün halinde yer aldığı ve sahip olunan telefonlarla yapılan görüşmelerin kimin arandığı, kimin aradığı, zamanı, süresi, yeri ve baz istasyonları gibi bilgilerini içeren kayıtlara da HTS Raporu adı verilmektedir¹⁸. Dolayısıyla, HTS Raporu adı verilen kayıtlar, şüpheliye ait geçmişte yapılan iletişim bilgilerini içermektedir¹⁹.

¹⁴ 6757 sayılı Kanununun 19. maddesi ile aynen kabul edilen 15.08.2016 tarih ve 671 sayılı KHK'nın 22. maddesinde, (ek madde 3), Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın kapatıldığı, diğer mevzuatta Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına yapılan atıfların Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna, Telekomünikasyon İletişim Başkanına yapılan atıfların Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanına yapılmış sayılacağı düzenlenmiştir. Mevzuat Bilgi Sistemi <https://www.mevzuat.gov.tr/anasayfa/MevzuatFihristDetayIframe?MevzuatTur=7&MevzuatNo=9596&MevzuatTertip=5> (Erişim Tarihi: 26.5.2023).

¹⁵ Y16.CD., 13.11.2019, E. 2018/5526, K. 2019/6842 sayılı kararı (Erişim Tarihi: Mayıs 26, 2023, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/e-2018-5526-k-2019-6842-t-13-11-2019>).

¹⁶ Necati Meran, *İletişimin Denetlenmesi - Gizli Soruşturmacı - Teknik Takip* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2009): 58.

¹⁷ Cumhur Şahin, “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi - Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme-” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, S. 1-2 (2007): 1097.

¹⁸ Fatih Birtek, “Ceza Muhakemesinde Tanık Hakkında İletişimin Tespiti Koruma Tedbirine Başvurulup Başvurulamayacağı Sorunu”, *Ceza Hukuku Dergisi* 17, S. 49 (2022): 192.

¹⁹ Buket Kabataş Yılmaz, *Türk Hukukunda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi Tedbiri* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ABD, Yüksek Lisans Tezi, 2019): 38 vd.

B. İLETİŞİMİN TESPİTİ (HTS) KAYITLARINA İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEME

“İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması” başlıklı CMK’nın 135. maddesi, “Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturamada, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi (...) dinlenebilir; kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi hâlinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılır²⁰.” şeklinde düzenlenmiş olup, suç işlendiği konusunda kuvvetli bir şüphenin bulunması ve başka şekilde delile ulaşmanın mümkün olmadığı hallerde iletişimin denetlenmesi koruma tedbirine başvurulması mümkündür. Bu çerçevede, bireylerin haberleşme özgürlüğünün her surette ihlal edilmesi ve son çare olarak bu tedbire başvurulmasının sağlanması amaçlanmıştır²¹. Dolayısıyla diğer genel koruma tedbirlerinde olduğu gibi haklı nedene dayanma, zorunlu olma, bir araç olarak başvurma, karara dayalı olarak uygulanma kriterleri iletişimin denetlenmesi tedbirinde de geçerlidir²². CMK’nın m.135/4 hükmü uyarınca, iletişimin tespiti kararı verilmesi üzerine, bu karar belirtilen iki aylık süre için geçerlidir ve sürenin sona erdiği güne kadar ilgili kişinin telefon görüşmelerine ilişkin kayıtlar geriye dönük tespit edilebilecektir.

Diğer yandan, CMK’nın m.135/8 hükmü²³ uyarınca, anılan hükümde öngörülen katalog suçlardan birinin icra edildiğine ilişkin kuvvetli şüphe bulunması halinde iletişimi-

²⁰ 02.12.2014 tarihli ve 6572 sayılı Kanununun 42’nci maddesiyle, bu fıkrada yer alan “tespit edilebilir,” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

²¹ Atay, “Temel Haklar ve İlkeler Doğrultusunda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri ve Kişisel Güvenlik”, 164.

²² Hüseyin A. Aytekin, *Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Tespiti ve Kayda Alınması*, (Kayseri: Erciyes Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2010), 37; Kabataş Yılmaz, *Türk Hukukunda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi Tedbiri*, 13 vd.

²³ CMK’nın 135/8. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:

“Bu madde kapsamında **dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine** ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

a) *Türk Ceza Kanununda yer alan;*

1. *Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80) ile organ veya doku ticareti (madde 91), (36)*

2. *Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),*

3. *İşkence (madde 94, 95),*

4. *Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102),*

5. *Çocukların cinsel istismarı (madde 103),*

6. *(Ek: 21/2/2014 - 6526/12 md.) Nitelikli hırsızlık (madde 142) ve yağma (madde 148, 149) ile nitelikli dolandırıcılık (madde 158), (34)(36)*

7. *Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), (34)*

8. *Parada sahtecilik (madde 197), (34)*

9. *(Mülga: 21/2/2014 - 6526/12 md.; Yeniden düzenleme: 24/11/2016-6763/26 md.) Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (madde 220, fıkra üç),*

10. *(Ek: 25/5/2005 - 5353/17 md.) Fuhuş (madde 227), (33)(34)*

11. *İhaleye fesat karıştırma (madde 235), (33)(34)*

12. *(Ek: 24/11/2016-6763/26 md.) Tefecilik (madde 241), (36)*

min tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasına ilişkin koruma tedbirine başvurulabilecektir. Ancak anılan hükümden anlaşılacağı üzere, “iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi” tedbirleri için katalog suçlardan birinin varlığı konusunda şüphe bulunması aranmakta olup, çalışmamızın konusu olan “iletişimin tespiti” tedbiri için söz konusu katalog suç şartı aranmamaktadır. Dolayısıyla, HTS kayıtlarının istenebilmesi için icra edildiğine ilişkin şüphe bulunan suçun, anılan hükümde belirtilen suç tiplerinden birine girmesi zorunlu değildir. Bir başka deyişle, yargı kararlarında²⁴ da ifade edildiği üzere, CMK’nın 135/8 hükmünde yer alan katalog suçlar dışında diğer suçlar bakımından da iletişimin tespiti kararı verilmesi mümkündür.

Ayrıca, hukuki uyumsuzluğun çözümü konusunda, HTS kayıtlarından elde edilen verilerin incelenmesi hususunda gerekirse vakaya özel bir analiz yapmak için bilirkişi raporu ya da uzman görüşüne başvurulması mümkündür²⁵.

Diğer yandan, CMK’nın 135. maddesi ile düzenlenen koruma tedbirine ilişkin uygulamaya yönelik hükümlerin belirlenmesi amacıyla 14.2.2007 tarih ve 26434 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik²⁶ hükümleri yayınlanmıştır. Anılan Yönetmelik ile iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasına ilişkin koruma tedbirine hangi hallerde, kim tarafından, hangi süre içerisinde başvurulabileceği, konuya ilişkin temel kavramlar ile usul ve esaslar düzenleme altına alınmıştır. Ancak anılan Yönetmelik, Danıştay 10. Dairesi’nin 09.03.2017 tarih ve E.2012/1001, K.2017/1361 sayılı kararı ile iptal edilmiştir²⁷.

13. *Rüşvet (madde 252), (33)(34)*

14. *Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282), (33)(34)*

15. *(Değişik: 2/12/2014-6572/42 md.) Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak (madde 302), (33)(34)(35)*

16. *(Ek: 2/12/2014-6572/42 md.) Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316), (35)*

17. *Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları. (33)(34)(35)*

b) *Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.*

c) *(Ek: 25/5/2005 - 5353/17 md.) Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu, 38*

d) *Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar. (37)*

e) *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.”*

²⁴ Bknz: Yargıtay CGK, 15.11.2011, E.2011/6-140, K.2011/222 sayılı kararı (Erişim Tarihi: Aralık 5, 2023, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/cgk-e-2011-6-140-k-2011-222-t-15-11-2011>).

²⁵ Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 472-473; İbrahim Şahbaz, *İletişimin Denetlenmesi ve Yasak Deliller*, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2009), 183; Çetin Arslan, “Dijital Delil ve İletişimin Denetlenmesi”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi* 3, S. 2 (2015): 262.

²⁶ Resmi Gazete, Erişim Tarihi: Mayıs 23, 2023, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/02/20070214-11.htm>.

²⁷ Kadri İnce, “Önleme ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesinin Özel Hayatın Gizliliği ve Haberleşme Özgürlüğü Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, S. 1-2, (2020): 1750.

C. İLETİŞİMİN TESPİTİ, DİNLENİLMESİ VE KAYDA ALINMASI KORUMA TEDBİRİNİN KOŞULLARI

İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması koruma tedbiri diğer koruma tedbirlerine benzer şekilde bir zorunluluk olması halinde geçici olarak başvuru ve bir suç tespitinde araç olarak kullanılan bir yoldur²⁸. Ayrıca, kuvvetli suç şüphesinin varlığı ve başka suretle delil elde edilebilmesinin mümkün olmaması halleri, diğer tedbirlerde olduğu gibi iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinde de aranmakta olup, “şüpheye dayanma” ve “ikincil, araç olma” özelliklerini içermektedir²⁹. Bununla birlikte, diğer koruma tedbirlerinden farklı olarak söz konusu iletişimin denetlenmesi koruma tedbirine başvurulması gizlilik esasına tabidir. Zira, bu tedbirin uygulandığının şüpheli tarafından bilinmesi koruma tedbirinin amacına hizmet etmeyecektir³⁰. Nitekim, söz konusu iletişimin denetlenmesi tedbirinin gizli olması özelliği CMK’nın 135/7 hükmünde açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca, iletişimin gizlilik esası Anayasamızda güvence altında olduğu için kanundaki belirtilen suçlar haricinde ve belirtilen koşullar olmaksızın şahısların görüşme bilgilerine erişilmesi mümkün değildir³¹.

HTS raporu kayıtlarının içeriği, mevcut kişiler arasındaki iletişimin varlığını tespit eder, ancak bu görüşmelerin mahiyeti hakkında bilgi vermez. Dolayısıyla, HTS verileri telefonlaşma içeriğine ilişkin bir bilgi ihtiva etmemekle birlikte, iletişim trafiğine ilişkin süre bilgilerini içermektedir³². HTS kayıtlarında yer alan olay mahalline ait konum bilgileri maddi vakianın tespit edilmesinde, hukuki bir uyumsuzluğu çözüme kavuşturmada etkili bir veri olup, usulüne uygun ve kanunda öngörülen şekilde HTS kayıtlarının elde edilmesi halinde, olayı ispata yarayan diğer delilleri destekleyici bir delil haline gelir³³.

Bu çerçevede, CMK’da belirtilen şartlar ve süreler dahilinde, gerekli görülen izinler mahkeme ve/veya savcılık tarafından verildiğinde, ilgili operatörden ka-

²⁸ Kabataş Yılmaz, *Türk Hukukunda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi Tedbiri*, 13 vd.

²⁹ Saydam, *Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, 117.

³⁰ Ataman, *Ceza Yargılaması Hukukunda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri*, 10; Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, 354; Aytekin, *Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Tespiti ve Kayda Alınması*, 44.

³¹ Şahin, “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi - Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme-”, 1102.

³² Hakan A. Yavuz, “Ceza Yargılamasında Bir Koruma Tedbiri Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, *TBB Dergisi*, S. 60 (2005): 250 vd.; Taşınabilir haberleşme sistemleri, birden çok baz istasyonundan oluşan hücreli bir yapı şeklinde düzenlenmekte olup, baz istasyonları, kapasite ve kapsama yoğunlaşmasının sağlanması gerekli kısımlarda kurulabilmektedir. Ayrıca, baz istasyonlarına ilişkin regülasyon görevi ve yetkisi Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’ndadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: “Bilim ve Teknik Dergisi”, Aralık 2010 (Erişim Tarihi: Ekim 10, 2023, <https://services.tubitak.gov.tr/edergi/yazi.pdf;jsessionid=kVF17XHXjD5sJWtJtM2rfdAA?dergiKodu=4&cilt=44&sayi=719&sayfa=72&yaziid=31063>).

³³ Bknz: dipnot 58-59.

yıtlara ilişkin bilgiler istenir ve elde edilir. Bunun üzerine, HTS kayıtlarını Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) temin eder³⁴ ve hukuki ihtilafın ve iletişimin içeriğine göre 7 ilâ 30 gün arasında HTS raporu düzenlenebilir ve ilgili mercilere gönderilir. Diğer yandan, HTS verileri sosyal medya iletişim araçları uygulamaları aracılığıyla yürütülen iletişim kayıtları hakkında bilgi vermez. Bir başka deyişle, bu uygulamalar aracılığıyla yapılan görüşmelerin içeriklerine ilişkin veriler, HTS raporlarında yer almaz³⁵. HTS raporları, iletişim kuran bireylerin görüşmelerinin (arayan/aranan) değerlendirilmesi, gizli numara gibi tüm kayıtların incelenmesi ve yorumlanması, iletişim kurulan bütün numaraların istatistiklerinin çıkarılması, iletişim kurulmasa bile karşılıklı görüşmelerin belirlenmesi gibi hususları kapsamaktadır³⁶.

II. HTS KAYITLARININ DELİLLER İÇERİSİNDEKİ YERİ

A. GENEL OLARAK

Türk Dil Kurumu sözlüğünde “delil”, “*İnsanı aradığı gerçeğe ulaştırabilecek iz, emare, kanıt*” şeklinde ifade edilmektedir³⁷. Dolayısıyla hukuki anlamda delil, bir uyuşmazlığın veya suç şüphesinin varlığının ispat edilmesine elverişli, doğrudan ya da dolaylı her türlü veri olarak tanımlamak mümkündür³⁸. Bu çerçevede, bir hukuki ihtilafın çözümü için elverişli olan araçlardan, olayın niteliğine uygun düştüğü ölçüde faydalanılması ve sorunun aydınlatılmasında kullanılması suretiyle delillerin işlerlik kazandığı görülmektedir. Nitekim ceza muhakemesinin amacı maddi gerçekliği ulaştırmak olup, kamu düzeninin sağlanmasıdır³⁹.

Vicdani delil sisteminin geçerli olduğu ceza yargılamasında, hâkim resen harekete geçme ve delilleri dilediği gibi takdir etme yetkisine sahiptir⁴⁰. Yargılamanın güvenli bir şekilde ve tarafların haklarını gözeterek şekilde tamamlanabilmesi için, hükme esas almaya elverişli delillerin hukuka uygun bir şekilde elde edilmesi ve usulüne uygun muhafaza edilmesi gereklidir⁴¹. Aksi takdirde bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin zedelenmesi ya da toplum saygınlığının korunması

³⁴ “Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu”, Erişim Tarihi: Mart 13, 2023, <https://www.btk.gov.tr/haberler/adalet-bakanligi-ile-uyap-protokolu-imzalandi>.

³⁵ Yavuz, “Ceza Yargılamasında Bir Koruma Tedbiri Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, 254.

³⁶ Birtek, “Ceza Muhakemesinde Tanık Hakkında İletişimin Tespiti Koruma Tedbirine Başvurulup Başvurulamayacağı Sorunu”, 194.

³⁷ Türk Dil Kurumu Sözlüğü, Erişim Tarihi: Nisan 7, 2023, <https://sozluk.gov.tr/>.

³⁸ Ahmet Bozdağ ve Kader Sarıusta, “Ceza Yargılamasında Mağdurun Beyanı ve Delil Değeri”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, S. 2 (2017): 574.

³⁹ Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18 vd.

⁴⁰ Meran, *İletişimin Denetlenmesi - Gizli Soruşturmaları - Teknik Takip*, 231; Kaymaz, *Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, 437.

⁴¹ Fatih Birtek, “Cumhuriyet Savcısının Delilleri ve Fiili Takdir Yetkisi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 58, S. 2 (2013): 972.

tehlikeye düşmüş olur. Bu nedenle delillerin bir olayın ispatına yarayacak ölçüde, elverişli, belirli, güvenilir, akla ve mantığa dayalı, gerçekçi olması gereklidir⁴².

Doktrinde delil türleri konusunda farklı sınıflandırmalar olsa da, genel kabul gören görüşe göre deliller, doğrudan ve dolaylı deliller olarak ikiye ayrılmakta olup, bu kategori içerisinde de beyan, belge ve belirti delilleri olarak çeşitli kategoriler bulunmaktadır⁴³.

Bunun yanı sıra, son teknolojik gelişmeler çerçevesinde, klasik delil türlerine ek olarak dijital delil kavramı ortaya çıkmıştır. Bir maddi vakıanın çözümü için gerekli olan, elektronik ya da manyetik cihazlar içerisinde kaydedilen ve depolanan her türlü veri dijital delil olarak adlandırılmaktadır⁴⁴. Bu çerçevede, bir suçun işlenmesi sırasında gerekli kayıtların tutulduğu ve maddi vakıayı aydınlatmaya elverişli bilgisayar, telefon, tablet vs. gibi her türlü elektronik cihaz içerisindeki veriler dijital delil olarak kabul edilmektedir. Ancak klasik delil türlerinden farklı olarak, hızlı bir şekilde değiştirilebilmesi, yok edilmesi, silinebilmesi gibi özellikleri nedeniyle, dijital delillerin muhafaza edilmesi ya da saklanması zordur⁴⁵. Bu nedenle, dijital delillerin maddi vakıayı ispat için kullanılması durumunda, usulüne uygun elde edilip edilmediği ve güvenli bir şekilde saklanıp saklanmadığı dikkatle incelenmelidir.

B. HTS KAYITLARININ DELİL OLARAK KULLANILMASI

HTS kayıtlarının hangi delil türüne ait olduğuna ilişkin doktrinde bir görüş birliği olmasa da⁴⁶, HTS kayıtlarının genel olarak destekleyici delil ya da belirti delili özelliğinde olduğu kabul edilmektedir⁴⁷. Nitekim yargı makamlarınca da⁴⁸, bahse konu delillere dayanılarak doğrudan mahkûmiyet kararı verilmesinin mümkün olmadığı ancak başka delilleri desteklemek amacıyla kullanılacakları belirtilmektedir⁴⁹.

⁴² Arslan, "Dijital Delil ve İletişimin Denetlenmesi", 257.

⁴³ Bozdağ ve Sariusta, "Ceza Yargılamasında Mağdurun Beyanı ve Delil Değeri", 583.

⁴⁴ Merve Ayşegül Kulular İbrahim, editör, *Kripto Paralar Kullanılarak İşlenen Suçlar ile Bilişim Sistemleri Kullanılarak İşlenen Sermaye Piyasası Suçları* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 15-17.

⁴⁵ Arslan, "Dijital Delil ve İletişimin Denetlenmesi", 256.

⁴⁶ Kabataş Yılmaz, *Türk Hukukunda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi Tedbiri*, 105-106.

⁴⁷ Arslan, "Dijital Delil ve İletişimin Denetlenmesi", 263.

⁴⁸ Yargıtay CGK, 10.3.2020, E.2019/171, K.2020/169, Erişim Tarihi: Mayıs 26, 2023, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2019-171-k-2020-169-t-10-3-2020>.

⁴⁹ Nitekim, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 03.07.2007 tarihli ve E.2007/167 kararında da belirtildiği üzere, hukuka aykırı olarak elde edilmiş bulunan iletişim tespit tutanakları, HTS kayıtları ve bu verilerin analizinden alınan diğer veriler hiçbir şekilde hükme esas alınmaz. Ayrıca, Y20.CD, 21.01.2016 tarih ve E. 2015/1663, K. 2016/271 sayılı kararı; "... suç tarihinden önce 28 adet içeriği tespit edilemeyen HTS kayıtlarının mahkûmiyet için yeterli olmadığı, başkaca kuşku sınırlarını aşan, yeterli ve kesin delil bulunmadığı gözetilmeden, atılı suçtan beraati yerine mahkûmiyetine karar verilmesi." hükmünü haiz olup, sadece HTS kayıtları çerçevesinde verilen mahkûmiyet ka-

Ayrıca, “İçeriğine müdahale edilmeden, iletişim araçlarının diğerleri ile kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespiti- ne yönelik işlem olması ve daha çok dış bağlantı verilerini ifade etmesi nedeniyle ‘iletişimin tespiti’, Cumhuriyet savcısının soruşturma yetkisini düzenleyen CMK’nın 160 ve 161. maddeleri kapsamında istenebilecek delillerdendir.” şeklinde kurulan hüküm⁵⁰, HTS kayıtlarının maddi vaktayı aydınlatmada kullanılabilceğini göstermektedir. Dolayısıyla, HTS raporlarında yer alan verilerin, mahkumiyet hükmü kurmaya tek başına yeterli ve kesin delil niteliği bulunmamakla birlikte, HTS kayıtları dışında olaya ilişkin bir delil elde edilemediği durumlarda, ispata elverişli diğer deliller ile desteklenmediği sürece, söz konusu kayıtlar tek başına delil olarak kullanılmayacak⁵¹ ve söz konusu şüpheli “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi gereğince cezalandırılmayacaktır.

Diğer yandan, CMK’nın 135/5 hükmünde düzenlenen suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla başvuru ile iletişimin tespiti tedbiri, özellikle organize suçların önlenmesi ve kamu düzeninin korunması, devletin güvenliğinin sağlanması bakımından büyük öneme sahiptir. Önleme amaçlı iletişimin tespiti tedbiri, adli amaçlı iletişimin tespiti tedbirinden farklı olarak bir suç şüphesinin varlığı halinde değil, suçun icra edilmesini engellemek amacıyla başvuru ile iletişimin tespiti tedbiridir⁵². Bu bakımdan önleme amaç-

rarı bozulmuştur. Benzer şekilde, Gaziantep BAM, 3. CD 8.1.2019 tarih ve E.2018/2982 K.2019/4 sayılı kararıyla, “... Bu kayıtlar, kişiler arasında sadece bir görüşme ve mesajlaşma olduğunu göstermesi, içerik bilgilerini yansıtmaması nedeniyle, içeriği belirlenemediği sürece silahlı terör örgütü üyeliği suçu yönünden özellikle yatay görüşme olarak kabul edilebilecek, haklarında aynı suçtan işlem yapılan diğer kişiler ile yapılan görüşmeler başlı başına anlam ifade edecek, sanığın aleyhine kullanılabilecek bir delil niteliğinde kabul edilmemesi gerekmele birlikte, birçok durumda dosya kapsamında yer alan iddialarla ilgili destekleyici delil niteliğine sahip olabilir. Örneğin örgüt üyeliği iddiası bulunan sanığın, örgütün ildeki üst yöneticileri ile yaptığı sık görüşme destekleyici delil olabilir. Yine örneğin suç tarihinde üniversitede bir öğretim üyesi olan sanığın, aynı üniversitenin örgüt içerisinde sorumlusu olduğu iddia edilen ve buna yönelik başkaca deliller olan kişi ile yaptığı görüşmelere ilişkin HTS kayıtları delil niteliğini kazanabilir. Bu nedenle, HTS kayıtları her sanığın durumuna özel olarak değerlendirilmelidir...” şeklinde hüküm kurulmuştur.

⁵⁰ Y16.CD, 06.11.2019, E.2019/1582, K.2019/6838, Erişim Tarihi: Mayıs 26, 2023, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/e-2019-1582-k-2019-6838-t-06-11-2019>.

⁵¹ Yusuf Yaşar, “Bir Suçun İspatı Amacıyla İletişimin Kayda Alınmasının Hukuki Niteliği”, TAAD, S. 14 (Temmuz 2013): 364; benzer şekildeki kararlar için bkz: Yargıtay 8. Ceza Dairesi’nin 01.10.2018 tarihli ve E.2016/4295, K.2018/10022 sayılı kararı; “... Oluşa ve tüm dosya kapsamına göre; içeriği maddi delillerle desteklenmeyen telefon görüşmelerine dayalı iletişim kayıtları dışında üzerine atılı silah ticareti yapma suçunu işlediğine ilişkin, savunmasının aksine, cezalandırılmasına yeter kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği gözetilmeden, atılı suçtan beraati yerine, yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi ...”, Yargıtay 13. Ceza Dairesi’nin 10.07.2018 tarihli ve E.2018/2780, K.2018/10811 sayılı kararı; “... Sanıkların üzerlerine atılı suçları işlediklerine ilişkin savunmaların aksine, olay yeri ile ilgili mekan ve ayrıntılı bilgi içermeyen, içeriği maddi bulgularla desteklenmeyen telefon görüşmelerine dayalı iletişim kayıtları ile baz istasyonu bilgileri dışında her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı, mahkumiyetlerine yeterli delil elde edilemediğinden beraatleri yerine, hatalı değerlendirme sonucu yazılı şekilde mahkumiyetlerine karar verilmesi ...” şeklinde hüküm kurulmuştur.

⁵² Önleme amaçlı iletişimin tedbirinin amacı de “makul düzeyde şüphenin” aranması gerektiğini belirten görüşler vardır, bkz: Centel, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, 185.

lı iletişimin tespiti kararı verilecek kişi açısından sanık ya da şüpheli gibi bir kısıtlama getirilmemiştir⁵³. Ancak, devletin pozitif ödev ve yükümlülükleri çerçevesinde, bu önleyici tedbirin bireylerin haklarını tamamen kısıtlayıcı nitelikte olmadan, ölçülülük içerisinde uygulanması gereklidir⁵⁴. Nitekim, AİHS'nin 8. maddesi uyarınca, bireylerin özel hayatına ve haberleşmelerinin gizliliğine saygı gösterilmesi gerekir. Bu bağlamda devletler pozitif yükümlülük olarak bireylerin hem kimlik bilgilerini hem de özel hayatını içeren gizlilik hakkının her türlü müdahaleye karşı korunmasını sağlamak zorundadır. Bununla birlikte, negatif yükümlülüğü olarak devletler AİHS'nin 8. maddesi çerçevesinde bireylerin özel hayatının gizliliğine müdahale edemeyecektir⁵⁵.

Diğer yandan, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi suretiyle elde edilen verilerin, maddi vakıanın aydınlatılmasında delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı konusu doktrinde tartışmalıdır⁵⁶. Bununla birlikte Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 17.5.2011 tarih ve E.2011/9-83, K.2011/95 sayılı kararıyla⁵⁷ önleme amaçlı iletişimin tespiti sırasında elde edilen verilerin delil olarak kullanılmayacağı hüküm altına alınmıştır.

Öte yandan, CMK'nın 138'inci maddesinde “tesadüfen elde edilen deliller” düzenlenmiştir. Anılan hükmün ikinci fıkrası uyarınca, koruma tedbirlerinden biri olan iletişimin tespiti kayıtlarının elde edilmesi sırasında, söz konusu soruşturma veya kovuşturma konusundan farklı olarak ve CMK'nın 135'inci maddesinin sekizinci fıkrasında yer alan katalog suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınacak ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilecektir⁵⁸. Katalog suçlar dışında kalan suçlar bakımından bu tür bilgilerin delil gücü konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Katalog dışında kalan suçlarla ilgili bu tür bilgilerin soruşturma başlatılmasında kullanılabilmesi ancak bunların hükümde delil olarak esas alınmayacağı yönündeki görüşlerin yanı sıra, katalog dışında kalan suçlarla ilgili

⁵³ İnce, “Önleme ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesinin Özel Hayatın Gizliliği ve Haberleşme Özgürlüğü Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, 1753.

⁵⁴ Mesut Pınarbaşı, “Türk Hukukunda Önleyici Maksatlı İletişimin Denetlenmesi Tedbirinin Değerlendirilmesi”, *Güvenlik Bilimleri Dergisi*, S. 3 (2014): 43.

⁵⁵ Bulak Uygun, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Son Dönemdeki İçtihatları Işığında İletişimin Adli ve Önleme Amaçlı Olarak Denetlenmesi ve Özel Hayata Müdahale”, 141-142.

⁵⁶ Doktrindeki farklı görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bknz: Kabataş Yılmaz, *Türk Hukukunda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi Tedbiri*, 18; Pınarbaşı, “Türk Hukukunda Önleyici Maksatlı İletişimin Denetlenmesi Tedbirinin Değerlendirilmesi”, 57; İnce, “Önleme ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesinin Özel Hayatın Gizliliği ve Haberleşme Özgürlüğü Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, 1758; Centel, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, 162; Atay, “Temel Haklar ve İlikeler Doğrultusunda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri ve Kişisel Güvenlik”, 169.

⁵⁷ YCGK 17.5.2011, E.2011/9-83, K.2011/95, Erişim Tarihi: Aralık 28, 2023, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2011-83-k-2011-95-t-17-5-2011>.

⁵⁸ Centel, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, 182-183.

olarak tesadüfen elde edilen bilgilerle soruşturma dahi başlatılamayacağına ilişkin görüşler de bulunmaktadır⁵⁹. Bir başka görüşe göre ise, bu bilgiler 135'inci maddede sayılan suçlar dışında kalan suçların aydınlatılması için delil olarak kullanılmayacak fakat bu bilgilerden yol gösterici olarak yararlanılabilecektir⁶⁰. CMK'nın 138'inci maddesinin ikinci fıkrasının sadece CMK'nın 135'inci maddesindeki suçlar bakımından tesadüfen elde edilen delillerden bahsettiği ve sadece bu suçlar bakımından Savcılığa bildirimden söz ettiği gerekçesi ile, CMK'nın 135'inci maddesi dışındaki suçlar bakımından tesadüfen elde edilen delillerin delil kuvveti olmadığı ve Savcılığa bildirilmesi gerektiği ileri sürülmekle birlikte⁶¹, CMK'nın 135'inci maddesinde sayılan suçlar kapsamında veya kapsam dışında fark etmeksizin, tesadüfen elde edilen tüm delillerin Savcılığa iletilmesi gerektiği, kapsam dâhilindeki suçlar için yapılacak bildirim "derhal" yapılması dışında suçlar arasında fark olmadığı, zira CMK'nın 138'inci maddesinde Savcılığa bildiri yasaklayan bir hüküm olmadığı ileri sürülmüştür⁶². Bu son görüş, delillerin bildirilmesi ile değerlendirilmesi hususunun farklı olduğuna, delillerin Savcılık tarafından değerlendirilip, CMK'nın 135'inci maddesi kapsamında yer alıp almadığına karar verileceği hususuna dayanmaktadır⁶³.

III. DELİL OLARAK KULLANILAN HTS KAYITLARININ HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ AÇISINDAN YARGI KARARLARI BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

A. HTS KAYITLARININ DELİL OLARAK KULLANILMASININ HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNE ETKİSİ

Bireylerin toplum içinde var olabilmeye, yaşantılarını sürdürebilme ve kendilerini geliştirebilmelerine imkân veren temel hak ve özgürlüklerin bireyler tarafından kullanılabilmesi ve bu açıdan devletler tarafından gerekli uygulamaların geliştirilmesi gereklidir. Ancak bu hakların bireyler tarafından kullanılması sınırsız değildir⁶⁴. Dolayısıyla, sosyal alanda bireylerin hak ve özgürlüklerinin bir sınıra

⁵⁹ Şahbaz, *İletişimin Denetlenmesi ve Yasak Deliller*, 164 vd.

⁶⁰ Şahbaz, *İletişimin Denetlenmesi ve Yasak Deliller*, 166; Aksi görüş için bkz. Mustafa Ruhan Erdem, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 3 (2005): 1. (çevrimiçi: www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/115.doc (Erişim Tarihi: Şubat 28, 2022)).

⁶¹ Şahbaz, *İletişimin Denetlenmesi ve Yasak Deliller*, 165.

⁶² Seydi Kaymaz, *Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2009), 478- 479. Bununla birlikte Yargıtay tarafından telefon dinlemesi sırasında tesadüfen elde edilen kanıtların CMK 135 hükmünde sayılan suçlar haricindeki suçlar bakımından soruşturma ve kovuşturma aşamasında kullanılmayacağı kabul edilmiştir (Yargıtay CGK 13.6.2006, E.2006/4-122, K.2006/162 sayılı kararı <https://karararama.yargitay.gov.tr/#> (Erişim Tarihi: Mart 28, 2023)).

⁶³ Kaymaz, *Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, 478.

⁶⁴ İbrahim Özden Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı* (Ankara: İmge Kitabevi, 2002): 291.

tabi olması esastır; aksi takdirde, bireyler tarafından hakların sınırsız kullanılması diğer bireylerin özgürlüklerine zarar verebilecektir⁶⁵.

Ceza yargılamasının sağlıklı bir şekilde yürütülmesi ya da önleme amaçlı başvurulmuş koruma tedbirleri, bireylerin temel hak ve özgürlüklerine kısıtlamalar getirebilecektir. Çalışmamamızın konusu olan iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri de Anayasada düzenlenen özel yaşamın gizliliği ve haberleşme hürriyetine bir sınırlama getirmektedir⁶⁶. Kişilerin duygu ve düşüncelerini ifade edebilme, bunları toplum içerisinde yayabilme ya da bireylerin birbirleri arasında iletişim kurabilme hakkı Anayasa ile güvence altına alınmıştır⁶⁷ ve yukarıda da bahsedildiği üzere, Anayasanın 22. maddesinde düzenlenmiştir.

Diğer taraftan, bir suç işlenmesinin önlenmesi ya da ceza muhakemesinin yürütülmesi ve kamu düzeninin sağlanması açısından koruma tedbirlerine başvurulması gereklidir. Teknolojik gelişmeler ile birlikte, suçların işleniş biçimlerinde de değişiklikler olmuş ve işlem yapılan ya da suç için araç olarak kullanılan verilerde de çeşitlilik gözlemlenmiştir. Teknolojik okuryazarlık seviyesinin tam ya da yeterli olmadığı, ancak bilişim sistemlerini de kullanan bireylerin suça maruz kalma ya da suç nedeniyle zarara uğrama ihtimalleri artmıştır⁶⁸. İşte bu noktada, bilişim teknolojileri kullanılarak işlenen suçların tespiti bakımından, çeşitli verilerin delil olarak kullanılması ya da farklı koruma tedbirlerine başvurulması gündeme gelmiştir.

İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasına ilişkin koruma tedbiri de, son teknolojik ilerlemeler çerçevesinde ortaya çıkmış olup, maddi vakianın ispatı bakımından önem arz etmektedir⁶⁹. Suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphenin varlığı halinde CMK'nın 135. maddesinde yer alan usuller çerçevesinde iletişimin denetlenmesi ve HTS kayıtlarının elde edilmesine dair koruma tedbirine başvurulabilmektedir.

Bu çerçevede, bir taraftan Anayasal güvence altına alınan temel hak ve hürriyetlerden biri olan haberleşme özgürlüğü gözetilerek, diğer taraftan CMK'nın 135. maddesinde yer alan katalog suçlardan birinin varlığına ilişkin kuvvetli şüphenin bulunması halinde ilgili makamlar tarafından başvurulabilecek iletişimin denetlenmesine ilişkin koruma tedbiri göz önünde bulundurularak hakların denetlenmesi sağlanmalıdır⁷⁰.

⁶⁵ Kayıhan İçel, "Haberleşme Özgürlüğü", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 41, S. 1-2 (2011): 98.

⁶⁶ Kabataş Yılmaz, *Türk Hukukunda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi Tedbiri*, 20.

⁶⁷ Ulaş Karan, *İfade Özgürlüğü Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 2* (Ankara: Avrupa Konseyi, 2018), 78-79.

⁶⁸ Kulular İbrahim, editör, *Kripto Paralar Kullanılarak İşlenen Suçlar ile Bilişim Sistemleri Kullanılarak İşlenen Sermaye Piyasası Suçları*, 156.

⁶⁹ Kaymaz, *Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, 78.

⁷⁰ Bulak Uygun, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Son Dönemdeki İçtihatları Işığında İletişimin Adli ve Önleme Amaçlı Olarak Denetlenmesi ve Özel Hayata Müdahale", 140.

Ancak, iletişimin tespitine karar verilebilmesi yani HTS kayıtlarının talep edilebilmesi için CMK'nın 135/8 hükmünde yer alan katalog suçlardan birinin işlendiğine dair şüphenin bulunması şartı aranmamaktadır⁷¹. Katalog suçlar dışındaki şüpheliler bakımından da iletişimin tespiti kararı verilebilmekte olup, koruma tedbirlerinin genel özelliklerinden olan zorunluluk halinde başvurma, geçici olma, orantılı olma ve bir araç niteliğinde olma kriterlerine uyulması gereklidir⁷².

Nitekim, haberleşme özgürlüğü Anayasada da yerini bulan “*haberleşmenin gizliliği esastır*” hükmü çerçevesinde, bireyler arasındaki iletişimin gizliliğini de kapsamaktadır. Bir başka deyişle, haberleşme özgürlüğü, hem bireylerin birbirleriyle iletişim kurabilmesini hem de iletişimin gizli kalması özgürlüğünü kapsamaktadır⁷³. Ancak bir suç olgusunun varlığı halinde, maddi vakianın aydınlatılması ve bu suretle mağdur haklarının korunması ve gerekli cezai yaptırımların uygulanması bakımından HTS kayıtlarının yetkili kuruluşlardan elde edilmesi de gereklidir. Dolayısıyla Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen sınırlandırma kriterleri çerçevesinde, haberleşme hürriyetinin kısıtlanması ve HTS kayıtlarının haberleşmenin gizliliğine halel getirmeyecek ölçüde, usulüne uygun bir şekilde ve ilgili makamlar tarafından elde edilebilmesi mümkündür. Bireylerin özel yaşamın gizliliği hakkına riayet edilerek, HTS kayıtları bir suç şüphesinin aydınlatılması amacıyla uygun düşüğü ölçüde kullanılabilir⁷⁴.

B. YARGI KARARLARI ÇERÇEVESİNDE HTS KAYITLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Gerek iç hukukumuzda gerek uluslararası düzenlemelerde, bireylerin hakları hukuki güvence altına alınmış olup, yasal bir çerçevede korunmaktadır. Hukuki düzenlemeler bir taraftan bireylerin özgürlüklerini korurken diğer taraftan kamu düzeninin ve toplumsal barışın sağlanmasında da rol oynarlar. Bu çerçevede, kamu düzenini bozacak fiillerin bir yaptırıma tabi tutulması, bu yaptırımların doğru ve zamanında uygulanabilmesi için gerekli tedbirlerin alınması ve son çare olarak zorunlu olduğunda araç olarak kullanılması gereklidir. Bu çerçevede yargı kararlarında çeşitli şekillerde iletişimin tespiti koruma tedbirine başvurulduğu ve bu kararların Anayasa Mahkemesi'nde (AYM) bireysel başvuruya konu edildiği tespit edilmiştir.

Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 13.11.2019 tarih ve E. 2018/5526 K. 2019/6842 sayılı kararında⁷⁵, “... hakim kararıyla geçmişe dönük elde ettiği “*iletişimin tespiti*

⁷¹ Meran, *İletişimin Denetlenmesi - Gizli Soruşturmacı - Teknik Takip*, 147; Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 439.

⁷² Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, 270; Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 319; Kaymaz, *Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, 84.

⁷³ Handan Yokuş Sevük, “Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, S. 16 (2009): 162; Kaymaz, *Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, 89.

⁷⁴ Kabataş Yılmaz, *Türk Hukukunda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi Tedbiri*, 23-24.

⁷⁵ Y16CD, 13.11.2019, E.2018/5526, K.2019/6842, Erişim Tarihi: Mayıs 26, 2023, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/e-2018-5526-k-2019-6842-t-13-11-2019>.

(HTS)” kayıtlarının, “hukuka uygun bir delil olarak hükme esas alınmasında herhangi bir hukuki isabetsizlik bulunmadığı, yapılan işlemin “demokratik bir ülkede gereklilik” ve “orantılılık” ilkelerine uygun” olduğu, somut olay kapsamında da, kanunda yazılı esas ve usullere göre bu tedbire başvurulmasının “iletişim özgürlüğü” hakkının özünü ortadan kaldırmayacağı kanaatine varılmıştır.

İçeriğine müdahale edilmeden, iletişim araçlarının diğerleri ile kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespitine yönelik işlem olması ve daha çok dış bağlantı verilerini ifade etmesi nedeniyle “iletişimin tespiti”, Cumhuriyet savcısının soruşturma yetkisini düzenleyen CMK’nın 160 ve 161. maddeleri kapsamında istenebilecek delillerdendir. Cumhuriyet savcısı soruşturmanın açıklayıcılık ve kişilerin lekelenmeme hakkı ilkelerini dikkate alarak delil toplarken Anayasada ve yasada düzenlenen “orantılılık” ilkesini göz önüne almak durumundadır.” şeklinde hüküm kurulmuştur. Dolayısıyla, usulüne uygun bir şekilde iletişimin tespitine karar verilmesi halinde, söz konusu koruma tedbiri sonucu elde edilen HTS kayıtlarının hükme esas almada bir destekleyici delil olarak kullanılabilceği yargı kararlarıyla da kabul edilmiştir.

Diğer yandan, usulüne uygun olmayan şekilde, bir şahıs hakkında verilen ancak farklı bir şahsın suç teşkil eden iletişim kayıtlarına tesadüfen ulaşılmaması⁷⁶ veya bir suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda biri hakkında verilen tedbir kararının diğerleri hakkında da uygulanıp uygulanamayacağı konularında doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır⁷⁷. Zira iletişimin denetlenmesi tedbiri sırasında o suç ile bağlantısı olmayan ya da o suç bakımında şüpheli sıfatını taşımayan bir kişinin de iletişim bilgilerinin elde edilmesi mümkün olabilmektedir. CMK’nın 138/2 hükmünde tesadüfen elde edilen delillerin CMK’nın 135/6. maddesinde yer alan suçları ilgilendirmesi halinde Cumhuriyet Savcısının bilgilendirilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Koruma tedbiri kararının verildiği sırada “kuvvetli şüphe sebepleri”nin bulunmadığı ve “başka suretle delil elde edilmesi” imkânının olduğu hallerde, elde edilen

⁷⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 03.07.2007 tarih ve E.2007/5-23, K.2007/167 sayılı kararı ile “... İletişimin tespiti kararı Av. Ç.Ö.'ye ait cep telefonu için alınmış olup, sanık Ö.G.S. Hakkında verilmiş herhangi bir iletişim dinlenmesi kararı bulunmamaktadır. Sanığa ait olan iletişimin tespiti tutanakları, tesadüfen elde edilmiş kanıt niteliğindedir. Bu konuşmalarda tesadüfen elde edildiği kabul edilen suç kanıtının değerlendirilebilmesi için 4422 sayılı Yasada herhangi bir hüküm yer almadığı gözetildiğinde, iletişimin tespitine ilişkin bu tutanaklar yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğindedir. Kaldı ki, 5271 sayılı CMY'nın 138. maddesine göre de bu tutanağa yasal bir kanıt değeri verilmesi olanaksızdır. Zira, tesadüfen elde edilen bu kanıt üzerine, ilk görüşmenin tespitinden sonra değil, bütün görüşmeler kayıt edildikten sonra durum C.savcısına bildirilmiş, sanık hakkında herhangi bir iletişimin tespiti kararı olmaksızın tespit yapılmış olduğundan, bu tutanaklar yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğindedir. Yasa dışı elde edilen bir kanıtın ise soruşturma ve kovuşturma aşamalarında kullanılmasına olanak bulunmamaktadır ...” şeklinde hüküm kurulmuştur <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/cgk-e-2007-5-23-k-2007-167-t-3-7-2007>, Erişim Tarihi: Aralık 8, 2023.

⁷⁷ Meran, İletişimin Denetlenmesi - Gizli Soruşturmacı - Teknik Takip, 270; Ataman, Ceza Yargılaması Hukukunda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri, 304.

verilerin hukuka aykırı delil olarak kabul edilmesi gerekmektedir⁷⁸. Nitekim, Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 08.05.2017 tarihli ve E.2016/2524, K.2017/5338 sayılı kararında⁷⁹ "... İletişimin tespiti, teknik takip ve izleme kararları ile sanıkların takip edilebilmeleri amacıyla öncelikle yapılan ihbarın nereden ve kim tarafından gönderildiğinin yargılamanın hiçbir safhasında araştırılmadığı gibi verilen kararların da soyut gerekçelerle verildiği anlaşılmış olmakla, Ceza Genel Kurulu 03.07.2007 tarih ve 2007/167, 22.01.2008 tarih ve 2008/3 karar sayılı kararlarında; hukuka aykırı olarak elde edilmiş bulunan iletişim tespit tutanaklarının hükme esas alınamayacağını belirtmek suretiyle iletişimin dinlenilmesi hususunda önemsiz/şekli hukuka aykırılık anlayışının geçerli bulunmadığını kabul etmiştir ... Yukarıda açıklanan gerekçeler, oluşa ve dosya içindeki tüm delillere göre; mahkemece hükme esas alınan iletişimin dinlenmesi ve uzatma kararları ile elde edilen ve hükme esas alınan delillerin hukuka aykırı olup yasak delil niteliğinde olduğu, sanıklar hakkında yapılan teknik takip, izleme ve iletişimin tespiti tedbirlerinin hukuka uygun delil olarak kabul edilemeyeceği gözetilerek hukuki durumlarının takdir ve tayin edilmesi gerekirken yazılı şekilde bu delillerin hükme esas alınmak suretiyle sanıkların mahkumiyetlerine karar verilmesi ..." şeklinde hüküm kurulmuştur. Bununla birlikte, AYM'nin bireysel başvuru üzerine yaptığı değerlendirmeler sonucu verdiği kararlarda, bireylerin telekomünikasyon yoluyla iletişimlerinin dinlenmesi suretiyle elde edilen kayıtların delil olarak kullanılabilmesi, bunun keyfi kullanım olarak nitelendirilemeyeceği ve adil yargılama hakkı ile haberleşme hürriyetinin ihlal edilmediği hüküm altına alınmıştır⁸⁰. Özellikle son dönemlerde teknolojinin gelişimi örgüt şeklinde işlenen suçlarda suç aracı olarak dijital uygulamaların, telekomünikasyon hizmetlerinin kullanımı ve cep telefonlarından ardışık ve periyodik aramaların yapılması suç tespitini zorlaştırmış olup, örgütsel suçların tespiti bakımından HTS kayıtlarının delil olarak kullanılması gündeme gelmiştir. Nitekim, AYM'nin 8.3.2023 tarihli kararında⁸¹ "Dolayısıyla somut olayda da Başsavcılığın Hâkimlik kararı doğrultusunda, ankesörlü/kontörlü sabit hatlarla yapılan iletişime dair BTK'dan HTS kayıtlarının getirilmesi ve bu kayıtlar üzerinde şüpheli olabilecek kişilerin tespiti amacıyla kolluk birimlerince teknik analiz yapılması bariz takdir hatası veya açık bir keyfilik içeren bir uygulama olarak değerlendirilemez.

(...)

Yargıtay da ankesörlü/kontörlü sabit hatlar aracılığıyla iletişim kurulan kişilerin FETÖ/PDY'nin mahrem yapılanmasına dâhil olup olmadıklarının hukuki

⁷⁸ Kabataş Yılmaz, *Türk Hukukunda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi Tedbiri*, 111.

⁷⁹ Y16CD, 08.05.2017, E.2016/2524, K.2017/5338 Erişim Tarihi: Aralık 8, 2023, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/16-ceza-dairesi-e-2016-2524-k-2017-5338-t-8-5-2017>.

⁸⁰ AYM, *Tekin Tunç*, başvuru no. 2020/19645, 23 Mayıs 2023; AYM, *Bestami Eroğlu*, başvuru no. 2018/23077, 17 Eylül 2020; AYM, *Ertan Erçik* (3), başvuru no. 2018/14040, 30 Haziran 2021.

⁸¹ AYM, *Murat Albayrak*, başvuru no. 2020/16168, 8 Mart 2023.

bir kesinlik içinde ortaya konulabilmesi için -somut olayın özelliğine göre- yapılması gerekli görülen araştırma ve inceleme işlemlerine ilişkin değerlendirmelerde bulunduğu kararlarında, yapılan aramaların niteliğinin ortaya konulması ve maddi gerçeğin açığa çıkarılması açısından kolluk birimlerince HTS kayıtlarına ilişkin kişiselleştirilmiş ve detaylı raporlar düzenlenmesi gerektiğini vurgulamıştır (bkz. §§ 73-75). Bu bağlamda başvuru için soruşturmanın şüpheli sıfatıyla dâhil edildiği aşamada, söz konusu raporun alınabilmesi için başvurucuya ait HTS kayıtlarının da Hâkimlik kararı doğrultusunda temin edilmesinin Başsavcılığın 5271 sayılı Kanun'un 160. maddesinde öngörülen görevleri arasında yer aldığı ve somut olayda bu işlemin aynı Kanun'un 135. maddesinin (6) numaralı fıkrasına uygun olarak gerçekleştirildiği anlaşılmıştır. Dolayısıyla uygulanan bu koruma tedbiri doğrultusunda elde edilen verilerin delil olarak kullanılması açısından da Yargıtay ve derece mahkemelerince yapılan tespit ve değerlendirmelerin bariz takdir hatası ve açık bir keyfîlik içermediği görülmüştür.

(...)

Sonuç olarak somut olayda başvuru kullanımındaki GSM hattından telekomünikasyon yoluyla kurulan iletişimlerin tespiti kararları doğrultusunda elde edilen HTS verilerinin delil olarak kullanılmasının kanuni bir temele dayanmadan veya hukuka aykırı şekilde elde edildiğine yönelik iddialar açısından bir ihlal bulunmadığının açık olduğu sonucuna varılmıştır.” şeklinde bir gerekçeyle başvuru hakkının adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine hükmedilmiştir.

Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) çeşitli kararlarında da, AİHS'nin 8. maddesi çerçevesinde özel hayatın gizliliğinin korunması hakkının ancak belirli ölçütler çerçevesinde sınırlandırılması gerektiği, aksi takdirde bu sınırlandırmanın hakların ihlaline neden olduğu belirtilmiştir⁸².

Bununla birlikte, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 12.06.2007 tarihli ve E.2006/5-154, K.2007/145 sayılı kararında⁸³, “... Sanık hakkındaki soruşturma izni, iddianame ve son soruşturmanın açılması kararına konu olan suçlar rüşvet ve görevde yetkiyi kötüye kullanma suçlarıdır. Rüşvet suçu 5271 sayılı CYY'nın 135/6. fıkrasında yer aldığından, bu suç yönünden iletişimin tespiti suretiyle elde edilen kanıt, CYY'nın 138/2. maddesi fıkrası uyarınca, hakkında iletişimin tespiti kararı bulunmayan kişi için de kanıt olarak değerlendirilir ...”, şeklinde hüküm kurulmuş olup, bir suç bakımından elde edilen iletişimin tespiti kararının hakkında tedbir kararı verilmeyen ancak iletişim kayıtları elde edilen kişiler bakımından da delil olarak kullanılması gerektiğine hükmedilmiştir. Doktrinde ise, anılan hükmün aksine, koruma tedbirinin uygulandığı şüpheli dışında başka bir şahıs hakkında da

⁸² Konuya ilişkin AİHM kararları için bkz: AİHM *Roman Zakharov*/Rusya, başvuru no. 47143/06, 4 Aralık 2015; AİHM *Gorzelik ve Diğerleri*/Polonya, başvuru no. 44158/98, 17 Şubat 2004.

⁸³ YCGK, 12.06.2007, E.2006/5-154, K.2007/145 Erişim Tarihi: Aralık 8, 2023, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/cgk-e-2006-5-154-k-2007-145-t-12-6-2007>.

tesadüfen delil elde edilmiş olması halinde, söz konusu delilin ilgiliden başka bir kimse hakkında uygulanmasının hukuka aykırı nitelikte olduğu belirtilmiştir⁸⁴.

Sonuç olarak, kuvvetli bir suç şüphesinin bulunduğu ve başka suretle delil elde edilebilmesinin mümkün olmadığı durumlarda, kanunda belirtilen usullere uygun olarak bir şüpheli hakkında verilen iletişimin tespiti tedbirinin, yalnızca hakkında karar verilen şüpheli ile sınırlı olmalı ve HTS kayıtları yalnızca ilgili bakımından delil olarak kullanılması gerekmektedir. Aksi takdirde, bir suçun icrası sırasında şüphelinin iletişim kurduğu 3. kişilerin de iletişimin tespiti ve HTS kayıtlarının alınmasının, ilgilinin haberleşme hürriyetinin gizliliğinin yanı sıra özel hayatının gizliliğine de müdahale niteliği taşıyacaktır. Bu çerçevede, CMK'nın 138. maddesinde düzenlenen tesadüfen elde edilen deliller kavramının dar yorumlanması gerektiği ve söz konusu tesadüfi delilin Cumhuriyet Savcılığına bildirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Dolayısıyla, ölçülülük ilkesi çerçevesinde ve keyfi uygulamalara mahal vermeyecek şekilde, temel hak ve özgürlüklerden biri olan haberleşme hürriyetini ve özel hayatın gizliliğini koruyacak şekilde koruma tedbirlerinden HTS kayıtlarının elde edilmesi ve usulüne uygun bir şekilde maddi vakıanın çözümlenmesinde delil olarak kullanılabilmesi mümkündür.

SONUÇ

Günümüzde gelişen bilişim sistemleri nedeniyle, hukuki ihtilafların çözümü, ceza muhakemesindeki ispat kurumu gibi müesseselerde de önemli değişiklikler olmuştur. Nitekim, radyo-televizyon gibi geleneksel iletişim araçlarının çeşitlenmesi, internetin hızla yaygınlaşması, akıllı telefonlar ile iletişimin sağlanması yoluyla, toplumun neredeyse tamamının bilişim sistemleri içerisinde yer almasına neden olmuştur.

Bu teknolojik gelişmelerin bireylerin ihtiyaçlarını karşılama noktasında birçok avantajı olsa da, sistemsel açıkların bireyler tarafından hukuka aykırı bir şekilde kullanıldığı da görülmektedir. Bu çerçevede bireylerin temel hak ve özgürlüklerini korumak adına, sistemik riskleri en az seviyeye indirecek belirli düzenlemeler yapma ve haberleşme özgürlüğü alanında hakların dengelenmesini gözetmek suretiyle, teknolojiyi hukuka aykırı şekilde kullanan şahısları caydırıcı bir cezai yaptırıma tabi tutmak Devletin temel görevlerinden biridir.

Koruma tedbirleri 5271 sayılı CMK'nın Dördüncü Kısım'nda düzenlenmiş olup, anılan kısımda yer alan 135'inci maddede iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, *bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeple-*

⁸⁴ Saydam, *Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, 198-199; Vatan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak İletişimin Denetlenmesi*, 37; Aytekin, *Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Tespiti ve Kayda Alınması*, 82.

rinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, ağır ceza mahkemesi veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanık telekomünikasyon yoluyla iletişimi dinlenebilir; kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Aynı maddenin sekizinci fıkrası uyarınca ise, anılan hüküm çerçevesinde dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin koruma tedbiri sadece kanunda yer alan katalog suçların icra edildiğine ilişkin şüphenin varlığı halinde uygulanabilecektir.

Bu çerçevede, kişinin temel hak ve hürriyetlerine kısıtlama getiren iletişimin denetlenmesi işlemi de bir koruma tedbiri niteliğinde⁸⁵ olup, anılan madde çerçevesinde alınacak dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirleri yalnızca söz konusu hükümde sayılan suçlarla ilişkili olarak alınabilecektir. Ancak söz konusu şartın iletişimin tespiti tedbiri bakımından aranmadığı görülmektedir. Dolayısıyla kanun koyucu tarafından CMK'nın 135/6 hükmünde ayrı bir fıkra şeklinde düzenleme yapıldığı dikkate alındığında, katalog suçlar dışındaki suçlar bakımından iletişimin tespiti tedbirine başvurulması mümkündür.

Bireylerin telefon aracılığıyla yaptıkları iletişimin içeriğinin tespit edilmesi, haberleşme özgürlüğü ve özel hayatın gizliliği haklarının, mahkeme kararı uyarınca zedelenmesi olarak görülse de, kasten öldürme, çocuklara yönelik cinsel suçlar ya da örgütlü suçların ortaya çıkarılması, gerekli yaptırımların uygulanması, bu suçların önlenmesi gibi faktörler gözetilerek, ihlal edildiği ileri sürülen haberleşme özgürlüğünün tamamıyla kısıtlanamayacağı ve bu alanda herhangi bir sınırlandırma getirilemeyeceği düşünülemez.

Nitekim, gerek kanunda yer alan suçları işleyen bireyler gerek örgütsel olarak hareket eden bireyler, kuvvetli suç şüphesini engelleyebilmek ya da suçun ortaya çıkmasına, ispatına yarayacak vasıtaları ortadan kaldırmak amacıyla her türlü teknolojik olanağı kullanmaktadırlar. Organize suçlar bakımından iştirak eden şahıslar ya da bir şüpheli hakkında verilen iletişimin tespiti tedbirinin uygulanması sırasında 3. kişiler hakkında da tesadüfen delil elde edilmesi halinde, söz konusu verilerin ilgililer hakkında delil olarak kullanılması ve 3. kişilere ait kayıtların Cumhuriyet Savcılığına bildirilmesi gereklidir. Aksi takdirde, tedbirlerin amacıyla sınırlı ve araç olarak kullanma özelliğini aşarak, genel nitelikte uygulanmasına neden olacak ve bireylerin haberleşme özgürlüğü ile özel hayatın gizliliği haklarına müdahale niteliği taşıyacaktır. Bu çerçevede, ceza yargılamasında da ilgili makamların maddi gerçeği ortaya koyabilmek amacıyla, olayı ispata elverişli her türlü imkândan usulüne uygun olarak yararlanması mümkün olup, bu hukuki ihtilafın çözümü sırasında bireylerin temel haklarının gözetilmesi gereklidir.

⁸⁵ Vatan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak İletişimin Denetlenmesi*, 15-17; Doktrinde iletişimin denetlenmesinin koruma tedbiri olma özelliğinden ziyade, araştırma işlemi niteliğinde olduğu görüşünde olan yazarlar da bulunmaktadır; bkzn: Nurullah Kunter ve Feridun Yenisey, *Arama, El Koyma ve İletişimin Denetlenmesi*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2000), 110.

KAYNAKÇA

- Arslan, Çetin. “Dijital Delil ve İletişimin Denetlenmesi”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi* 3, 2 (2015): 253-266.
- Ataman, Ahmet. *Ceza Yargılaması Hukukunda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Atay, H., Temel Haklar ve İlkeler Doğrultusunda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri ve Kişisel Güvenlik, *Ceza Hukuku Dergisi* 4, 10 (2009): 157-175.
- Aytekin, Hüseyin A. *Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Tespiti ve Kayda Alınması*. Kayseri: Erciyes Üniversitesi Kamu Hukuku ABD, Yüksek Lisans Tezi, 2010.
- Birtek, Fatih. “Ceza Muhakemesinde Tanık Hakkında İletişimin Tespiti Koruma Tedbirine Başvurulup Başvurulamayacağı Sorunu”, *Ceza Hukuku Dergisi* 17, 49 (2022): 189-216.
- Birtek, Fatih. “Cumhuriyet Savcısı’nın Delilleri ve Fiili Takdir Yetkisi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 58, 2 (2013): 953 - 990.
- Bozdağ, Ahmet ve Sarıusta, Kader. “Ceza Yargılamasında Mağdurun Beyanı ve Delil Değeri”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, 2 (2017): 573 - 602.
- Bulak Uygun, Begüm. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Son Dönemdeki İçtihatları Işığında İletişimin Adli ve Önleme Amaçlı Olarak Denetlenmesi ve Özel Hayata Müdahale”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, 2, (2017): 139-154.
- Centel, Nur. “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, S. 1, (2010): 161-192.
- Epözdemir, Rezan. “Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat”, *Terazi Hukuk Dergisi* 12, 135 (2017): 14-28.
- Erdem, Mustafa Ruhan. “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 3 (2005): 1-14. (çevrimiçi: www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/115.doc (Erişim Tarihi: Şubat 28, 2022)).
- İçel, Kayıhan. “Haberleşme Özgürlüğü”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 41, 1-2 (2011): 71 - 107.
- İnce, Kadri. Önleme ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesinin Özel Hayatın Gizliliği ve Haberleşme Özgürlüğü Çerçevesinde Değerlendirilmesi, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, S. 1-2, (2020): 1745-1770.
- Kabataş Yılmaz, Buket. *Türk Hukukunda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi Tedbiri*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Kaboğlu, İbrahim Özden. *Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı*. Ankara: İmge Kitabevi, 2002.
- Karan, Ulaş. *İfade Özgürlüğü Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 2*. Ankara: Avrupa Konseyi, 2018.
- Kaymaz, Seydi. *Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*. Ankara: Ankara Üniversitesi Kamu Hukuku ABD, Doktora Tezi, 2009.

- Kunter, Nurullah ve Yenisey, Feridun. *Arama, El Koyma ve İletişimin Denetlenmesi*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2000.
- Kulular İbrahim, Merve Ayşegül, editör. *Kripto Paralar Kullanılarak İşlenen Suçlar ile Bilişim Sistemleri Kullanılarak İşlenen Sermaye Piyasası Suçları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Meran, Necati. *İletişimin Denetlenmesi - Gizli Soruşturmacı - Teknik Takip*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2009.
- Özen İnci, Zekiye. *Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Kamu Hukuku ABD, Yüksek Lisans Tezi, 2008.
- Öztürk, Bahri ve Erdem, Mustafa Ruhan. *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2008.
- Pınarbaşı, Mesut. "Türk Hukukunda Önleyici Maksatlı İletişimin Denetlenmesi Tedbirinin Değerlendirilmesi", *Güvenlik Bilimleri Dergisi*, 3 (2014): 41-65.
- Saydam, Mehmet. *Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Şahbaz, İbrahim. *İletişimin Denetlenmesi ve Yasak Deliller*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2009.
- Şahin, Cumhur. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2017.
- Şahin, Cumhur. "Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi - Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, 1-2 (2007): 1095 - 1112.
- Turinay, Faruk Yasin. "Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirlerinin Sınıflandırılması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 70, 2 (2021): 475 - 541.
- Ünver, Yener ve Hakeri, Hakan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.
- Vatan, Zeki. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak İletişimin Denetlenmesi*. İstanbul: Beta Yayınları, 2009.
- Yavuz, Hakan A. "Ceza Yargılamasında Bir Koruma Tedbiri Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi", *TBB Dergisi* 60 (2005): 235-262.
- Yaşar, Yusuf. "Bir Suçun İspatı Amacıyla İletişimin Kayda Alınmasının Hukuki Niteliği", *TAAD*, S. 14 (Temmuz 2013): 353-396.
- Yokuş Sevük, Handan. "Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, 16 (2009): 159 - 195.

İnternet siteleri ve ilgili yargı kararları

- "Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu". Erişim Tarihi: Mart 13, 2023. <https://www.btk.gov.tr/haberler/adalet-bakanligi-ile-uyap-protokolu-izalandi>.
- "Bilim ve Teknik Dergisi", Aralık 2010. Erişim Tarihi: Ekim 10, 2023. <https://services.tubitak.gov.tr/edergi/yazi.pdf;jsessionid=kVF17XHXjD5sjWtJtM2rfdAA?dergiKodu=4&cilt=44&sayi=719&sayfa=72&yaziid=31063Mevzuat Bilgi Sistemi>. Erişim Tarihi: Mart 29, 2023. <https://mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2709&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>.

- Resmi Gazete. Erişim Tarihi: Mayıs 23, 2023. <https://www.resmigazete.gov.tr/eski-ler/2007/02/20070214-11.htm>.
- Türk Dil Kurumu Sözlüğü. Erişim Tarihi: Nisan 7, 2023. <https://sozluk.gov.tr/>.
- AYM, *Tekin Tunç*, başvuru no. 2020/19645, 23 Mayıs 2023. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2020/19645> Erişim Tarihi: Aralık 28, 2023.
- AYM, *Bestami Eroğlu*, başvuru no. 2018/23077, 17 Eylül 2020. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/23077> Erişim Tarihi: Aralık 28, 2023.
- AYM, *Ertan Erçiktu (3)*, başvuru no. 2018/14040, 30 Haziran 2021. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/14040> Erişim Tarihi: Aralık 28, 2023.
- AYM, *Murat Albayrak*, başvuru no. 2020/16168, 8 Mart 2023. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2020/16168> Erişim Tarihi: Aralık 28, 2023.
- AİHM, *Roman Zakharov/Rusya*, başvuru no. 47143/06, 4 Aralık 2015.
- AİHM, *Gorzelik ve Diğerleri/Polonya*, başvuru no. 44158/98, 17 Şubat 2004.
- Y16CD, 8.5.2017, E.2016/2524, K.2017/5338. Erişim Tarihi: Aralık 8, 2023. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/16-ceza-dairesi-e-2016-2524-k-2017-5338-t-8-5-2017>.
- Y16.CD, 13.11.2019, E.2018/5526, K.2019/6842. Erişim Tarihi: Mayıs 26, 2023. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/e-2018-5526-k-2019-6842-t-13-11-2019>.
- Y16.CD, 06.11.2019, E.2019/1582, K.2019/6838. Erişim Tarihi: Mayıs 23, 2023. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/e-2019-1582-k-2019-6838-t-06-11-2019>.
- YCGK, 13.6.2006, E.2006/4-122, K.2006/162. Erişim Tarihi: Mart 28, 2023. <https://karararama.yargitay.gov.tr/#>
- YCGK, 12.6.2007, E.2006/5-154, K.2007/145. Erişim Tarihi: Aralık 8, 2023. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/cgk-e-2006-5-154-k-2007-145-t-12-6-2007>.
- YCGK, 3.7.2007, E.2007/5-23, K.2007/167. Erişim Tarihi: Aralık 8, 2023. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/cgk-e-2007-5-23-k-2007-167-t-3-7-2007>.
- YCGK, 15.11.2011, E.2011/6-140, K.2011/222. Erişim Tarihi: Aralık 5, 2023. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/cgk-e-2011-6-140-k-2011-222-t-15-11-2011>.
- YCGK 17.5.2011, E.2011/9-83, K.2011/95, Erişim Tarihi: Aralık 28, 2023. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2011-83-k-2011-95-t-17-5-2011>.
- YCGK, 10.3.2020, E.2019/171, K.2020/169. Erişim Tarihi: Mayıs 23, 2023. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2019-171-k-2020-169-t-10-3-2020>.

ÖZEL HUKUK

PRIVATE LAW

LİMİTED ŞİRKET SÖZLEŞMESİNDE EMREDİCİ HÜKÜMLER İLKESİ^(*)

Prof. Dr. Mehmet Fahrettin ÖNDER^(**)
Enes Talha EĞİLMEZ^(***)

Öz

Bir veya birden fazla gerçek veya tüzel kişinin ortak iradelerini ve sermayelerini ortak bir paydada birleştirmek suretiyle meydana gelen tüzel kişiliklerden biri olan şirket, temelde kar elde etme amacı güder. Kar elde etme niyeti, şirketi diğer tüzel kişiliklerden ayıran yegâne özelliğidir. Şirket, temelini Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen adi ortaklıktan almakta olup, türleri ve özelliklerine göre farklı türlere ayrılmaktadır. Şirket türleri 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununda sınırlı sayıda (numerus clausus) sayılmıştır. Sayılan bu şirket türleri arasında sermaye şirketi olarak anonim ve limited şirketler, özellikleri ve işlevsellikleri bakımından diğer şirket türlerinden ayrılmaktadırlar. Tüm şirket türlerinde olduğu gibi limited şirketler de kuruluşta sona ermeye dek temelde bir belgeyi esas alarak hareket eder. Bu belge, TTK'daki tanımlaması ile, limited şirketlerde şirket sözleşmesine karşılık gelmektedir. Şirketlerin faaliyet konusu, temel bilgileri, yönetim ve temsil ilişkin bilgileri şirket sözleşmesinde belirtilir. Ayrıca Kanunda öngörüldüğü şekliyle ortakların durumu, iç ilişkide uygulanacak kurallar da şirket sözleşmesinde gösterilir. Bu sözleşme, şirketin kuruluş şartlarındandır.

Kural olarak, sözleşme hukukunda sözleşme serbestisi ilkesi geçerlidir. Sözleşme serbestisinin sınırları ise TBK m.27 ve Türk Medeni Kanunu m.23'te düzenlenen genel hükümlerdir. Şirket sözleşmesi içeriğinde zorunlu ve öngörülmesi şartıyla bağlayıcı olacak kayıtlar TTK m.576 vd. gösterilmiştir. Kanun koyucunun açıkça düzenlemediği hususların limited şirket sözleşmesinde bulunup bulunmayacağı hususunda emredici hükümler ilkesi devreye girmektedir. Emredici hükümler ilkesi ile, sermaye şirketlerinde sözleşme serbestisi önemli ölçüde sınırlandırılmıştır. İlk kez 6102 Sayılı TTK ile hukukumuza giren emredici hükümler ilkesi, anonim şirketlerden esinlenerek limited şirket sözleşmeleri için de öngörülmüştür. Emredici hükümler ilkesinin şirket sözleşmesi için geçerliliği ve etkisi doktrinde tartışma konusu olmaktadır.

Bu nedenle çalışmada şirket sözleşmesi içeriğinden kısaca bahsedilerek sonrasında emredici hükümler ilkesinin tanımı, getiriliş amacı ve ilkenin yerindedeliğine dair hususlar açıklanacak ve son olarak da ilkenin, şirket sözleşmesine olan etkilerine değinilecektir.

Anahtar Kelimeler

Limited Şirket, Şirket Sözleşmesi, Emredici Hükümler İlkesi, Zorunlu Kayıtlar, Şirket Sözleşmesinde Öngörülmesi Şartıyla Bağlayıcı Olan Hükümler.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 24.07.2023 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 20.02.2024,
DOI No: <https://doi.org/10.54704/akdhfd.1332239>.

Bu makale yüksek lisans tezinden türetilmiştir.

^(**) Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı / Isparta, Türkiye.

E-posta: fahrettinonder@sdu.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-1808-5378>.

^(***) Hâkim;

Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Yüksek Lisans Öğrencisi / Isparta, Türkiye.

E-posta: enestalhaegilmez@gmail.com,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-9874-9914>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

THE PRINCIPLE OF MANDATORY PROVISIONS IN THE LIMITED COMPANY CONTRACT

Abstract

Company basically seeks profit. It is one of the legal personalities consisting of one or more natural or legal identity who merges their joint intention and capital in a common ground. Its intent to make profit is the sole feature that distinguishes company from other legal personalities. Company is built on the ordinary partnership which is regulated in Turkish Code of Obligations (TBK) and has different types in terms of its features. The Turkish Commercial Code (TTK) No. 6102 counts these types in limited number (numerus clausus). Among those counted, joint stock and limited liability companies as capital stock companies differ from others in terms of features and functions. As all types of companies, limited companies operates based on a single document from its establishment to the end. According to its definition in TTK, this document is the article of association. The scope of activities, basic information and executive and representational information regarding companies are stated in the article of association. As prescribed in the code, the status of partners and the rules that are to be applied in internal relation are also indicated in the article of association. This article is one of the conditions for the establishment of company.

As a rule, freedom of contract is the principle in contract law. The limits of freedom of contract are the general provisions regulated in TBK No.27 and Turkish Civil Code No.23. The mandatory conditions that will be binding provided that they will be predicted in the content of the article of association is stated in TTK No. 576 et al. The principle of mandatory rules are applied in cases when the matters not clearly defined by the law maker are on the article of association or whether these matters have the effects of the articles of association. The freedom of contract in capital stock companies is significantly restricted with the principle of mandatory rule. Inspired by joint stock companies, the principle of mandatory rule, which first time entered Turkish law under TTK No. 6102, is also prescribed for the articles of association of limited liability companies. The validity and effect of the principle of mandatory rule for the article of association are still questions of debate in theory.

For this reason, this study first briefly mentions the content of article of association and then explain the definition of principle mandatory rule, the goal of its promulgation and its properness. Lastly, the effects of principle on the articles of association are addressed in the study.

Keywords

Limited Company, Company Agreement, Principle of Mandatory Rule, Mandatory Provisions, Provisions That are Binding Provided That They are Stipulated in the Articles of Association.

Extended Abstract

A company, which is one of the legal entities formed by combining the common will and capital of one or more natural or legal persons on a common denominator, basically aims to make a profit. The intention to make a profit is the only feature that distinguishes the company from other legal entities. The company takes its basis from the ordinary partnership regulated in the Turkish Code of Obligations and is divided into different types according to their types and characteristics. Company types are listed in a limited number (numerus clausus) in the Turkish Commercial Code No. 6102. Among these types of companies, joint stock and limited companies as capital companies differ from other company types in terms of their features and functionality. As with all types of companies, limited companies act based on a document from establishment to dissolution. This document, as defined in the Turkish Commercial Code, corresponds to the company agreement in limited companies. The companies' field of activity, basic information, management and representation information are specified in the company contract. In addition, the status of the partners and the rules to be applied in internal relations, as stipulated in the Law, are also indicated in the company contract. This agreement is one of the conditions of establishment of the company.

As a rule, the principle of freedom of contract applies in contract law. The limits of freedom of contract are the general provisions regulated in Article 27 of the Turkish Code of Obligations and Article 23 of the Turkish Civil Code. Records that will be mandatory and binding, provided that they are foreseen in the company contract, are included

in the Turkish Commercial Code Article 576 et seq. shown. The principle of mandatory provisions comes into play when determining whether matters not expressly regulated by the legislature can be included in the limited company agreement. With the principle of mandatory provisions, freedom of contract in capital companies is significantly limited. The principle of mandatory provisions, which entered our law for the first time with the Turkish Commercial Code No. 6102, was inspired by joint stock companies and was also foreseen for limited company contracts. The validity and effect of the principle of mandatory provisions for the company contract is a matter of debate in the doctrine.

With the effect of the principle of mandatory provisions, the content of the company contract is limited to the records included in TCC Article 576-577 and the legal provisions regulated in the TCC as '... may be foreseen in the company contract...'. Otherwise, sanctions for violation of the principle of mandatory provisions will come to the fore.

There is no clear regulation regarding the sanction of violation of the principle. The views in the doctrine are mentioned in the content of the study. In my opinion, the legislature has provided a framework for company contracts and abolished the principle of freedom of contract. In this case, in order to be in line with the legal purpose of the legislator, the consequence of the sanction for non-compliance with the principle must also be null and void.

Although the principle of mandatory provisions was inspired by German, Swiss and Austrian law and introduced into our law, the principle of mandatory provisions is only envisaged for joint stock companies in these countries. While freedom of contract for limited company contracts continues in Continental European law, the fact that this practice has been abandoned by Law No. 6102 is a matter of criticism. Moreover, unlike Continental European law, the legislator has not justified why it envisages the principle of mandatory provisions for limited companies.

For this reason, in the study, the content of the company contract will be briefly mentioned, then the definition of the principle of mandatory provisions, the purpose of its introduction and the issues regarding the appropriateness of the principle will be explained, and finally, the effects of the principle on the company contract will be touched upon.

I. LİMİTED ŞİRKET SÖZLEŞMESİ

A. ŞİRKET SÖZLEŞMESİ KAVRAMI

TTK'nın 135. maddesinde şahıs şirketiyle limited şirketin kuruluş belgesi, şirket sözleşmesi olarak tanımlanmıştır. Limited şirketin, şahıs şirketleri ile aynı tanımlama içinde yer alması doktrinde eleştiriye neden olmuştur. Moroğlu, limited şirketin bir sermaye şirketi olması sebebiyle şahıs şirketi yerine anonim şirket ile aynı kavramı kullanması gerektiğini ve bu nedenle limited şirket kuruluş belgesi için esas sözleşme tanımının daha uygun olacağını ifade etmektedir¹.

TTK'nın 135. maddesinde şirket sözleşmesi, limited şirket ile şahıs şirketi için kuruluş belgesini ifade etmekteyse de madde içeriğinde, şirket sözleşmesi kavramının bir üst tanım olarak diğer şirket kuruluş belgelerini de kapsar şekilde düzenlenmiş olması karışıklığa neden olmaktadır. Bu nedenlerle sermaye şirketi olan limited şirketin kuruluş belgesinin anonim şirket kuruluş belgesi ile aynı tanımlama içerisinde değerlendirilmesi, üst kavram olarak ise şirket sözleşmesi yerine ortaklık sözleşmesi tabirinin kullanılması terminolojik olarak daha uygun olacaktır. Ancak çalışmamızda kanuni düzenlemeye bağlı kalarak limited şirket kuruluş belgesi için şirket sözleşmesi tabirini kullanacağız.

Şirket sözleşmesi, ortaklık bakımından ortaklığı oluşturma, organların işleyişini düzenleme, koruma, tanıtma ve bireyselleştirme gibi amaçlara hizmet eder-

¹ Erdoğan Moroğlu, *Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler*, (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2016), 355.

ken, 3. kişiler bakımından ise, ortaklığın temsili, temsilcinin yetkisi, organlarca alınan kararların geçerlilik koşulları, şirket hesabına yapılan işlemler gibi konularda ortaklığın şeffaflığına ve iktisadi hayattaki güvenilirliğine hizmet eder². Şirket sözleşmesi, ortaklıktaki hukuki ilişkiler, ortaklar arasındaki ilişkiler ile şirket organlarının hukuki durumuna ilişkin temel hukuk belgesi durumundadır. Ayrıca, limited şirketin temeli olarak şirket sözleşmesi sadece mevcut kurucular için değil ileride şirkete katılacak ortaklar bakımından da bağlayıcıdır³.

Şener'e göre şirket sözleşmesi, birden fazla ortak tarafından düzenlenmekte ise gerçek bir sözleşme niteliğinden bahsedilebilir. Tek ortakla kurulan limited şirketler açısından ise şirket sözleşmesi, tek taraflı bir irade beyanından ibarettir⁴. Ancak irade beyanının sayısı, ortaya çıkacak hukuki sonuca mündemiç olmuş kurucu belgenin şirket sözleşmesi olması gerçeğini değiştirmez⁵. Bu nedenle şirket sözleşmesinin tek taraflı bir irade beyanından ibaret olduğu kabulünde dahi şirket sözleşmesi bakımından uygun düştüğü ölçüde Borçlar Kanunu'nun sözleşmeye ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Sözleşmenin amacından yola çıkarak tanımlamak gerekirse şirket sözleşmesi, limited şirketin temel kurallarını ortaya koyan, iç ve dış ilişkideki işleyişi belirleyen, şirketin faaliyetini ve konusunu temellendiren, organların ve ortakların hukuki durumunu düzenleyen limited şirketin anayasası niteliğindeki kuruluş sözleşmesidir.

B. ŞEKLİ AÇIDAN ŞİRKET SÖZLEŞMESİ

TTK m.585 uyarınca şirket, kurucuların, Kanuna uygun olarak düzenlenmiş, sermayenin tamamını ödemeyi şartsız olarak taahhüt ettikleri, ticaret sicili müdürlüğünde yetkilendirilmiş personelin huzurunda imzalanan şirket sözleşmesi ile limited şirket kurma iradelerini açıklamalarıyla kurulur. TTK m.575 uyarınca, şirket sözleşmesi yazılı şekilde yapılmalı ve kurucular tarafından ticaret sicili müdürlüğünde yetkilendirilmiş personelin huzurunda imzalanmalıdır.

Diğer ortaklık sözleşmelerinde olduğu gibi, şirket sözleşmesi de kanuni şekil şartlarına tabidir. TTK m.575 uyarınca ilk şart, şirket sözleşmesinin yazılı olarak yapılmasıdır. Yazılı şekilden anlaşılması gereken TBK m.14'tür⁶. Şirket sözleşmesinin şekle bağlanmasının temel nedeni, hukuk ve ispat güvenliği ol-

² Mehmet Bahtiyar, *Anonim Ortaklık Anasözleşmesi*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2001), 14.

³ Oruç Hami Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 40.

⁴ Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, 39.

⁵ İsmail Özgün Karaahmetoğlu, *Anonim Şirket Esas Sözleşmesinin Yorumlanması*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 58.

⁶ 6098 Sayılı TBK m.14: Yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması zorunludur. Kanunda aksi öngörülmedikçe, imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer.

makla birlikte TTK m.575'te öngörülen bu şekle uyulmadan geçerli bir limited şirket sözleşmesinden söz edilemez. Bu anlamda öngörülen şekil, geçerlilik şartıdır. Kanunda belirtilen şekle aykırı şirket sözleşmeleri adi ortaklık sözleşmesi niteliğindedir⁷.

Şirket sözleşmesinde aranan bir diğer şekil şartı ise, sözleşmenin ticaret sicil müdürlüğü tarafından görevlendirilmiş personel huzurunda kurucular tarafından imzalanmasıdır⁸. Yapılan değişiklikle⁹, TTK m.575 hükmünde yer alan 'kurucuların imzalarının noterce onaylanması' ibaresi kaldırılmıştır. Değişikliğin gerekçesine göre, şirket kuruluş maliyetlerinin, noter masraflarının azaltılması ve notere başvurma yükümlülüğünün kaldırılması ile kuruluşun kolaylaştırılması amaçlanmaktadır.

Şirket kuruluş sözleşmesinin ticaret sicili müdürlüklerinde imzalanması hakkında Tebliğ'e¹⁰ göre, sözleşmenin Mersis'ten alınacak bir nüshasının kurucular veya temsilcileri tarafından, müdür veya müdür yardımcısı yahut yetkilendirilmiş personel huzurunda imzalanması gerekir. TTK m.575 paralelinde düzenlenmiş Tebliğ'in 13/A Maddesinde, kurucuların veya temsilcilerin de şirket sözleşmesini imzalayabileceği öngörülmüştür. Bu açıdan limited şirket sözleşmesi kurucular tarafından düzenlenebileceği gibi, kurucuların temsili yoluyla da şirket sözleşmesinin düzenlenmesi mümkündür. Ancak kurucuların temsili yoluyla şirket sözleşmesinin düzenlenebilmesi için temsilciye vekâletname içeriğinde yetki verilmiş olması şarttır¹¹. Son olarak ise şirket sözleşmesinin asgari olarak TTK m.576'da sıralanan zorunlu kayıtları içermesi gerekmektedir¹².

Netice itibariyle şirket sözleşmesinin geçerli olabilmesi için üç unsurun varlığı gerekir. Bu unsurlar, şirket sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması, ticaret sicili müdürlüğünde personel huzurunda imzalanması ve şirket sözleşmesi içeriğinde bulunması zorunlu kayıtların varlığıdır. Bu durumda şirket sözleşmesinin 'resmi onamaya bağlı' şekle tabi olduğunu söylemek mümkündür¹³.

Şirket sözleşmesinde aranan şekil şartlarının eksikliği halinde TTK m.32 hükmü uygulanır. TTK m.32 uyarınca sicil müdürü, tescil için aranan şartların var olup olmadığını incelemekle yükümlüdür. Sicil müdürü, şirket sözleşmesinin kanunda aranan şartları taşıyıp taşımadığı, sözleşmenin emredici hükümlere ve kanuni zorunluluklara uygun olup olmadığını denetler. Sicil müdürünün tescil

⁷ Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, 41.

⁸ Soner Altaş, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirketler*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 80.

⁹ 15.02.2018 Tarih 7099 Sayılı yasanın 24. maddesi ile yapılan değişiklik.

¹⁰ 6.12.2016 Tarih, 29910 Sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren tebliğ.

¹¹ Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, 40.

¹² Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, (Ankara: Adalet Yayınları, 2021), 733.

¹³ Cem Veziroğlu, *Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları*, (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2021), 260; Mehmet Sezer ve Remzi Aydın, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: Adalet Yayınları, 2016), 138.

hususunda duraksaması halinde şirket sözleşmesi ilgililerin istemi üzerine geçici olarak tescil edilir. İlgililer bu geçici tescile karşı 3 aylık süre içerisinde mahkemeye başvurmak zorundadır. Aksi halde geçici tescil resen silinir.

Şirket sözleşmesinin ticaret siciline tescili ile tüzel kişilik kazanır. Tescil kurucu niteliktedir. Tescili müteakip şirket Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan olunur. İlanın, şirketin tüzel kişilik kazanmasında bir etkisi olmayıp ilan bildirici niteliktedir¹⁴. Tescil ile birlikte artık limited şirket, ortaklarından bağımsız olarak ayrı bir hukuki kişiliği haiz olur. Hukuki kişiliği haiz olmanın bir sonucu olarak şirket, hak ve fiil ehliyetini, buna bağlı olarak aktif ve pasif dava ve takip ehliyetini kazanır¹⁵.

C. ŞİRKET SÖZLEŞMESİNİN İÇERİĞİ

6762 Sayılı mülga TTK (ETTK) 506. maddesinde, sadece şirket sözleşmesinde bulunması zorunlu kayıtlara yer verilmiş idi. 6102 Sayılı TTK'da bu sınıflandırma terkedilerek TTK'nın 576. maddesinde zorunlu kayıtlara, 577. maddede ise öngörülme şartıyla bağlayıcı olan kayıtlara yer verilmiştir. Doktrinde ise, şirket sözleşmesi unsurlarının tasnifi hususunda görüş birliğine varılmış değildir. Doktrinde yer alan birinci görüş, şirket sözleşmesi içeriğinin kanun sistematüğinden farklı olarak, zorunlu kayıtlar, öngörülmesi halinde bağlayıcı kayıtlar ve ihtiyari kayıtlar şeklinde üçlü bir ayırım içerisinde sınıflandırılması gerektiğini öne sürmektedir¹⁶. İkinci görüş ise, şirket sözleşmesi içeriğini, kanuni düzenlemeye bağlı kalarak zorunlu kayıtlar ve öngörülme şartıyla bağlayıcı olan kayıtlar olarak sınıflandırmak gerektiğini öne sürmektedir¹⁷.

Kanun koyucu TTK'nın 577. maddesinin gerekçesinde, bu maddede yer alan kayıtların sınırlı sayıda olduğunu belirtmiştir. Ancak TTK'nın diğer hükümlerinde, şirket sözleşmesine yazılmasına cevaz verilen ihtiyari nitelikte kayıtlar bulunduğu görülmektedir. Örneğin, TTK m.591 uyarınca şirket sözleşmesinde öngörülme şartı ile rüçhan hakkında değişikliğe gidilmesi mümkündür. Kanun sistematüğü ikili bir ayırım öngörmekte ise de kanunun diğer hükümlerinde ihtiyari nitelikte kayıtların varlığı karşısında aslında üçlü bir sınıflandırmanın olduğunu söylemek mümkündür. Bu durumda ihtiyari kayıtlar ayırımının varlığını kabul etmek gerekir. Ancak çalışmada, kanuni tasnife bağlı kalarak, şirket sözleşmesi içeriği ikili ayrımla incelenecektir.

¹⁴ Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku*, (Adana: Dora Yayınevi, 2021), 432.

¹⁵ Muhammet Fatih Cengil, *Limited Şirket Sözleşmesi*, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora tezi, Adana, 2022, 59.

¹⁶ Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2021) 126; Moroğlu, *Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler*, 360-361; Şükrü Yıldız, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Limited Şirketler Hukuku*, (İstanbul: Arıkan Yayıncılık, 2007), 91.

¹⁷ Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, 43.

1. Zorunlu Kayıtlar

TTK m.576'da şirket sözleşmesinde yer alması zorunlu unsurlar beş bent halinde sayılmıştır. TTK m.576 hükmü emredicidir ve bu kayıtlardan sapma mümkün değildir¹⁸. Bu kayıtlara değinecek olursak:

a. Şirketin Ticaret Unvanı ve Merkezinin Bulunduğu Yer

TTK m.576/1-a uyarınca şirketin ticaret unvanının ve merkezinin bulunduğu yerin şirket sözleşmesinde belirtilmesi gerekir. Ticaret unvanı, tacirin ticari işletmesi ile ilgili iş ve işlemlerde kullandığı, hukuki ve cezai olarak korunan, ekonomik bir değere sahip, ortaklığı tanıtan isimdir¹⁹. Bir ticaret şirketi olan limited şirket tacir sıfatını haizdir. Bu nedenle TTK m.39 vd. gereğince ticaret unvanının bulunması ve bu unvanın şirket sözleşmesinde yer alması gerekmektedir.

Ticaret unvanı ile birlikte şirketin merkezinin bulunduğu yerin sözleşmeye yazılması gerekir. Şirket merkezi, bir şirketin hukuki, idari ve ticari faaliyetlerinin yürütüldüğü yerdir, bir başka deyişle, şirketin ikametgahıdır²⁰. Ticaret Sicili Yönetmeliği m.24 uyarınca, işletmenin merkezinin bulunduğu yerin il ve ilçe olarak açıkça belirtilmesi zorunlu ise de açık adresin bildirilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır²¹. Yargıtay da esas sözleşmede şirket merkezinin açık adres olarak belirtilmemesine dair uyuşmazlıkta, açık adresin belirtilmesinin zorunlu olmadığı yönünde karar vermiştir²².

b. Esaslı Noktaları Belirtilmiş ve Tanımlanmış Bir Şekilde, Şirketin İşletme Konusu

İşletme konusu, ortaklığın amacına ulaşmak için yürüttüğü faaliyet olup şirket sözleşmesinde işletme konusunun esaslı noktaları tanımlanmış bir şekilde belirtilmesi gerekmektedir²³. TTK m.576/1-b uyarınca şirketin işletme konusunun şirket sözleşmesinde yer alması zorunludur. 6102 Sayılı TTK ile ultravires kuralı kaldırılmış olsa da işletme konusunun nelerden ibaret olduğu açıkça belirtilmelidir²⁴. Şirket faaliyetinin nelerden ibaret olduğu somutlaştırılmak zorundadır, her türlü alanda faaliyet göstermek şeklindeki bir tanımla işletme konusunun belirtilmesi TTK m.576/1-b uyarınca mümkün değildir²⁵.

¹⁸ Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020), 529.

¹⁹ Bilgili ve Demirkapı, *Şirketler Hukuku*, 422.

²⁰ Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2014), 34.

²¹ Yıldız, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Limited Şirketler Hukuku*, 88; Bilgili ve Demirkapı, *Şirketler Hukuku*, 422.

²² Yargıtay 11. HD, 15.4.2014, E. 2013/18727, K. 2014/7406. Erişim Tarihi: Mart 7, 2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>.

²³ Eliz Tuğba Adem, *Limited Ortaklık Sözleşmesi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2020, 52.

²⁴ Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 756.

²⁵ Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 682.

c. Esas Sermayenin İtibarı Tutarı, Esas Sermaye Paylarının Sayısı, İtibarı Değerleri, Varsa İmtiyazlar, Esas Sermaye Paylarının Grupları

TTK m.576/1-c uyarınca esas sermayenin itibari tutarı, esas sermaye paylarının sayısı, itibari değeri, varsa imtiyazlar ve esas sermaye paylarının gruplarının da şirket sözleşmesinde yer alması gerekir. Esas sermaye, şirketin amacına ulaşabilmesi için ortakların şirkete getirmeyi taahhüt ettiği tutardır²⁶. TTK m.580'e göre, limited şirket esas sermayesi en az 10.000-TL olmalıdır. TTK m.580'e aykırılığın sonucu butlandır²⁷.

Esas sermaye paylarının sayısı ve itibari değerlerinin de sözleşmede yazılması gerekir. TTK m.583 gereğince bir pay en az 25-TL olarak belirlenebilir. Pay değerinin bu miktardan fazla olabilmesi mümkündür ancak bu durumda da 25-TL katları olarak gösterilmelidir²⁸.

Kanun koyucu TTK m.576/1-c hükmünde 'varsayımlar ve esas sermaye gruplarının' belirtilmesini zorunlu kılmıştır. Ancak Bilgili/Demirkapı, Bahtiyar ve Kendigelen, varsayımlar ve esas sermaye paylarının gruplarının gösterilmesi-ne dair kaydın öngörüldükleri takdirde bağlayıcı olan kayıtlar arasında yer alması gerektiğini öne sürmektedir²⁹. Bu görüşe göre, imtiyazlı pay ve esas sermaye gruplarına ilişkin kaydın TTK m.576'dan çıkarılarak TTK m.577 kapsamına alınması gerektiği öne sürülmektedir. Ancak çalışmamız içeriğinde kanun sistematiğine bağlı olarak *varsayımlara* zorunlu kayıtlar arasında yer verilmiştir.

d. Müdürlerin Adları, Soyadları, Unvanları, Vatandaşlıkları

TTK m.576/1-d uyarınca müdürün veya müdürlerin adının, soyadının, tüzel kişi ise ticaret unvanının ve vatandaşlığının belirtilmesi zorunludur. 6762 Sayılı ETTK m.540'da özden organ ilkesinin bir sonucu olarak, ortakların her biri müdür sıfatıyla şirket yönetimi ve temsiline yetkili kabul edilmekteydi. 6102 Sayılı TTK'da özden organ ilkesi terk edilmiş ve şirket sözleşmesi ile müdürün belirlenmesi zorunluluğu getirilmiştir. Müdürün tüzel kişi olması halinde, tüzel kişiliğin ticaret unvanının belirtilmesi yanında müdür olarak atanan tüzel kişilikten müdürlük görevini yerine getirecek bir gerçek kişinin de seçilmesi zorunludur³⁰. TTK m.623 uyarınca bir veya birden fazla kişinin müdür olması mümkündür. Ancak en az bir ortağın, şirketin temsil ve yönetim hakkına sahip olması gerekmektedir.

²⁶ Yıldız, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Limited Şirketler Hukuku*, 76.

²⁷ Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, 682.

²⁸ Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, 50.

²⁹ Bilgili ve Demirkapı, *Şirketler Hukuku*, 424; Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, 408; Abuzer Kendigelen, *Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2012), 485; Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, 50.

³⁰ Yıldız, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Limited Şirketler Hukuku*, 89; Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, 51.

e. Şirket Tarafından Yapılacak İlanların Şekli

TTK m.576/1-e uyarınca şirket tarafından yapılacak ilanların şeklinin de şirket sözleşmesinde gösterilmesi gerekir. Sözleşmede belirtilmek şartıyla, şirket ilanlarının taahhütlü mektup, fax veya gazete yoluyla gerçekleştirilmesi mümkündür. İlanların şekli ibaresinden, yazılı bildirim her türü anlaşılmaktadır³¹. Kanun koyucu birçok hükümden (Şirket sözleşmesi değişiklikleri TTK m.589, müdürlerin temsil yetkilerine ilişkin düzenlemeler TTK m.629, infisah TTK m.637 vb.) limited şirket için ilan zorunluluğu getirmiştir. Bazı hükümlerde (TTK m.643, 587 vb.) Ticaret Sicili Gazetesinde ilan zorunluluğu bulunmasının yanı sıra şirket sözleşmesinde öngörülen şekilde de ilanın yapılması gerektiği belirtilmiştir. Diğer hususlarda ise, basiretli tacir olmanın külfeti olarak sözleşmede belirtilecek usulde ilan zorunluluğu bulunmaktadır. Farklı durumlara ilişkin farklı ilan şekillerinin belirlenebilmesi ve birden fazla ilan şeklinin öngörülmesi mümkündür.

2. Öngörülmesi Şartıyla Bağlayıcı Olan Hükümler

TTK m.577'de yer alan hükümler kural olarak, şirket sözleşmesine yazılmadıkça bağlayıcılık kazanmazlar³². Bu hükümlerin başka bir sözleşme ile öngörülmesi durumunda şirket ve 3. kişiler için bağlayıcılığı bulunmasa da sözleşmenin tarafları için bir borçlar hukuku taahhüdü olarak bağlayıcıdır³³. Bu kayıtların şirket sözleşmesinde yer alma zorunluluğu yoktur. TTK m.576'da yer alan kayıtların eksikliği şirket sözleşmesinin geçerliliğini etkilemekte iken, TTK m.577'de yer alan kayıtlar için böyle bir durum söz konusu değildir. Kurucular, bu kayıtlar olmadan da geçerli bir şirket sözleşmesi meydana getirebilirler.

TTK m.577'de yer alan kayıtlar sınırlı sayıda değildir. Kanunda, şirket sözleşmesinde düzenlenebileceği açıkça belirtilen hükümler de şirket sözleşmesine eklenebilir³⁴.

TTK m.577'de 14 bent halinde sayılan bu hükümleri bir bütün halinde ele almak gerekirse hükümlerin bir kısmının sınırlandırma veya hak tanımaya, bir kısmının yükümlülükler, bir kısmının da şirketin işleyişine ilişkin olduğu görülmektedir.

a. Ortaklar veya Paylar İçin Öngörülebilecek Haklara veya Sınırlandırmalara Dair Hükümler

TTK m.577/1-a uyarınca esas sermaye paylarının devrinin sınırlandırılması ve kolaylaştırılmasına ilişkin düzenlemeler, şirket sözleşmesinde yer alması karşılığında bağlayıcıdır. Bu düzenlemeden anlaşılması gereken, limited şirkette

³¹ Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, 51.

³² Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, 681.

³³ Bahtiyar, *Anonim Ortaklık Anasözleşmesi*, 152.

³⁴ Bu husus emredici hükümler ilkesi çerçevesinde çalışmanın III. bölümünde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

bağlam kuralı getirilebileceğidir³⁵. Şahıs unsuru çerçevesinde konumlanan limited şirket için, bağlam kurallarının getirilebilmesi, ortaklar arası ilişkide önem arz eder³⁶. TTK m.595'e göre, şirket sözleşmesinde öngörülmesi halinde pay devri yasaklanabileceği gibi pay devrinin sınırlandırılması da mümkündür.

TTK'nın 577/1-b. Maddesi uyarınca şirket sözleşmesinde öngörülmek kaydıyla ortak veya ortaklığa, esas sermaye payları ile ilgili önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım hakları tanınması mümkündür. Bu haklar, belirli ortaklara tanınabileceği gibi ortaklığa da tanınabilir. Şirket sözleşmesinde öngörülmesi halinde bu hüküm, şirketin organlarını da bağlar.

Şirket sözleşmesinde öngörülmek kaydı ile genel kurulda karar almaya, oy hakkına ve oy hakkının hesaplanmasına ilişkin kanuni düzenlemeden farklı kurallar getirilebilir. Buna göre olağan yeter sayıların ağırlaştırılması hatta oybirliğine bağlanması mümkündür. Bunun yanında önemli nitelikteki kararlar için de daha ağır karar nisapları öngörülebilir. Belirtmek gerekir ki, TTK m.620 ve 621 nispi emredici niteliktedir. TTK m.621'de belirtilen ağırlaştırılmış karar nisabının hafifletilmesi emredici hükümler ilkesi uyarınca mümkün değildir³⁷. Ayrıca TTK m.618/3, TTK m.577/1-1'nin istisnasını oluşturmaktadır. TTK m.577/1-1'ya göre sözleşme ile öngörülebilecek değişiklik, denetçilerin seçimi, şirket yönetimi ya da onun bazı bölümlerinin denetimi için özel denetçi seçimi, sorumluluk davası açılması hakkında karar verilmesine ilişkin alınacak kararlar bakımından geçerli değildir.

Şirket sözleşmesinde öngörülmesi koşuluyla belli veya belirlenebilir ortaklara, genel kurul kararlarına karşı veto hakkı veya bir genel kurul kararının uygulanması sonucunda oyların eşit çıkması hâlinde bazı ortaklara üstün oy hakkı tanınması olanaklıdır. Veto hakkı, oy benzeri bir hak olup hukuki nitelik olarak sözleşmesel inşai nitelikte bir haktır³⁸. Bu hakka sahip olan kişinin onayı olmaksızın genel kurulda karar alınamaz. Veto hakkı, bir grup ortaklara, bir veya birkaç ortağa tanınabileceği gibi tüm ortaklara da tanınabilir. Veto hakkı tüm kararlar için öngörülebilir³⁹.

Üstün oy hakkı, genel kurulda yapılan oylamada oy eşitliği halinde bazı ortakların oyuna üstünlük tanınmasıdır. Üstün oy hakkı, şahsi nitelikte bir hak olup oylarda eşitlik durumu ile sınırlı olarak ortaya çıkar⁴⁰. Üstün oy hakkı TTK m.620'de öngörülen olağan karar nisabı ile alınacak kararlar için geçerlidir. Ni-

³⁵ Kısaca bağlam kuralı, pay devrinin sınırlandırılmasıdır. TTK m.595/4'e göre, şirket sözleşmesiyle pay devrinin yasaklanması mümkündür. Aynı yönde: Hanife Doğrusöz Koşut, "Limited Şirkette Nama Yazılı Senede Bağlanmış Esas Sermaye Payının Devir Şartları", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 22, S. 1, (2017): 371.

³⁶ Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, 53.

³⁷ Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, 58.

³⁸ Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, 56.

³⁹ Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, 58.

⁴⁰ Altaş, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirketler*, 151-152.

telikli çoğunluğun arandığı TTK m.589 ve 621 hükümlerinde belirtilen kararlar için üstün oy hakkı söz konusu değildir. Şirket sözleşmesinde üstün oy hakkına ve veto hakkına sahip ortak açıkça belirtilmelidir. Bu ortağın payını devretmesi, vefatı veya ortaklıktan çıkması durumunda hak sona erer⁴¹.

Şirket sözleşmesinde öngörülmesi halinde internet yoluyla genel kurula katılmak ve oy kullanmak mümkündür. Ayrıca genel kurulda alınacak kararlara posta yoluyla da oy gönderilebilir. Genel kurula katılım ve oy kullanma biçimlerinin şirket sözleşmesinde ayrıntılı olarak düzenlenmesi ve açık bir şekilde belirtilmesi gerekmektedir⁴².

Şirket sözleşmesinde öngörülme kaydıyla rekabet yasağının genişletilebilmesi veya sınırlandırılması mümkündür⁴³. Rekabet yasağı, bu yasağa tabi olan kişilerin, şirket faaliyetine karşı rekabet oluşturabilecek eylem ve işlerden kaçınması anlamına gelmektedir⁴⁴. TTK m.626/2 uyarınca rekabet yasağı, limited şirketlerde yalnızca müdürler için öngörülmüştür. Şirket sözleşmesinde aksine kayıt bulunmaması durumunda müdürler rekabet yasağına tabidir.

Çıkma hakkı tanınması halinde hakkın kullanım şartlarının, ödenecek olan ayrılma akçesinin türünün ve tutarının şirket sözleşmesinde belirtilmesi gerekir. TTK m.638'e göre, kural olarak ortağın şirketten ayrılması olanaklı değildir. Çıkmak isteyen ortak haklı sebeplere dayalı olarak yargıya başvurmalıdır. Ancak şirket sözleşmesi ile, ortaklara şirketten çıkma hakkı tanınabilir. Çıkma hakkı sartsız olabileceği gibi şarta da bağlanabilir. Aynı şekilde çıkma hakkının kullanılması için süre, bildirim vb. şartlar da öngörülebilir⁴⁵.

Öngörülmesi halinde ortağın şirketten çıkarılmasına ilişkin özel sebepleri gösteren hükümlerin şirket sözleşmesine yazılması gerekir. TTK m.640 uyarınca genel kurul kararıyla veya haklı sebeplerin varlığı halinde dava yoluyla ortağın şirketten çıkarılması mümkündür. Şirket sözleşmesinde hüküm bulunmak kaydıyla ortaklar için şirketten çıkarılmaya ilişkin sebepler öngörülebilir. Öngörülecek çıkarılma sebebinin ayrıntılı şekilde düzenlenmesi gerekir. Aksi halde, hükümün dar yorumlanması gerektiği öne sürülmektedir⁴⁶.

b. Ortaklar veya Paylar İçin Öngörülecek Yükümlülüklerle İlişkin Hükümler

Ek ödeme ve yan edim yükümlülüğü öngörülmesi halinde şirket sözleşmesi içeriğinde bu hususlara yer verilmesi gerekmektedir⁴⁷. Ek ödeme yükümlülüğü

⁴¹ Direnç Akbay, *TTK Tasarısına Göre Limited Ortaklık Genel Kurulunun Toplanma ve Karar Alma Esasları*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010), 174-175.

⁴² Akbay, *TTK Tasarısına Göre Limited Ortaklık Genel Kurulunun Toplanma ve Karar Alma Esasları*, 169.

⁴³ Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, 61.

⁴⁴ Pınar Aşık, "Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı", *Ankara Barosu Dergisi* 4, (2017): 167.

⁴⁵ Altaş, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirketler*, 349.

⁴⁶ Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, 66.

⁴⁷ Bilgili ve Demirkapı, *Şirketler Hukuku*, 426.

altında olan ortakların belirtilip belirtilmemesi gerektiği hususunda açıklık bulunmamaktadır. Şener'e göre, ortakların isimlerinin belirtilmesi bir zorunluluk değildir. Buna göre yükümlülük ortağa değil paya yüklenmektedir⁴⁸.

Ek ödeme yükümlülüğünün konusu nakdi ödemedir ve herkes tarafından ifa edilebilecek bir yükümlülüktür. Bu nedenle yükümlülüğü bulunan pay sahiplerinin kim olduğunun bir önemi yoktur. Yan edim yükümlülüğünün tüm paylar için öngörülmesi halinde de yükümlülük, herkes için geçerli olacağından pay sahiplerinin belirtilmesi gerekli değildir. Ancak yan edim yükümlülüğünün bazı paylar için öngörülmesi veya bazı pay sahiplerinin şahsi imkân ve özelliklerinden dolayı öngörülmesi durumunda ifade tereddüt yaşanmaması adına ortağın belirtilmesi gerektiği kanaatindeyim.

TTK m.603, şirket sözleşmesiyle esas sermaye payı dışında ek ödeme yükümlülüğünün getirilmesini düzenlemiştir. Ancak TTK m.603/3'e göre, ek ödeme yükümlülüğü esas sermaye payının itibari değerinin iki katını aşamaz. Yine TTK m.603 uyarınca, ek ödeme yükümlülüğü yalnızca şirket sözleşmesi ile öngörülebilir, genel kurul kararı ile bu yükümlülüğün öngörülmesi geçersizdir⁴⁹. Ek ödeme yükümlülüğü nakit ve belirli olmak zorundadır. Şirket sözleşmesinde tutar veya yükümlülüğün sermaye payına oranı belirtilmelidir⁵⁰.

Yan edim yükümlülükleri, sermaye koyma borcu dışında ortaklara yüklenen para, mal veya hizmet getirilmesine ilişkin yükümlülüklerdir. Sürekli veya tek seferlik edimler öngörülebilir. Yan edim yükümlülüğü, ancak şirket sözleşmesinde öngörülmesi halinde geçerlidir⁵¹.

Kanunda veya şirket sözleşmesinde öngörülen yükümlülüklerin hiç veya zamanında yerine getirilmemesi halinde şirket sözleşmesine eklenmek kaydıyla ceza koşulu veya ortağın ortaklıktan çıkarılması öngörülebilir.

c. Şirketin İşleyişi ile İlgili Öngörülebilecek Hükümler

Şirket yönetiminin üçüncü kişilere bırakılması halinde buna ilişkin yetki hükümlerinin şirket sözleşmesi içeriğinde yer alması gerekir. Kural olarak limited şirketin yönetimi müdürlere aittir. TTK m.623 gerekçesinde bahsedildiği üzere, yeni TTK ile özden organ sistemi terk edilmiştir. Bu sistemde yönetim, ortaklar için bir zorunluluk olmaktan çıkmıştır. Yönetim, ortağa veya 3. bir kişiye bırakılabilir. Bunun için şirket sözleşmesinde hüküm bulunması gerekir.

Bilanço karının kullanılması hakkında kanundan ayrılan hükümlerin şirket sözleşmesinde yer alması gerekir. Şirket sözleşmesinde aksine hüküm konulmamış ise, ortaklar payları oranında kardan pay alırlar. Şirket sözleşmesi ile

⁴⁸ Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, 55.

⁴⁹ Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, 407.

⁵⁰ Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, 410-411.

⁵¹ Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, 55.

kâr payının ortaklara dağıtımını yerine başka şekilde kullanılması öngörülebilir. TTK'nın 577/1-j Maddesi uyarınca bilanço karının kullanılması, kâr payında esas sermaye payları oluşturulması hususlarında şirket sözleşmesinde farklı ihtimaller öngörülebilir. Kâr payı dağıtımında yedek akçe ayrılmasına ilişkin hükümlere de uyulması gerekmektedir. Anonim şirket hükümlerinin atfıyla limited şirketlerde, şirket sözleşmesinde kanunda öngörülen asgari orandan daha fazla yedek akçe ayrılması yönünde hüküm öngörülebilir.

Yine şirket sözleşmesinde hüküm bulunmak şartıyla müdürlere bilanço karından kazanç payı (tantime) dağıtılabılır⁵².

Kanunda belirtilenler dışında sona erme sebepleri öngörülmesi durumunda bunların şirket sözleşmesine yazılması gerekir. TTK m.636'da sayılan infisah sebepleri şirket sözleşmesi ile artırılabilir. Yani ortakların şirket sözleşmesinde yeni infisah sebebi öngörmesi mümkündür⁵³. Şirket sözleşmesi ile hem fesih hem de infisah sebebi öngörülebilir ancak kanunda öngörülen bir sebebin çıkarılması söz konusu olamaz⁵⁴.

Şirket süresi, limited şirket sözleşmesinin zorunlu içeriğine dâhil edilmemiştir. Ancak şirket sözleşmesinde bir süre öngörülmesi mümkündür. Sürenin sona ermesiyle ortaklık kendiliğinden sona erer⁵⁵.

II. EMREDİCİ HÜKÜMLER İLKESİ

A. TANIMI, KANUNİ DAYANAĞI VE DÜZENLENME AMACI

İlkenin kaynağı İsviçre, Almanya ve Avusturya anonim şirketler hukukudur. İsviçre, Almanya ve Avusturya hukukunda limited şirketler için emredici hükümler ilkesi düzenlenmemiş olup sözleşme serbestisi ilkesi halen geçerliliğini korumaktadır⁵⁶. Kaynak hukuktan farklı olarak Türk hukukunda limited şirketler için de emredici hükümler ilkesi öngörülmüştür. Bu durum tartışmaları beraberinde getirmiştir; doktrinde 'kapalı tip şirketler' için ilkenin amacına hizmet etmediği görüşü hakimdir⁵⁷.

ETTK döneminde şirket sözleşmesinin sözleşmesel nitelik taşımasından kaynaklı olarak, şirket sözleşmelerine kanunda öngörülme hususlarında da hükümler konulması ve kanun hükümlerinden kısmen veya nispeten sapılması mümkündür⁵⁸. Sözleşme serbestisi kapsamında kurucuların TBK m.27 ve TMK

⁵² Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, 65.

⁵³ Bilgili ve Demirkapı, *Şirketler Hukuku*, 505.

⁵⁴ Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, 66.

⁵⁵ Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, 66.

⁵⁶ Rauf Karasu, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2015), 119.

⁵⁷ Cengil, *Limited Şirket Sözleşmesi*, 89.

⁵⁸ Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, 127.

m.23 uyarınca kanunun emredici hükümlerine uyması yeterliydi. 6102 sayılı TTK ile hukukumuz giren emredici hükümler ilkesi ile bu durum değişmiştir.

Emredici hükümler ilkesi, TTK m.579'da düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre, *şirket sözleşmesi, bu kanunun limited şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak kanunda buna açıkça cevaz verilmişse sapabilir. Diğer kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı nitelikteki şirket sözleşmesi hükümleri, o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar.* Madde hükmünde bu kanundan kasıt TTK'dır⁵⁹.

TTK m.1534 uyarınca, kanun sistematığında kenar başlıkları madde içeriğine dahildir. Bir ilke olarak düzenlenen emredici hükümler ilkesi ise TTK m.579'un kenar başlığında yalnızca 'emredici hükümler' olarak düzenlenmiştir. Ayrıca anonim şirket hükümlerine atfla TTK m.357 vd. gereğince emredici hükümler ilkesine 'temel ilkeler' arasında da yer verilmemiştir. Yani emredici hükümler ilkesi limited şirketler hukuku için temel ilke olmasına karşılık kanun sistematığında tüm ticaret şirketleri için geçerli bir temel ilke olarak düzenlenmiş değildir. Karasu, TTK Tasarısının kanunlaşmadan önce yeterince tartışılmamış olması ve kenar başlığında 'emredici hükümler ilkesi' yerine 'emredici hükümler' olarak düzenleme yapılması sebebiyle yanılısamaya sebebiyet verildiğini öne sürmektedir⁶⁰.

Emredici hükümler ilkesi ile birlikte taraflar, şirket sözleşmesi içeriğine serbestçe kayıt ekleyemezler. Tarafların sözleşme içeriğine dahil etmek istediği hususlar bakımından TTK'nın açıkça cevaz vermesi şarttır⁶¹. TTK m.579, şirket sözleşmesinin bu Kanunun limited şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak, Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabileceğini düzenlemiştir. Yani şirket sözleşmesi içeriğine TTK m.576-577'de düzenlenen kayıtlar haricinde bir kayıt eklenmek istenirse, bu konunun TTK'da "aksi şirket sözleşmesinde öngörülmediği takdirde", "şirket sözleşmesinde aksi öngörülmemişse", "şirket sözleşmesiyle... yasaklanabilir", "şirket sözleşmesinde başka türlü düzenlenmemişse", "şirket sözleşmesiyle... bağlanabilir", "şirket sözleşmesi uyarınca... çağrılır", "şirket sözleşmesinde... kabul edilebilir", "... şirket sözleşmesi ile düzenlenir", "şirket sözleşmesiyle... bırakılmamış", "şirket sözleşmesi... öngörebilir", "şirket sözleşmesinde başka şekilde düzenlenmediği takdirde", "şirket sözleşmesinde öngörülen", "şirket sözleşmesi... tanıyabilir... bağlayabilir", "şirket sözleşmeleri... düzenleyebilirler" şeklinde ifadelerle düzenlenmiş olması gerekir⁶². Yani Kanunda açıkça, şirket sözleşmesine konulabileceği belirtilmemiş olan bir hükmün sözleşmeye dâhil edilmesi mümkün değildir⁶³. Hal böyle iken, emredici hükümler

⁵⁹ İsmail Kayar, *Ticaret Hukuku*, (İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2018), 409.

⁶⁰ Karasu, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*, 45.

⁶¹ Kayar, *Ticaret Hukuku*, 409.

⁶² Karasu, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*, 48.

⁶³ Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, 127.

ilkesi ile TTK'da limited şirketler için öngörülen tüm düzenlemeler emredici niteliğe bürünmüş durumdadır⁶⁴.

TTK m.579 gerekçesinde anonim şirketlerde emredici hükümler ilkesini düzenleyen TTK m.340'a atıf yapılmakla yetinilmiştir. Böylece kanun koyucunun, emredici hükümler ilkesini anonim ve limited şirketler bakımından aynı düzlemde değerlendirdiği anlaşılmaktadır. TTK m.340 gerekçesinde, ilgili maddenin Alman Pay Senetli Ortaklıklar Kanunu (AktG) m.23/5 düzenlemesinden esinlenerek getirildiği, bu ilkenin normatif sistemin bir parçası olduğu belirtilmiştir. Madde gerekçesinde hükmün yasalaşması ile beraberinde gelecek eleştiriler de öngörülmüştür. Şöyle ki, emredici hükümler ilkesinin sözleşmenin düzenlenmesi esnasında pay sahiplerinin iradelerini kısıtlayacağı, örnek sözleşmelerin varlığına yol açacağı, hükümlerin emredici olup olmadığına dair tartışmalara sebep olacağı ve ticaret sicil müdürüne geniş takdir yetkisi tanınacağı tartışmalarına yol açacağı peşinen kabul edilmiştir⁶⁵.

Doktrinde ve madde gerekçesinde emredici hükümler ilkesinin getiriliş amacı şu şekilde sıralanmıştır:

- Açıkça geçersiz olan, pay sahipleri ile alacaklıların haklarını zedeleyecek veya sınırlayacak düzenlemelerin şirket sözleşmesi içeriğinde yer almasına engel olmak,
- Kurum ve kuruluşlarca kanunda açıkça yer verilmeyen kayıtların sözleşme içeriğine dahil edilmesine ilişkin talepleri engellemek ve bu şekilde hukukun üstünlüğünü sağlamak,
- Sözleşme içeriğinde hukuki öngörülebilirliğin ve belirliliğin artırılmasını, yatırımcıların korunmasını, sermaye piyasalarının düzgün işlemlerini ve ortaklık içerisinde azınlık pay sahiplerinin korunmasını sağlamak⁶⁶,
- Şirket sözleşmesinin keyfi uygulamalardan uzak olmasını ve 3. kişiler açısından hukuki güvenirliliğini sağlamak⁶⁷.

Madde gerekçesinde ilke ile getirilen sınırlamalar yanında *Sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasına karşılık bu hüküm ile esas sözleşmede yönetim ku-*

⁶⁴ Rauf Karasu, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18, Sayı 2, (2012): 312; Karasu, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*, 45.

⁶⁵ TTK m.340 gerekçesinde: "*Tasarının yeni olan bu maddesi, normatif sistemin zorunlu bir parçasıdır. Alm. POK 23 (5) paragrafından esinlenerek kaleme alınmış bulunan bu hükmün, Alman öğretisinde birçok karşıtı vardır; Türkiye'de de hükmün 96 eleştirileceğinden şüphe edilmemiş, bu husus da hesaba katılarak hüküm öngörülmüştür. Maddeyi eleştirenler, hükmün, esas sözleşmenin düzenlenmesinde pay sahiplerinin iradelerine pek az yer bıraktığını, bütün esas sözleşmelerin bir örnek hâle gelmesine sebep olacağını; emredici olmayan hükümlerin belirlenmesi tartışmasını yaratacağını, ticaret sicili müdürüne geniş takdir yetkisi verilmiş olduğunu ileri sürerler...*"

⁶⁶ Karasu, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*, 46; Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, 67.

⁶⁷ Karasu, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*, 46.

rule üyeleri başta olmak üzere yöneticiler, denetçiler, işlem denetçileri ve benzeri kişiler için yaş, ek mesleki nitelikler ve kişisel şartlar konulmasına; komisyonlar ve kurullar oluşturulmasına, şeref başkanlıkları ve danışma konseyleri ihdas olunmasına, kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanmasına engel olmadığı da ayrıca belirtilmiştir. Maddenin ikinci cümlesinde yer alan “Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülünmüş olarak hüküm doğururlar.” Hükümü ile de TTK yanında aynı zamanda Sermaye Piyasası Kanunu, Bankacılık Kanunu gibi şirketlere ilişkin çoğu kez yorum gücünü içeren kanunlara kendi konuları çerçevesinde serbesti tanıdığı da görülmektedir. Bozkurt, bu hükmün daha çok özel kanunlara tabi bankaları, sigorta ve finansal kiralama şirketlerini kastettiğini ifade etmektedir⁶⁸. TTK’nın 579. maddesinin 2. cümlesi ile özel kanunlara kendi konuları çerçevesinde serbesti tanınmıştır. Hukukumuzda genel ilke, özel kanunun genel kanundan önce uygulanacağıdır. (lex specialis derogat legi generali)⁶⁹ Bu ilkenin varlığı gözletildiğinde TTK’nın 579. maddesi 2. cümlesinin gereksiz bir hüküm olduğu ifade edilmektedir. Özel kanun hükümlerinin TTK’nın şirketlere ilişkin hükümleri ile çatışması durumunda özel kanun hükümlerinin öncelikle uygulanması gerekir⁷⁰. Örneğin TTK’nın 434/2. maddesi uyarınca her payın en az bir oy hakkının olduğu emredici şekilde belirtilmesine rağmen 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununun (SerPK) 14/A Maddesine göre halka açık anonim şirketlerde oydan yoksun pay çıkarma hakkı düzenlenmiştir. Bu durumda TTK hükümleri değil özel kanun niteliğindeki SerPK hükümleri uygulanacaktır⁷¹.

Madde lafzı ve amacı dikkate alındığında limited şirket hukuku içerisinde emredici hükümler ilkesini, şirketler hukuku temel ilkelerinde yer almamasına karşılık ayrıca TTK m.579’da düzenlenmiş olan, şirket sözleşmesinin hukuki öngörülebilirliğin ve belirliliğin artırılmasını, yatırımcıların korunmasını, sermaye piyasalarının düzgün işlemlerini ve ortaklık içerisinde azınlık pay sahiplerinin korunmasını amaçlayan, TTK’da açıkça cevaz verilmeyen hususların sözleşme içeriğinde yer almasını engelleyen netice itibarıyla, şirket sözleşmesindeki iradi serbestisini TTK ile hükümleri ile sınırlandırmakta olan bir ilke olarak tanımlayabiliriz.

B. İLKENİN YERİNDELİĞİNE İLİŞKİN GÖRÜŞLER

Anonim ve limited şirketler hukukuna kazandırılan emredici hükümler ilkesine dair doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Tekinalp, iş, rekabet, tüketici

⁶⁸ Tamer Bozkurt, *Şirketler Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2023), 230.

⁶⁹ Nami Barlas ve M. Kemal Oğuzman, *Medeni Hukuk*, (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2022), 79.

⁷⁰ Rauf Karasu, “Emredici Hükümler İlkesinin Kapalı Tip Anonim Şirketler ve Limited Şirketler Açısından Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 1, S. 1, (2015): 120.

⁷¹ Karasu, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*, 67.

ve sigorta hukukunun birçok hükmü ve genel işlem şartlarını denetleyen, geçersizlik şartlarını belirleyen hükümleri içeren özel kanunlar hangi düşüncelerle sözleşme içeriğine getirilmişse aynı düşüncelerle küçük pay sahiplerinin de korunması gerektiğini, bu doğrultuda emredici hükümler ilkesinin öncelikli olarak pay sahiplerini koruma düşüncesiyle getirildiğini, günümüzde sözleşme özgürlüğünün önemini kaybettiğine işaret ederek çoğunluk karşısında azınlık pay sahiplerinin korunması için bu ilkenin yerinde bir düzenleme olduğunu öne sürmektedir⁷².

Moroğlu ise, emredici hükümler ilkesinin sözleşme özgürlüğü ilkesindeki genel kuralların da ötesinde sınırlama getirdiğini, bu sınırlamanın anonim ve limited şirketler açısından adeta bir “çelik korse” anlamı taşıdığını, hükmün anonim ve limited şirketler hukukunun gelişmesini önemli ölçüde engelleyeceğini ve TTK’den bütünüyle çıkarılması gerektiğini belirtmektedir⁷³.

Bahtiyar, sözleşmenin kanundan sapabilmesi için buna kanunda açıkça izin verilmiş olması şartının kazuistik bir metodoloji olduğunu, bu şekilde kurucuların ortakların anayasasını dilediği ölçüde düzenlemesinin engellendiğini, ayrıca sapma hususunda gerekçenin madde ile çelişki içerisinde olduğunu, bu durumun -gerekçede belirtildiğinin aksine- yargıya taşınacak uyuşmazlıkların azalmasına değil artmasına sebebiyet vereceğini öne sürmektedir⁷⁴.

Şener, TTK m.579 hükmü ile limited şirket sözleşmesi hükümlerinin emredici hale getirildiğini ve şirket sözleşmesinin içeriğinin sınırlandırıldığını, doktrindeki tabiri ile şirket sözleşmesine adeta ‘çelik korse’ giydirildiğini öne sürerek eleştirmektedir⁷⁵.

Pulaşlı, emredici hükümler ilkesinin savunucuları tarafından ileri sürülen “ortakları koruma” düşüncesine karşı çıkararak açıkça geçersiz olan bir hükmün sözleşmede yer almasının hukuken bir önemi olmadığını, böyle bir hükmün zaten sonuç doğurmayacağını öne sürerek TTK ve TBK’nın diğer hükümleri ile de bu korumanın sağlanabileceğini, emredici hükümler ilkesine ihtiyaç olmadığını ifade etmektedir⁷⁶.

Karasu, emredici hükümler ilkesini ikili bir ayırım ile değerlendirmektedir. Emredici hükümler ilkesinin getiriliş amacı gözetildiğinde halka açık şirketler açısından yerinde bir düzenleme olduğunu ancak kapalı tip şirketler, özellikle aile tipi kapalı anonim şirketler ve haliyle limited şirketler açısından yerinde ol-

⁷² Ünal Tekinalp, “Türk Ticaret Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı”, *Uğur Alacakaptan’a armağan C. II*, (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008) 651; Karasu, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*, 44.

⁷³ Moroğlu, *Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler*, 150-151.

⁷⁴ Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, 126-127.

⁷⁵ Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, 67.

⁷⁶ Hasan Pulaşlı, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanuna Göre Şirketler Hukuku Şerhi C. 1*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2011), 572.

madığını, emredici hükümler ilkesinin kapalı tip şirketler için uygulanmasından vazgeçilmesi veya bu şirketler açısından ek yedek hükümlerin öngörülmesi gerektiğini ifade etmektedir⁷⁷.

1. Görüşümüz

Her şirket, yer, zaman, sermaye, ortaklık yapısı ve faaliyet konusu bakımından diğer şirketlerden ayrılır. Aynı konuda faaliyet gösteren iki ayrı limited şirket dahi ortaklık yapısı veya sermaye miktarı noktasında birbirinden farklı olabilir. Limited şirket her ne kadar sermaye şirketi özelliği taşıyorsa da anonim şirketten farklı olarak şahıs şirketine özgü bazı özellikleri de içinde barındırmaktadır. Bu durumda her limited şirketin kendine özgü karaktere sahip olduğunu ifade etmek gerekir.

Şirket sözleşmesi limited şirketin anayasasıdır. Limited şirketin faaliyeti, sermayesi, konusu, yetkili organları, ortaklık yapısı şirket sözleşmesinde somutlaşır. Emredici hükümler ilkesinin yürürlüğe girmesi ile uygulamada Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanan tip sözleşmeler kullanılarak şirket sözleşmeleri oluşturulmaktadır.

Emredici hükümler ilkesi, sözleşme serbestisinin aksine kurucuların iradelelerini belirli kalıplarla sınırlandırmaktadır. Kurucular, kanunun açıkça cevaz verdiği seçenekler dâhilinde sınırlı hareket özgürlüğüne sahiptir. Azlığı koruma niyetiyle emredici hükümler ilkesine uygun hazırlanmış sözleşmeler, şirket özelinde ortaya çıkabilecek sorunlara karşı bir reçete sunamamaktadır. Haliyle şirketin anayasası olarak değerlendirilen sözleşmenin, kurucuların iradesini tam olarak yansıtmaması şirketin amacını, faaliyetini ve fonksiyon çeşitliliğini de baltalamaktadır. Bu sorunu organların kararları ile aşmaya çalışacak ortaklar, daha fazla uyuşmazlığın yargı önüne taşınmasına sebep olacaktır.

Uygulamada yaşanacağı öngörülen bu sorunlar doktrinde de karşılık bulmuş ve Moroğlu'nun tabiri ile şirket sözleşmesi için çelik korse tanımı yapılmıştır. Emredici hükümler ilkesi ile şirket sözleşmesi, öncelikli olarak kurucuların iradesini değil kanunda açıkça izin verilen hükümleri içerebilir. Kanunda açıkça düzenlenmeyen bir konu şirket sözleşmesinde yer alamaz. Ticari hayatın değişimi ve gelişimi karşısında TTK'da, kurucuların tüm istek ve iradelerini karşılayacak seviyede hüküm öngörmek mümkün değildir. Kazuistik metodolojide yapılacak düzenlemeler bile kurucuların irade ve isteklerini karşılamada yeterli olmayacaktır. Hal böyle iken, emredici hükümler ilkesi sebebiyle kurucular kanunda açıkça düzenlenmeyen istek ve iradelerini, hukuka, şirketler hukukunun genel ilkelerine uygun olsa dahi şirket sözleşmesine ekleyemeyecektir. Bu durum doktrindeki tabir ile 'çelik korse'nin bir sonucudur.

İlkenin getiriliş amacı, yargı önüne getirilen uyuşmazlıkların azalması, küçük pay sahiplerinin korunması, 3. Kişilere karşı güvenilirlik ve şeffaflık olarak özetlenmektedir. Ancak ilkenin yürürlüğe girmesi ile kurucuların, daha hızlı ve

⁷⁷ Karasu, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*, 213.

sorunsuz şekilde şirket kurmak için bakanlık tarafından hazırlanan tip sözleşmeleri tercih ettiği görülmektedir. Elbette ki bu sözleşmeler, kurucuların istek ve iradelerini karşılamaktan acizdir. Bu durumda kurucular iradelerini şirket organları tarafından alınan kararlarla ortaya koymaktadır. Organlar tarafından alınan kararlar da ortaklar arasında yaşanan anlaşmazlıkları artırmakta ve yargı önüne taşınan uyuşmazlıkların artmasına sebep olmaktadır.

Azınlık pay sahiplerinin ve ortakların korunması amacına ilişkin olarak, TBK ve TTK'daki (TBK m.620 vd.; TTK m.124 vd. 618, 627, 630) düzenlemeler dikkate alındığında emredici hükümler ilkesinin olmaması durumunda da bu amaç sağlanabilir.

Şirket sözleşmesi alenidir. Şirket organları tarafından alınan kararlar ise tescil ve ilan edilmedikçe alenilik kazanmaz. Uygulamada tip sözleşmelerle kurulan şirketlerde, ortak iradesinin şirket organları tarafından alınan kararlarla sağlanmaya çalışıldığı dikkate alındığında emredici hükümler ilkesinin 3. Kişilere karşı güvenilirliği ve şeffaflığı olumsuz etkilediğini söylemek mümkündür. Netice itibarıyla emredici hükümler ilkesi TTK m.579'un gerekçesinde sayılan amaçları karşılamamaktadır ve bu nedenle Tekinalp'in emredici hükümler ilkesine ilişkin görüşünün uygulamada karşılığı bulunmamaktadır.

TTK'nın 579. maddesinin gerekçesinde, anonim şirketlerde emredici hükümler ilkesinin düzenlendiği TTK m.340'a atıf yapılmaktadır. Kanun koyucu, emredici hükümler ilkesinin limited şirket için neden getirildiğini gerekçelendirmemiştir. İki şirket tipi de sermaye şirketi özelliğine sahip ise de şirketler arasında iç işleyiş, faaliyet ve halka açıklık noktasında ciddi farklılıklar bulunmaktadır. TTK m.340 gerekçesinde yer alan amaçlar limited şirketler için anlam ifade etmemektedir. Örneğin; halka açıklığın yaratacağı sorunlara ilişkin düzenleme öngörülmesinin limited şirketler özelinde bir karşılığı yoktur. Bu sorunlar anonim şirketler için geçerli olabilecek gerekçelerdir. Anonim şirket için öngörülen emredici hükümler ilkesine atıf yapmak suretiyle limited şirketler için de bu ilkenin öngörüldüğünü söylemek hukuka uyarlı değildir. Bu nedenle TTK'nın 579. maddesi gerekçeden yoksundur.

Emredici hükümler ilkesi kaynağını Alman hukukundan almaktadır. Emredici hükümler ilkesinin mehzaz hükmü niteliğindeki AktG § 23/f.5 hükmünde amaç, payların işlem yeteneğini (devredilebilirliğini) iyileştirmek ve güvence altına almaktır ve bu nedenle emredici hükümler ilkesi yalnızca anonim şirketler için öngörülmüştür. Mehzaz hükümde limited şirketler için emredici hükümler ilkesi öngörülmemiştir ki hükmün amacına bakıldığında da bu amaç, limited şirketin özüne ters düşmektedir. Uygulamada limited şirket tipi, pay devrinin şirket sözleşmesi ile sınırlandırılabilmesi veya yasaklanabilmesi özelliği sebebiyle tercih edilmektedir⁷⁸. Limited şirketler için bu ilkenin öngörülmesi mehzaz hükmün gerekçesi ile de ters düşmektedir.

⁷⁸ Karasu, "Emredici Hükümler İlkesinin Kapalı Tip Anonim Şirketler ve Limited Şirketler Açısından Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Önerileri", 129.

Gerekçesi olmayan, mehzaz hukukta yer almayan ve mehzaz hükmün amacına aykırı, kurucular iradesini göz ardı eden, limited şirketleri tekdüzeleştirilen, uygulamada tipik sözleşmelerin kullanımını yaygınlaştıran, yargı önüne taşınan uyuşmazlıkları artıran, 3. Kişilerin şirket sözleşmesi içeriğinden kurucuların iradesini görebilmesini engelleyen emredici hükümler ilkesi tüm bu nedenlerle kaldırılması ve şirket sözleşmesi bakımından sözleşme serbestisi ilkesi kabul edilmelidir.

C. SAPMAYA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

TTK m.579'a göre şirket sözleşmesi, bu kanunun limited şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak kanunda buna açıkça cevaz verilmişse sapabilir. Düzenlemedeki 'sapma' ifadesi doktrinde çeşitli tartışmalara sebep olmuştur. Bir görüş, madde hükmünden ancak kanunun cevaz verdiği ölçüde sapılabileceğini öne sürmektedir⁷⁹. Bu görüşe göre, TTK m.579 lafzi açıdan incelendiğinde sapma, kanunda buna açıkça cevaz verilmesi şartına bağlanmıştır. Yorum yoluyla sapmanın kapsamının genişletilmesi TTK m.579'un getiriliş amacına ters düşmektedir⁸⁰. Bu sebeple TTK m.579 hükmünde yer alan 'açıkça' ifadesi nedeniyle sadece ilgili hükümlerin lafzına bakılması gerektiği, yorum yoluyla sapmanın kapsamının genişletilmesinin madde hükmünü işlevsizleştireceği öne sürülmüştür⁸¹. Ancak bu görüş, madde lafzına bağlı bir değerlendirmeye maddenin gerekçesini göz ardı etmektedir.

Diğer görüş, madde gerekçesinden yola çıkarak hakkaniyet gerektirdiği ölçüde şirket sözleşmesi içeriğinde emredici hükümler ilkesinden sapmanın mümkün olduğunu öne sürmektedir⁸². Bu görüşte, TTK'nın 579. maddesinin gerekçesinde⁸³ sapmanın hakkaniyet ve menfaatler dengesi içerisinde değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu doğrultuda bizim de katıldığımız hâkim görüş, TTK m.579 gerekçesinden yola çıkarak limited şirketlere ilişkin hükümlerde sapmanın tespitinde sadece hükmün lafzına bakılmaması, gerektiğinde hükmün yorumlanmasından elde edilen anlamın da dikkate alınması gerektiği, hakkaniyet ilkesi ve menfaatler dengesi dikkate alındığında uygun görülebiliyorsa sapmanın mümkün olduğu yönündedir⁸⁴. Nitekim bir kanun hükmünün uygulamasında tereddüt oluşması halinde

⁷⁹ Necla Güney Akdağ, *Anonim Şirketlerde Kuruluş*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014), 289.

⁸⁰ İsmail Kırcı, Feyzan Hayal Şehirli Çelik ve Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 2013), 160.

⁸¹ Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, 128; Karaahmetoğlu, *Anonim Şirket Esas Sözleşmesinin Yorumlanması*, 294.

⁸² Karasu, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*, 49; Bilgili ve Demirkapı, *Şirketler Hukuku*, 421; Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, 69.

⁸³ "Hükümdeki 'kanunda açıkça izin verilmişse' ibaresi, maddenin lafzından 'sapabilme' imkânının açıkça anlaşılmadığı durumlarda amaca uygun düşen, metodoloji öğretisine aykırı olmayan, tatmin edici gerekçelere dayanan, sonuçları adil olan ve menfaatler dengesine gözetilen bir yorumla 'sapabilme'nin haklılık kazandığı varsayımları da kapsamaktadır."

⁸⁴ Karasu, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*, 58; Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, 310-311. Pulaşlı, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanuna Göre Şirketler Hukuku*

maddenin getiriliş amacı ve gerekçesi üzerinden değerlendirme yapmak gerekir. Bu durumda amaca uygun düşen, metodoloji öğretisine aykırı olmayan, tatmin edici gerekçelere dayanan, sonuçları adil olan ve menfaatler dengesine gözetilen bir yorumla sapabilmenin mümkün olduğunu kabul etmek gerekir.

D. EMREDİCİ HÜKÜMLER İLKESİNE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

TTK m.579'a aykırılığın sonuçlarına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. TTK m.32 uyarınca, emredici hükümler ilkesine aykırı şekilde düzenlenen şirket sözleşmesinin ticaret siciline tescili sırasında fark edilmesi halinde tescilin reddedileceği açıktır. Emredici hükümlere aykırı hükümler içeren şirket sözleşmesinin tescil edilmesi halinde ise neticenin ne olacağı konusunda doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır.

Alman hukukunda, anonim şirketler yönünden emredici hükümlere aykırı sözleşme hükümlerinin batıl olduğu savunulmaktadır⁸⁵. Türk hukukundaki baskın görüşe göre ise, TTK m.579 hükmüne aykırılığın TTK m.622 göndermesiyle TTK m.447 hükmü altında değerlendirilmesi gerektiği öne sürülmekle birlikte, her emredici hükümler ilkesine aykırı hükmün butlan sonucuna bağlanmaması ve hükmün niteliğine göre butlan, yokluk veya iptal edilebilirlik yaptırımına bağlanması gerektiği öne sürülmektedir⁸⁶.

Aksi yöndeki görüş ise, TTK m.579 hükmünün limited şirketlere ilişkin hükümleri, emredici niteliğe büründüğünü öne sürmektedir. Bu görüşe göre, kanun koyucunun bu maddeyi düzenlemedeki amacı, farklı grupların menfaatlerinin korunması ve esas sözleşmenin uygulama alanının sınırlarının mümkün olduğunca net bir şekilde belirlenmesidir. Bu amaca ulaşabilmek için ise hükme aykırılığın sonucunun butlan olması gerekmektedir. Hükmün niteliğine göre farklı neticeler öngörülmesi halinde uygulamada esnekliğin ve belirsizliğin oluşacağı ifade edilmektedir⁸⁷.

Her ne kadar doktrinde eleştirilse de kanun koyucu, emredici hükümler ilkesi ile anonim ve limited ortaklıklar açısından bir 'çelik korse' öngörmüştür. Çelik korse'nin varlığı, ilkeye aykırılığın yaptırımına bağlıdır. Kanaatimce ilkeyi ihlal eden hükmün farklı yaptırımlara bağlanması kanun koyucunun amacına uygun düşmemektedir. Emredici hükümler ilkesinin varlığı doktrinde yoğun eleştirilere konu edilse de bu ilke var ise ilkeye aykırılığın da butlan sonucuna bağlanması gerekir ki, kanun koyucu amacına ulaşsın.

Şerhi C. 1, 567; Cengil, *Limited Şirket Sözleşmesi*, 88.

⁸⁵ Karasu, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*, 67.

⁸⁶ Karasu, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*, 67; Pulaşlı, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanuna Göre Şirketler Hukuku Şerhi*, 580; Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014), 529. Bilgili ve Demirkapı, *Şirketler Hukuku*, 253.

⁸⁷ Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku*, 173.

III. EMREDİCİ HÜKÜMLER İLKESİNİN LİMİTED ŞİRKET SÖZLEŞMESİ İÇERİĞİNE ETKİSİ

Emredici hükümler ilkesi bir şirket sözleşmesi hükmünün şirketler hukuku içerisinde etkisi olup olmayacağına ilişkin adeta bir süzgeç görevi görmektedir. Bu ilkeye bağlı geçerlilik kazanan kayıtlar, kural olarak maddi şirket sözleşmesi normu niteliğindedir. Netice itibarıyla, emredici hükümler ilkesi, şirket sözleşmesi içeriğinin çerçevesini oluşturmaktadır⁸⁸.

Emredici hükümler ilkesinin yanında TTK m.627’de düzenlenen eşit işlem ilkesi, TTK m.613/2’de öngörülen şirket ortakları arasındaki sadakat yükümlülüğü de sözleşme özgürlüğünün sınırını oluşturmaktadır⁸⁹. Bu ilkeler yalnızca kuruluş aşamasında değil sözleşmenin hazırlanmasında ve tescil aşamaları ile tescilden sonraki şirket sözleşmeleri değişikliklerinde de geçerlidir.

ETTK döneminde şirket sözleşmesi, zorunlu kayıtların eklenmesi ve genel hükümlere uygun olmak kaydıyla iradi serbestliğine sahiptir. Artık kanunda açıkça, sözleşmeye konulabileceği düzenlenmeyen bir hükmün sözleşmeye dâhil edilmesi mümkün olmadığından⁹⁰ TTK’da limited şirketler için öngörülen tüm düzenlemeler emredici niteliğe bürünmüş durumdadır⁹¹.

TTK m.621/3’e göre, bir ortağın şirketten çıkarılmasına ilişkin sebep öngörülmesi tüm ortakların oy birliği ile karar alması ile mümkündür. Emredici nitelikte olan bu hükmün aksine, şirketten çıkarılmaya ilişkin hüküm konulmasının oy çokluğu ile düzenlenebileceğine ilişkin kayıt öngörülemez. Emredici hükümler ilkesi sebebiyle ortaklar bu konuda şirket sözleşmesine konulabilecek kayıtlar bakımından sınırlandırılır.

Alman hukukunda yer almayan TTK m.579/1-2. cümleye göre, “*diğer kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı şirket sözleşmesi hükümleri o kanuna özgülünmüş olarak hüküm doğururlar.*” O hâlde hukukumuzda limited şirketler için kanunda açıkça öngörülmeyen tamamlayıcı hükümler şirket sözleşmesi içeriğine dâhil edilemez⁹². Ancak limited şirketin anonim şirketten farklı olarak saf sermaye şirketi özelliği göstermemesi ve şahıs şirketi özelliklerini de içinde barındırmasına dikkat çekmek gerekir. Bu duruma bağlı olarak TTK m.577’nin şirket sözleşmesinde, anonim şirketten farklı olarak geniş ve çeşitli alanlarda düzenleme yapma olanağı getirdiği ve kurucuların elini kolaylaştırdığı görülmektedir⁹³.

⁸⁸ Cengil, *Limited Şirket Sözleşmesi*, 87.

⁸⁹ Karasu, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*, 28.

⁹⁰ Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, 127.

⁹¹ Karasu, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi”, 312; Karasu, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*, 45.

⁹² Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, 128.

⁹³ Karasu, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*, 27; Cengil, *Limited Şirket Sözleşmesi*, 90.

TTK m.577 hükmünün gerekçesinde bu kayıtların sınırlı sayıda olduğu ifade edilmişse de kanunun diğer hükümleri birlikte değerlendirildiğinde şirket sözleşmesi içeriğine yazılması mümkün olan başka kayıtların da bulunduğu görülmektedir. Gerekçede, TTK m.577’de yer alan kayıtların sınırlı sayıda olduğunu, bu kayıtların şirket sözleşmesi dışında öngörülmesi halinde ancak borçlar hukuku sözleşmesi niteliğinde hüküm ifade edeceği belirtilmektedir. Ancak limited şirketlere ilişkin diğer hükümler incelendiğinde, sözleşme içeriğine dahil edilebilecek hükümlerin TTK m.577 ile sınırlı olmadığı görülmektedir. Örneklendirmek gerekirse, TTK m.591 uyarınca şirket sözleşmesinde öngörülmek şartı ile rüçhan hakkında değişikliğe gidilmesi mümkündür. TTK m.582’e göre, şirketin kurulmasında hizmeti geçene tanınan menfaatler şirket sözleşmesine yazılır. TTK m.631’de, ticari temsilci ve vekillerin atanmalarına ilişkin hükmün şirket sözleşmesinde öngörülmesi gerektiği belirtilmiştir. Örneklerde yer alan madde hükümleri TTK m.577’de yer almayan ancak kanun hükmünün şirket sözleşmesi içerisinde düzenlenmesini öngördüğü hükümlerdir. Buradan çıkarılacak sonuca göre, şirket sözleşmesi içeriği TTK m.577 ile sınırlı değildir. Kanunun muhtelif hükümlerinde yer alan düzenlemelerin de varlığı gözetildiğinde şirket sözleşmesinin içeriği bakımından emredici hükümler ilkesinin esnetildiği ve TTK m.577’deki sayımın sınırlayıcı olmadığı görülmektedir⁹⁴. Ancak burada bir antinomi söz konusu değildir. TTK’nın 577. maddesinin gerekçesini TTK m.579 ile birlikte değerlendirmek gerekir. TTK m.579’a göre, bu kanunun limited şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak kanunda buna açıkça cevaz verilmişse sapabilir. Yukarıda örnek olarak verilen TTK m.591, 582, 631 vb. hükümlerde bu kayıtların şirket sözleşmesine eklenebilmesi hususunda kanunun açıkça cevaz verdiği görülmektedir. Bu hükümler, TTK m.579’da belirtilen ‘sapma’ halinin bir yansımasıdır.

Sonuç olarak, limited şirket sözleşmeleri ETTK’daki mevcudu ile karşılaştırıldığında sözleşme serbestliğini kaybetmiştir. Ancak TTK m.577 hükmünün birçok alana tesir edecek hükümler içermesi ve TTK m.577 dışında da kanun koyucunun şirket sözleşmesi içeriğinde düzenlenmesine cevaz verdiği kayıtların varlığı sebebiyle anonim şirketlere nazaran emredici hükümler ilkesinin daha esnek uygulandığını söylemek mümkündür⁹⁵.

Anonim şirketlere nazaran esnek nitelikte kabul edilse de emredici hükümler ilkesi ile, kanun koyucu limited şirket sözleşmeleri için sözleşme serbestisi ilkesinden vazgeçmiştir. İlkenin bir sonucu olarak, şirket sözleşmesi içeriği TTK m.576-577’de öngörülen kayıtlar ve kanunda açıkça cevaz verilen hükümlerden ibarettir. Kanunun öngörmediği bir kaydın şirket sözleşmesi içeriğine dahil edil-

⁹⁴ Yıldız, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Limited Şirketler Hukuku*, 91; Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, 52.

⁹⁵ Karasu, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*, 27.

mesi mümkün değildir. Bunun sonucunda TTK'da limited şirketlere ilişkin hükümler emredici niteliğe bürünmüş olup tarafların iradelerine ayrılan alan önemli ölçüde sınırlandırılmıştır. Emredici hükümler ilkesinin etkisiyle şirket sözleşmeleri tekdüze adeta tip sözleşmeler haline gelmektedir.

TTK m.577 hükmünün kapsamlı şekilde düzenlenmesinden dolayı emredici hükümler ilkesinin, anonim şirketlere kıyasla limited şirketler için daha esnek uygulandığı kabul edilmektedir. Buna rağmen ETTK'daki sözleşme serbestliği nazara alındığında bu ilke ile birlikte tarafların iradelerinin kısıtlandığı açıktır.

IV. SONUÇ

TTK m.135 hükmündeki terminolojik tanımı ile, şirket sözleşmesi, limited şirketin temel kurallarını ortaya koyan, iç ve dış ilişkideki işleyişi belirleyen, şirketin faaliyetini ve konusunu temellendiren, organların ve ortakların hukuki durumunu düzenleyen limited şirketin anayasası niteliğindeki kuruluş sözleşmesidir. Bu sözleşmenin hiyerarşik olarak şirketin anayasası niteliğini kazanması, TTK m.575'te aranan şekil şartlarına uygun olmasına bağlıdır. Buna göre, şirket sözleşmesinin resmi onamaya bağlı bir sözleşme olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Şirket sözleşmesi asgari olarak TTK m.576'da aranan kayıtları içermelidir. Buna göre, şirket sözleşmesi içeriğinde *şirketin ticaret unvanı ve merkezinin bulunduğu yerin, esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış bir şekilde şirketin işletme konusunun, esas sermayenin itibarî tutarının, esas sermaye paylarının sayısının, itibarî değerlerinin, varsa imtiyazların, esas sermaye paylarının gruplarının, müdürlerin adlarının, soyadlarının, unvanlarının, vatandaşlıklarının ve şirket tarafından yapılacak ilanların şeklinin* açıkça belirtilmesi şarttır.

Bu şartlar yanında sözleşme içeriğinde zorunlu olmasa da kurucuların isteğine bağlı olarak öngörülmesi halinde şirket sözleşmesine yazılması zorunlu kayıtlar bulunmaktadır. Bu kayıtlar TTK m.577'de 14 bent halinde sıralanmış olup kurucular, sayılan hususlarda şirkete kural getirmek isterse bu kayıtları şirket sözleşmesi ile öngörmeleri gerekir. Aksi halde bu kayıtlar, borçlar hukuku sözleşmesi olarak yalnızca sözleşmenin tarafları için geçerli olacaktır.

6102 sayılı TTK ile hukukumuzda yerini alan emredici hükümler ilkesi sebebiyle kurucular veya ortaklar, şirket sözleşmesine diledikleri kayıtları ekleyemezler. Bu ilke uyarınca, TTK'da açıkça şirket sözleşmesine eklenmesine cevaz verilmeyen hususlar sözleşme içeriğine dahil edilemez. Bu ilke neticesinde şirket sözleşmeleri açısından TTK hükümleri emredici niteliğe bürünmüştür. Emredici hükümler ilkesinin etkisi ile, şirket sözleşmesi içeriği TTK m.576-577'de yer verilen kayıtlar ile TTK'da '... şirket sözleşmesinde... öngörülebilir.' şeklinde düzenlenen kanun hükümleri ile sınırlıdır. Aksi halde emredici hükümler ilkesine aykırılığın yaptırımı gündeme gelecektir.

İlkeye aykırılığın yaptırımına ilişkin açık düzenleme yoktur. Doktrinde yer alan görüşlere çalışma içeriğinde değinilmiştir. Kanaatimce kanun koyucu şirket sözleşmelerine bir çerçeve öngörmüş ve sözleşme serbestisi ilkesini kaldırmıştır. Bu durumda da kanun koyucunun hukuki amacına uygun olması açısından ilkeye aykırılığın yaptırımının sonucunun da butlan olması gerekmektedir.

Emredici hükümler ilkesi Alman, İsviçre ve Avusturya hukukundan esinlenerek hukukumuzda kazandırılmışsa da bu ülkelerde emredici hükümler ilkesi yalnızca anonim şirketler için öngörülmüştür. Kara Avrupası hukukunda limited şirket sözleşmeleri için sözleşme serbestisi devam etmekte iken, bu uygulamanın 6102 sayılı Kanun ile terkedilmiş olması eleştiri konusudur. Doktrinde ağırlıklı görüş limited şirket hukuku açısından emredici hükümler ilkesinin kaldırılması yönündedir.

Kanun koyucu madde gerekçesinde emredici hükümler ilkesinin getiriliş amacını şirket sözleşmesinin hukuki öngörülebilirliğin ve belirliliğin artırılması, yatırımcıların korunması, sermaye piyasalarının düzgün işlemesini ve ortaklık içerisinde azınlık pay sahiplerinin korunması olarak belirtmişse de TTK m.579 hükmünün gerekçesinde TTK m.340 hükmüne atıf yaptığı görülmektedir. Bu durumda kanun koyucunun emredici hükümler ilkesini limited ve anonim şirketler için aynı amaçlar için getirdiği ve anonim ile limited şirketleri aynı düzlemde değerlendirdiği anlaşılmaktadır. İki şirket tipi de sermaye şirketi özelliğine sahip ise de şirketler arasında iç işleyiş, faaliyet ve halka açıklık noktasında ciddi farklılıklar bulunmaktadır. Bu nedenle hukuki şeffaflığın ve halka açıklığın yaratacağı sorunlara ilişkin düzenleme öngörülmesinin limited şirketler için bir karşılığı yoktur. Kaldı ki, kanun koyucu Kıta Avrupası hukukundan farklı olarak neden limited şirketler için emredici hükümler ilkesini öngördüğünü gerekçelendirmiş değildir.

Ancak doktrinde, kanun koyucunun emredici hükümler ilkesini limited şirket ile anonim şirketler için aynı sertlikte düzenlemediği görüşü hakimdir. Bu görüşün temeli TTK m.339/2 ile m.577 hükümleri arasındaki farklılıktır. TTK m.577 daha geniş alanlarda hükümler içermesi sebebiyle emredici hükümler ilkesinin limited şirketler açısından daha esnek olarak kabul edildiği kabul edilmektedir.

Netice itibarıyla, limited şirketler hukukunda bir karşılığının bulunmaması ve amacına hizmet etmemesine karşılık emredici hükümler ilkesinin varlığını sürdürüyor olması, limited şirketin faaliyetine uygun, kurucuların/ortakların münferit taleplerini karşılayacak nitelikte şirket sözleşmeleri düzenlemelerine engel olmakta ve irade özgürlüğünü kısıtlamaktadır. Ezcümle, bu çalışmada nesnel gerekçelendirmeden yoksun TTK m.579 hükmünün kaldırılmasının gerektiği hususu izahata çalışılmıştır.

KAYNAKÇA

- Âdem, Eliz Tuğba. *Limited Ortaklık Sözleşmesi*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2020.
- Akbay, Direnç. *TTK Tasarısına Göre Limited Ortaklık Genel Kurulunun Toplanma ve Karar Alma Esasları*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Akdağ Güney, Necla. *Anonim Şirketlerde Kuruluş*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Altaş, Soner. *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirketler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Arkan, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2014.
- Aşık, Pınar. "Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı". *Ankara Barosu Dergisi*, 4, (2017) 165-202.
- Bahtiyar, Mehmet. *Anonim Ortaklık Anasözleşmesi*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2001.
- Bahtiyar, Mehmet. *Ortaklıklar Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021.
- Barlas, Nami ve Oğuzman, M. Kemal. *Medeni Hukuk*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2022.
- Bilgili, Fatih ve Demirkapı, Ertan. *Şirketler Hukuku*. Adana: Dora Yayıncılık, 2021.
- Bozkurt, Tamer. *Şirketler Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2023.
- Cengil, Muhammet Fatih. *Limited Şirket Sözleşmesi*, Adana: Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora tezi, 2022.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2022.
- Karaahmetoğlu, İsmail Özgün. *Anonim Şirket Esas Sözleşmesinin Yorumlanması*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Karasu, Rauf. "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18, S. 2, (2012), 311-332.
- Karasu, Rauf. "Emredici Hükümler İlkesinin Kapalı Tip Anonim Şirketler ve Limited Şirketler Açısından Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 1, S. 1, (2015), 115-132.
- Karasu, Rauf. *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2015.
- Kayar, İsmail. *Ticaret Hukuku*. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Kendigelen, Abuzer. *Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2012.
- Kırca, İsmail, Şehirli Çelik, Feyzan Hayal ve Manavgat, Çağlar. *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2013.
- Koşut, Doğrusöz Hanife. "Limited Şirkette Nama Yazılı Senede Bağlanmış Esas Sermaye Payının Devir Şartları", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 22, S. 1, 365-388.
- Moroğlu, Erdoğan. "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Genel Olarak Değerlendirilmesi", *Makaleler*, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2010.
- Moroğlu, Erdoğan. *Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2016.

- Poroy, Reha, Tekinalp, Ünal ve Çamoğlu, Ersin. *Ortaklıklar Hukuku I*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Pulaşlı, Hasan. *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanuna Göre Şirketler Hukuku Şerhi I*. Ankara: Adalet Yayınları, 2011.
- Pulaşlı, Hasan. *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*. Ankara: Adalet Yayınları, 2021.
- Remzi, Mehmet ve Aydın, Sezer. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: İkinci Sayfa Yayınları, 2016.
- Şener, Oruç Hami. *Limited Ortaklıklar Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2017.
- Şener, Oruç Hami. *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2022.
- Tekinalp, Ünal. *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.
- Tekinalp, Ünal. Türk Ticaret Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı, *Uğur Alacakaptan'a armağan, C. II*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008.
- Veziroğlu, Cem. *Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2021.
- Yıldız, Şükrü. *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Limited Şirketler Hukuku*. İstanbul: Arıkan Basım Yayın, 2007.

İPOTEKLİ TAŞINMAZIN DEVRİ HALİNDE BORCUN ÜSTLENİLMESİ^(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Dilşah Buşra KARTAL**^(**)

Öz

Borcun üstlenmek isteyen kişi, alacaklı ile akdedeceği borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi ile bu işlemi gerçekleştirebilir. TBK m.195 vd.'nda borcun üstlenilmesinin şartları ve hukuki sonuçları düzenlenmiştir. TBK m.204'te rehlinli taşınmazın devrinde borcun üstlenilmesine ilişkin özel hükümlerin saklı tutulduğu hüküm altına alınmıştır. MK m.888/II'de saklı tutulan söz konusu özel düzenlemelerden biridir. MK m.888/II'ye göre borcun üstlenilmesi için öncelikle yeni malikin borcu yüklenmesi gerekir. Bunun için yeni malik ve borçlu arasında borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi akdedilir. Borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi tek başına borcun yeni malik tarafından üstlenilmesini sağlamaz. Bu sözleşme tapu müdürlüğü tarafından alacaklıya bildirilir. İpotekle temin edilen alacağın devredilmesi halinde, alacak devri tapunun düşünceler sütununa işlenmediyse devreden alacaklıya yapılan bildirim kural olarak yeterlidir. Ancak alacağın devri borçluya bildirilmişse bildirim alacağı devralan alacaklıya yapılmalıdır. Keza alacak devri tapu sayfasına işlendiyse bildirim yeni alacaklıya yapılır. Alacaklı bildirim aldığı tarihten itibaren bir yıl içinde borçluya yazılı olarak kendisine karşı olan hakkını saklı tuttuğunu bildirmezse borç yeni malik tarafından üstlenilmiş olur. Doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, kanaatimizce MK m.888/II uyarınca borcun üstlenilmesinin sözleşmeye dayalı olarak gerçekleştiği kabul edilmelidir. Buna göre borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin alacaklıya bildirilmesi dış üstlenme sözleşmesinin akdedilmesine yönelik bir öneri niteliğindedir. Alacaklının bildirim aldıktan sonra bir yıl boyunca sessiz kalmasına kanun koyucu kabul anlamı yüklemiştir. Borcun üstlenilmesi ile birlikte yeni malik borcu üstlenirken eski borçlu da borcundan kurtulur. Borcun MK m.888/II'ye göre üstlenilmesine TBK m.195 vd.'nda yer alan hükümler kıyasen uygulanır. Buna göre TBK m.198 ve TBK m.199/II yeni malikin borcu üstlenmesine de uygulanır. Diğer taraftan TBK m.199/III'ün kıyasen uygulanmasına imkan yoktur.

Anahtar Kelimeler

Borcun Üstlenilmesi, İpotek, Rehlin, Alacağın Devri, Tasarruf İşlemi.

^(*) [Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 21.03.2023 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 07.11.2023, DOI No: <https://doi.org/10.54704/akdhfd.1268979>.](#)

^(**) Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı / Kocaeli, Türkiye.
E-posta: dilshah.kartal@kocaeli.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-2615-5698>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

ASSUMPTION OF DEBT IN CASE OF THE TRANSFER OF A MORTGAGED IMMOVEABLE PROPERTY

Abstract

The person who wants to assume a debt can achieve this by entering into a contract for the external assumption of the debt with the creditor. The conditions and legal consequences of assuming a debt are regulated in art.195 et seq. of the TCO art.204 of the TCO regulates that special provisions regarding the assumption of the debt in the transfer of a pledged immovable property are reserved. Art.888/II of the TCC is one of the reserved special regulations. According to art.888/II of the TCC, in order to assume a debt, a contract for the internal assumption of the debt is concluded between the new landlord and the debtor. This contract is notified to the creditor by the land registry officer. As a rule, in the event of the transfer of credit, if the transfer of the claim is not recorded in the margin column of the land registry, notice to the former creditor is sufficient. However, if the transfer of the claim has been notified to the debtor, the notice must be made to the creditor who takes over the claim. Similarly, if the transfer of the claim is recorded on the land registry page, notice is directed to the new creditor. If the creditor does not notify the debtor in writing that he/she reserves his/her rights against the debtor within one year from the date of receiving the notice, the debt is deemed to have been assumed by the new landlord. It should be accepted that the assumption of the debt according to art.888/II of the TCC is a contractual transfer. Art.195 et seq. of the TCC are applied by analogy to the assumption of the debt by the new landlord.

Keywords

Assumption of Debt, Mortgage, Pledge, Transfer of a Claim, Act of Disposal.

Extended Abstract

Assumption of debt is a contract that transfers an obligation of a debtor to a third party. It is concluded between the creditor and the person who wishes to assume the debt. The conditions and legal consequences of the contract for the assumption of debt are regulated in art.195 et seq. of the Turkish Code of Obligations (TCO). Art.204 of the TCO regulates that special provisions concerning the division of inheritance and the transfer of pledged immovable properties are reserved. Art.888/II of the Turkish Civil Code (TCC) regulates a special provision for the assumption of debt by the new landlord in case of the transfer of a mortgaged immovable property.

According to art.888/II of the TCC, in order for a debt to be assumed, the new landlord of the mortgaged property must first take over the debt by entering into a contract for the internal assumption of debt with the debtor. Then, the land registry officer should notify the creditor about this contract. If the credit has also been transferred to a new creditor without the transfer being recorded in the margin column of the land registry page, a notice that is directed to the (former) creditor registered in the land registry page is sufficient. However, if the transfer of the claim has been notified to the debtor, the notice of the assumption of debt must be made to the new creditor. The creditor has the right to object to the assumption of debt. If the creditor aims to object to the transfer of debt, he/she should send the debtor a written notice that states that the creditor reserves his/her rights against the debtor regarding the debt. If the creditor fails to notify the debtor within one year from the date on which he/she receives the notice, the debt is deemed to have been assumed by the new landlord.

Although there is some dispute in doctrine, it is our opinion that the assumption of debt under art.888/II of the TCC should be considered as a contractual transfer. Accordingly, the notification of the contract for the internal assumption of debt to the creditor is a proposal for the conclusion of a contract for the external assumption of debt. Therefore, if the creditor does not accept or reject the proposal earlier, a contract for the assumption of debt is deemed to have been concluded when the one year passes with the silence of the creditor.

After the contract for the assumption of debt has been concluded, the new landlord assumes the debt, while the old debtor is released from the debt. Art.198 et. seq. of the TCO are applied by analogy to the assumption of debt by the new landlord of a pledged property. The creditor can assert all rights against the new landlord except for those that are specific to the debtor's personality (Art.198/I of the TCO). The new debtor can also assert defenses relating

to the debt against the creditor (Art.199/I of the TCO). However, personal defenses that the previous debtor could assert cannot be used by the new debtor (Art.199/II of the TCO). Unlike art.199/III of the TCO, the defenses arising from the internal assumption of the debt can also be asserted against the creditor by the new landlord. If third parties have also provided a guaranty for the debt, their responsibilities continue if they have given written consent to the assumption of the debt. Otherwise, the responsibility of third parties providing security will also end with the expiry of a one-year period or the creditor's earlier declaration of consent (Art.198/II of the TCO).

GİRİŞ

Borcun üstlenilmesi, bir borç ilişkisinin borçlu tarafının değişmesi sonucunu doğuran hukuki işlemdir. Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.195-196, borcun üstlenilmesini iç üstlenme ve dış üstlenme olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Borcun iç üstlenilmesi, mevcut borçlu ile borcu üstlenen arasında imzalanan ve borcu üstlenenin alacaklıya bizzat ifade bulunarak veya alacaklıyla borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi imzalayarak mevcut borçluyu borcundan kurtarmayı taahhüt ettiği sözleşmedir (TBK m.195/I). Borçlandırıcı işlem niteliği taşıyan borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi, borcun üstlenene devrini sağlamaz. Sadece bu yönde bir borç doğurur. Borcun devri için borcu üstlenen ile alacaklı arasında tasarruf işlemi teşkil eden borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin imzalanması gerekir (TBK m.196).

Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin akdedilmesi ile dar anlamda borç ilişkisinin borçlusu değişir¹. Borçlu sıfatı borcu üstlenene geçer ve eski borçlu da borcundan kurtulur². Borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi her ne kadar dış üstlenme sözleşmesinin sebebini teşkil etse de her iki sözleşme birbirinden bağımsızdır. Borcu üstlenen iç üstlenme sözleşmesi olmaksızın doğrudan alacaklı ile anlaşarak da borcu üstlenebilir³. İki sözleşmenin birbirinden bağımsız olmasının diğer sonucu sözleşmelerden birinin geçersizliğinin diğerinin geçerliliğini etkilememesidir⁴.

Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi de diğer tüm sözleşmeler gibi karşılıklı ve birbirine uygun öneri ve kabul açıklamaları ile akdedilir. Genel hükümler uyarınca hazırlar arasında yapılan öneri hemen kabul edilmezse öneren önerisiyle bağlı olmaktan kurtulur (TBK m.4/I). Hazır olmayanlar arasında süre belirlenmeksizin yapılan öneri ise zamanında ve usulüne uygun olarak gönderilmiş

¹ Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. bs. (Ankara: Turhan, 2021), 1045; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Ankara: Yetkin, 2021), 1137; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. bs. (Ankara: Yetkin, 2021), 1407; Murat Aydoğdu ve Sedat Nart, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet, 2022), 319.

² Kılıçoğlu, *Borçlar*, 1045; Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, 1137; Eren, *Borçlar Genel*, 1412; Doruk Gönen, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Filiz, 2021), 204; Bilgehan Çetiner, Andreas Furrer ve Markus Müller-Chen, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2. bs. (İstanbul: On İki Levha, 2022), 791.

³ M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 15. bs., C. II (İstanbul: Vedat, 2020), 614; Claire Huguenin, *Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil*, 3. bs. (Zürich: Schulthess, 2019), 443; Rudolf Tschani, "Art.176", *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Obligationenrecht*, 2. bs., C. I (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 1996), N. 5.

⁴ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, II: 615.

bir yanıtın ulaşmasının beklenebileceği ana kadar önereni bağlar (TBK m.5). Hazır olanlar veya olmayanlar arasındaki önerinin kabulü için süre belirlenmesi halinde öneren bu sürenin sonuna kadar önerisiyle bağlı olur. Kabul açıklanması bu süre içinde önerene ulaşmazsa öneri bağlayıcılığını yitirir (TBK m.3). Kabul açıklaması açıkça yapılabileceği gibi örtülü de olabilir. TBK m.6'ya göre öneren, kanun, işin özelliği veya durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde sözleşme kurulmuş sayılır.

TBK m.196-197'de borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin akdedilmesinde genel hükümlerden ayrılan düzenlemelere yer verilmiştir. Dış üstlenme sözleşmesi, iç üstlenme sözleşmesine istinaden kurulmak isteniyorsa, iç üstlenme sözleşmesinin, üstlenen veya onun izniyle borçlu tarafından alacaklıya bildirilmesi dış üstlenme sözleşmesinin tesisine ilişkin bir öneri niteliğindedir (TBK m.196/II). Kanun koyucu bu hüküm ile iç üstlenme sözleşmesinin bildirilmesinin öneri niteliği taşıdığına dair aksi ispat edilebilir bir karine öngörmüştür⁵.

Alacaklı bu öneriyi açıkça veya örtülü olarak kabul edebilir. Alacaklının çekiince ileri sürmeksizin üstlenenin ifasını kabul etmesi veya onun borçlu sıfatı ile yaptığı diğer herhangi bir işleme rıza göstermesi kabul anlamına gelir (TBK m.196/III).

Genel hükümlerden farklı olarak süresiz önerinin hazırlar arasında olsun ya da olmasın alacaklı tarafından her zaman kabul edilebileceği öngörülmüştür (TBK m.197/I). Kanunda önerinin kabulüne ilişkin bir süre sınırı öngörülmemiş olsa da bu hakkın dürüstlük kuralına uygun bir süre içinde kullanılması gerekir⁶. Önerinin kabulü için bir süre öngörülmesi halinde ise bu süre sona erene kadar önerinin kabul edilmesi halinde sözleşme akdedilmiş olur. Eğer süre bitimine kadar alacaklı susarsa öneri reddedilmiş sayılır (TBK m.197/I).

Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin akdedilmesine ilişkin anılan düzenlemelerin de istisnaları bulunmaktadır. TBK m.204, mirasın paylaşılması ve rehinli taşınmazların devrine ilişkin özel hükümlerin saklı olduğu düzenlenmiştir. Bu çalışmada da söz konusu istisnalar arasında yer alan, ipotekli taşınmazın devrinde devralanın borcu üstlenmesini kolaylaştıran MK m.888 hükmü incelenecektir.

I. İPOTEKLİ TAŞINMAZI DEVRALANIN BORCU ÜSTLENME HAKKINA İLİŞKİN GENEL ESASLAR

Bir alacağı teminat altına almak için en yaygın yöntemlerden biri borçluya veya üçüncü kişiye ait bir taşınmaz üzerine alacaklı lehine ipotek tesis edilmesidir. Bir taşınmazın ipotekle yüklü olması bu taşınmazın tedavülüne engel de-

⁵ Fikret Eren ve Ünsal Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi*, C. III (Ankara: Yetkin, 2022), 1414.

⁶ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel*, II: 617.

ğildir. İpotekli bir taşınmazın devri kural olarak borçlunun borcunda ve ipoteğin sağladığı güvencede bir değişiklik de yaratmaz (MK m.888/I). Yani yeni malik, borçtan kişisel olarak sorumlu olmasa dahi borç ifa edilmediği takdirde ipoteğin paraya çevrilmesi riskine katlanmak zorunda kalır. Bunun dışında ipotekli taşınmazın devralınması kendiliğinden yeni malikin asıl borcu üstlenmesi sonucunu doğurmaz.

İpotekli taşınmazların tedavülü mümkün olsa da taşıdıkları risk sebebiyle değerleri ciddi ölçüde düşer. Haliyle taşınmazı devralan yeni malikin ipoteğin yarattığı riski bertaraf edebilmesi için bazı kolaylıklara ihtiyaç vardır. Kanun koyucu da çeşitli hükümlerle yeni malike taşınmazı ipotekten kurtarma imkanı sağlamıştır. Örneğin MK m.884 vd. hükümlerinde yeni malike borcu ifa ederek taşınmazı ipotekten kurtarma imkanı sağlanmıştır. Yeni malike ipotekle temin edilen borcun üstlenilmesi konusunda da bir kolaylık sağlanmıştır. MK m.888/II'ye göre, “*Yeni malik borcu yüklediği takdirde alacaklı, kendisine başvurma hakkını saklı tuttuğunu bir yıl içinde yazılı olarak önceki borçluya bildirmese, borçlu borcundan kurtulur.*” Bu hüküm ile yeni malikin alacaklının açık kabul beyanına ihtiyaç olmadan ipotekle temin edilen borcu üstlenebilmesi sağlanmaktadır⁷. Bu imkan yeni malikin taşınmazı devralırken satış bedeli ödemek yerine borcu üstlenmesinin kararlaştırıldığı veya satış bedelinden üstlenilen borç tutarında indirim yapılan sözleşmeler bakımından özellikle faydalıdır⁸.

MK m.888/II, taşınmazın devrinin temelindeki hukuki sebebe yönelik bir sınırlama içermemektedir. İpotekli taşınmazın satış, trampa, bağışlama, vasiyet borcunun ifası, paylı mülkiyete veya elbirliği mülkiyetine tabi taşınmazın bölünmesi gibi hukuki işlemlerle devredilmesi halinde de MK m.888/II'ye dayanmak mümkündür⁹.

Yeni malikin MK m.888/II yerine doğrudan TBK m.195 vd. hükümlerine göre borcu üstlenmesi de her zaman mümkündür¹⁰.

⁷ Bu düzenlemenin ipotekli borç senedine de uygulanacağı yönünde bkz: Zafer Kahraman, *Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli)* (İstanbul: Vedat, 2013), 176; Bülent Köprülü ve Selim Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1972), 269.

⁸ Rona Serozan, “Atıptık Trampa Sözleşmeleri”, *BATİDER* 28, sy. 4 (2012): 12; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, 9. bs. (Ankara: Yetkin, 2021), 697; Kahraman, *Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli)*, 174; Bilgehan Çetiner, *Taşınmaz Teminatı* (İstanbul: Filiz, 2015), 238.

⁹ Samuel Zogg, “Art.832”, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch*, 6. bs., C. II (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019), N. 4; Urs Fasel, “Art.832”, *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 3. bs. (Zürich Basel Genf: Schulthess, 2016), N. 2. Taşınmazın cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi halinde MK m.888/II değil, kanun gereği borcun üstlenilmesine ilişkin özel düzenleme olan İİK m.125 uygulanacaktır. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz: Çetiner, *Taşınmaz Teminatı*, 239.

¹⁰ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 22. bs. (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020), 1106; İhan Helvacı, *Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı* (İstanbul: On İki Levha, 2008), 325; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku Sınırlı Ayni Haklar*, 8. bs., C. III (Ankara: Seçkin, 2017), 235.

II. HÜKMÜN UYGULANMA ŞARTLARI

A. YENİ MALİKİN BORCU YÜKLENMESİ

MK m.888/II'ye göre borcun üstlenilmesinin ilk şartı yeni malikin borçlu ile borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi akdederek borcu yüklenmesidir¹¹. Bu sözleşmeye taşınmazın devri için tapuda düzenlenen resmi senette de yer verilmesi gerekir¹². Ancak MK m.888/II'ye göre borcun üstlenilmesi tapu sicili dışında gerçekleşir¹³. Yani borcun üstlenilmesi şartları gerçekleştikten sonra tapu memuru ipotek senedi üzerinde değişiklik yaparak borçlu değişikliğini işlemez ve buna gerek de yoktur¹⁴.

B. TAPU MÜDÜRLÜĞÜ TARAFINDAN ALACAKLIYA BİLDİRİMDE BULUNULMASI

Borcun üstlenilmesinin ikinci şartı yeni malikin borcu yüklediğinin tapu müdürlüğü tarafından alacaklıya bildirilmesidir (MK m.890)¹⁵. Eğer bildirim tapu müdürlüğü tarafından yapılmazsa MK m.888'e göre borcun üstlenilmesi söz konusu olmaz ve süre de işlemeye başlamaz¹⁶. Bildirim tabi olduğu şekil Türk-İsviçre Hukukunda düzenlenmemiştir. BGB art.416'da ise bu bildirim yazılı olması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Doktrinde BGB art.416'dan yola çıkılarak Türk Hukukunda da bildirim yazılı olması gerektiği savunulmaktadır¹⁷.

İpotekli alacağın da devredilmiş olduğu hallerde bildirim kime yapılacağı tartışmalıdır. İpotekli alacak, alacağı devreden ve devralan arasında akdedilecek

¹¹ Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, 269; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 1105; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 697; Haluk Nami Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku*, 9. bs. (İstanbul: On İki Levha, 2022), 373; Ayan, *Eşya Hukuku Sınırlı Ayni Haklar*, III: 236; Kahraman, *Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli)*, 176; Didem Özcan, *Borcun Üstlenilmesi* (İstanbul: On İki Levha, 2017), 88; Peter Reetz ve Christof Burri, "Art.183", *CHK Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Art.1-183 OR*, 3. bs. (Zürich Basel Genf: Schulthess, 2016), N. 4.

¹² Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, 269; Kahraman, *Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli)*, 175; Eugen Spirig, "Art.183", *Zürcher Kommentar: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, 3. bs., C. 5/I (Zürich: Schulthess, 1994), N. 26; Fasel, "Art.832", N. 7. Çetiner'e göre taşınmaz satış sözleşmesinde satış bedelinde indirim yapılan haller bakımından bu sonuca varılmalıdır. Çünkü borcun üstlenilmesi, alıcının borcuna ilişkin esaslı bir unsur teşkil eder ve taşınmaz satış sözleşmesinin şekline tabi olur. Taşınmazın karşılıksız olarak devredildiği yani bağışlandığı hallerde ise borcun üstlenilmesinin TBK m.288/II'e göre yazılı olarak yapılması yeterli olmalıdır. Bkz: Çetiner, *Taşınmaz Teminatı*, 238.

¹³ Fasel, "Art.832", N. 6; Zogg, "Art.832", N. 12.

¹⁴ Fasel, "Art.832", N. 6; Zogg, "Art.832", N. 12.

¹⁵ Bildirim taşınmazın tapuya tescilinden önce yapıp yapılamayacağı yönündeki teorik açıklamalar için bkz: Kahraman, *Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli)*, 178. Taşınmaz mülkiyetinin devrinden önce bu işlemin yapılamayacağı yönünde bkz: Fasel, "Art.832", N. 19; Thomas J. Wenger, "Art.834", *OFK - ZGB Kommentar: Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 4. bs. (Zürich: Orell Füssli Verlag, 2021), N. 3.

¹⁶ Ayan, *Eşya Hukuku Sınırlı Ayni Haklar*, III: 236 dn. 335; Urs Fasel, "Art.834", *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 3. bs. (Zürich Basel Genf: Schulthess, 2016), N. 6. Alman Hukukunda ise bildirim bizzat borçlu tarafından yapılmaktadır (BGB art.416).

¹⁷ Kahraman, *Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli)*, 179.

yazılı sözleşme ile devredilir. Devrin geçerliliği tapu siciline veya borçluya yapılacak bildirim veya tescile bağlı değildir (TBK m.183, MK m.891). İpotekli alacağın devri tapu dışında gerçekleştiği için tapu siciline gerçek alacaklının değil de devreden alacaklının adı yazılır. Devralan alacaklı dilerse ipotekli taşınmazın tapu sayfasındaki düşünceler sütununa alacağın devrinin işlenmesini isteyebilir (Tapu Sicil Tüzüğü m.31/II, m.73).

Bir görüşe göre¹⁸ tapu sayfasının düşünceler sütununda devralan alacaklının bilgilerine yer verilse de verilmese de tapu müdürlüğü bildirim gerçek alacaklıya yapmalıdır. Aksi halde MK m.888/II uygulanamaz. Diğer görüşe göre¹⁹ ise alacağın devrinin tapu sayfasının düşünceler kısmına işlenmesi alacağı devralan tarafından gerçekleştirilmesi gereken bir işlem olup bundan kaçınılması halinde gerçek alacaklının devreden olduğuna yönelik hukuki bir görünüş yaratılmaktadır. Devralan alacaklının davranışı nedeniyle borcun üstlenilmesine engel olunması doğru değildir. Kaldı ki, devreden alacaklı kendisine yapılan bildirim devralana da iletacaktır. Bu sebeple eski alacaklıya yapılan bildirim de 1 yıllık sürenin başlaması için yeterli olmalıdır.

Kanaatimizce bu sorunun çözümünde TBK m.186'nın amacından yola çıkılarak bir sonuca varılabilir. TBK m.186, devralan veya devreden tarafından alacağın devri kendisine bildirilmemiş olan borçlunun iyi niyetle önceki alacaklıya ifade bulunarak borçtan kurtulmasına imkan tanımaktadır. Bu hüküm alacağın devrini geçerli kabul etmekle birlikte borçlunun da iyi niyetini koruyarak zarara uğramasını önlemektedir. MK m.888/II uygulanırken de alacağın devri tapuda düşünceler sütununa işlenmemişse tapu müdürlüğünün devreden alacaklıya yapacağı bildirim kural olarak 1 yıllık sürenin işlemesi için yeterli olmalıdır. Diğer taraftan alacağın devri borçluya bildirilmişse iyi niyet ortadan kalkacağı için bildirim tapu müdürlüğü tarafından yapılacak olsa bile alacağı devredene değil devralana yapılmalıdır²⁰.

Bildirimin içeriğinde mülkiyetin devrine ilişkin bilgiye, yeni malikin bilgileri, borcun iç üstlenilmesi sözleşmesine, yeni malikin faiz ödeme yükümlüğünün ne zaman başlayacağına dair bilgiye, önceki borçluya karşı sahip olunan hakların saklı tutulabileceğine ve bunun için bildirim yapılması gereken süreye yer verilmelidir²¹.

C. ALACAKLININ BORÇLUYA BAŞVURMA HAKKINI SAKLI TUTMAMASI

Borcun üstlenilmesinin son şartı alacaklının bildirim aldığı tarihten itibaren 1 yıl içinde²² borçluya karşı kendisine başvurma hakkını saklı tuttuğunu yazılı olarak

¹⁸ Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, 271; Helvacı, *Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı*, 326 dn. 5; Spirig, "Art.183", N. 42; Thomas J. Wenger, "Art.832", *OFK - ZGB Kommentar: Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 4. bs. (Zürich: Orell Füssli Verlag, 2021), N. 10.

¹⁹ Fasel, "Art.832", N. 10.

²⁰ Benzer yönde bkz: Zogg, "Art.832", N. 21b-21e.

²¹ Wenger, "Art.834", N. 4; Samuel Zogg, "Art.834", *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch*, 6. bs., C. II (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019), N. 8.

²² Alman Hukukunda bu süre 6 ay olarak düzenlenmiştir (BGB art.416).

bildirmemiş olmasıdır (MK m.888/II, m.890/II)²³. 1 yıllık süre hak düşürücü niteliktedir²⁴. Alacaklının kabul beyanından veya 1 yıllık bekleme süresinin dolmasından önce yeni malik ve borçlu iç üstlenme sözleşmesinde değişiklik yapabilecekleri gibi sözleşmeden de dönebilirler²⁵. Bu ihtimalde MK m.888'e göre borcun üstlenilmesi için alacaklıya yeni bir bildirim yapılarak sürenin yeniden başlatılması gerekecektir²⁶. 1 yıllık süre dolmadan ve alacaklı da herhangi bir beyanda bulunmadan önce alacak hakkı devredilirse, MK m.888/II'ye göre devreden alacaklının sahip olduğu yetkiler kalan süre içinde alacağı devralan kişi tarafından kullanılabilir²⁷.

Alacaklının borcun iç üstlenilmesi sözleşmesine ilişkin bildirim aldıktan sonraki 1 yıl içinde üç farklı davranışı söz konusu olabilir. Alacaklı bu süre içinde devre onayı olduğunu veya olmadığını bildirebileceği gibi sessiz de kalabilir. Alacaklı kendisine yapılan bildirimden sonra devre onay verirse borçlu onay anından itibaren borcundan kurtulur ve yeni malik borcu üstlenmiş olur²⁸. Bu durumda 1 yıllık sürenin beklenmesine gerek kalmaz. Alacaklı devre onayını açıkça veya örtülü olarak verebilir²⁹.

Alacaklının 1 yıllık süre içinde borçluya yazılı bildirimde bulunarak kendisine başvurma hakkını saklı tuttuğunu bildirmesi yani borcun üstlenilmesine onay vermemesi ikinci ihtimaldir. Bildirimin sözlü olması veya yeni malike ya da tapu müdürlüğüne yöneltilmesi borcun üstlenilmesini engellemez³⁰. Borçlunun MK m.2 uyarınca kendisine yapılan bildirimden yeni maliki de haberdar etmesi gerekir³¹. Aksi halde yeni malikin bundan doğan zararını gidermekle yükümlü olur. Alacaklının borcun üstlenilmesine onay vermemesi halinde bir görüşe göre³² borcun üst-

²³ Alacaklının kendisine bildirim yapılmadan önce gelecekteki her türlü borç üstlenilmesine verdiği rıza geçersizdir. Ancak tapu müdürlüğü'nün bildiriminden önce borçlu veya yeni malik tarafından alacaklıya yapılan bildirim alacaklı tarafından kabul edilmesinin geçerli olduğu ileri sürülmektedir. Bkz: Kahraman, *Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli)*, 181. Kanaatimizce ikinci durumda MK m.888'e göre değil, TBK m.195 vd. hükümlerine göre gerçekleşen bir borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi olduğunu kabul etmek daha uygundur.

²⁴ Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, 272; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 1106; Ayan, *Eşya Hukuku Sınırlı Ayni Haklar*, III: 236; Kahraman, *Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli)*, 181-82.

²⁵ Kahraman, *Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli)*, 183.

²⁶ Kahraman, 183.

²⁷ Wenger, "Art.832", N. 8.

²⁸ Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, 271; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 1106; Helvacı, *Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı*, 327.

²⁹ Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, 271; Helvacı, *Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı*, 327; Fasel, "Art.832", N. 11; Frédéric Krauskopf, "Art.176", *Präjudizienbuch OR: die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020)*, 10. bs. (Genf: Schulthess, 2021), N. 7; Spirig, "Art.183", N. 49.

³⁰ Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, 272.

³¹ Köprülü ve Kaneti, 272; Fasel, "Art.832", N. 12.

³² Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 1106; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 697; Fasel, "Art.832", N. 12. Alacaklının eski borçluya karşı sahip olduğu hakları saklı tutması halinde söz-

lenilmesi hükümsüz hale gelir. Diğer görüşe göre³³ ise borç yeni malike geçmese de TBK m.195 uyarınca yeni malikin borçluyu borcundan kurtarma yükümlülüğü devam eder. Kanaatimizce de sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, alacaklının borcun üstlenilmesine onay vermemesi halinde borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi hükümsüz hale gelmemelidir. Nitekim TBK m.195'e göre borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinden doğan taahhüt borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi akdedilerek veya borç bizzat ifa edilerek yerine getirilebilir. Dolayısıyla alacaklının işleme onay vermemesi durumunda yeni malik iç üstlenme sözleşmesinden doğan borçtan kurtarma taahhüdünü TBK m.83'e göre borcu bizzat ifa ederek yerine getirmelidir.

Alacaklının yukarıdaki iki durumdan farklı olarak 1 yıllık süre boyunca susması da mümkündür. MK m.888/II uyarınca bu süre sonunda alacaklı hala bir beyanda bulunmadıysa borç yeni malik tarafından üstlenilmiş olur ve eski borçlu borcundan kurtulur. Kanun koyucu alacaklının sessiz kalmasının onay anlamına geldiği yönünde bir faraziye düzenlemiştir³⁴.

III. HUKUKİ SONUÇLAR

Bildirimi alan alacaklının 1 yıl boyunca susmasının veya işleme onay vermesinin hangi hukuki sebeple borcun üstlenilmesini sağladığı tartışmalı bir konudur. Doktrindeki bir görüşe göre³⁵, tapu müdürlüğünün alacaklıya yaptığı bildirim kanuni bir görevin ifası niteliğindedir. Bildirim borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin akdedilmesi için öneri niteliğini haiz değildir³⁶. Yani borcun yeni malike geçişi dış üstlenme sözleşmesi akdedilmeksizin gerçekleşir. Eğer tapu müdürlüğünün bildirim öneri niteliğini taşıyorsa, önerinin reddine ilişkin bildirim borçluya değil, yeni malike veya onun temsilcisi sıfatını taşıması gereken tapu müdürlüğüne yöneltilmesi gerekirdi. Kanun koyucu bu bildirim borçluya yöneltilmesi gerektiğini düzenleyerek tapu müdürlüğünün bildirim öneri niteliği taşımadığını da hüküm altına almıştır³⁷.

leşmedeki borcun üstlenilmesi yükümlüğünün satış bedelinin taşınmazı devredene tam olarak ödenmesi yükümlülüğüne dönüşmesi gerektiğine ilişkin bkz: Spirig, "Art.183", N. 55.

³³ Çetiner, *Taşınmaz Teminatı*, 139; Wenger, "Art.832", N. 7. Bu görüşte olan diğer yazarlar hakkında bilgi için bkz: Helvacı, *Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı*, 329 dn. 13.

³⁴ Kahraman, *Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli)*, 180; Fasel, "Art.832", N. 11.

³⁵ Andreas Von Tuhr ve Arnold Escher, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, 3. bs., C. 2 (Zürich: Schulthess, 1974), 401-2; Bruno Von Büren, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (Zürich: Schulthess, 1964), 356; Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, 270; Peter Gauch et.al., *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil: Ohne Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 10. bs., C. 2 (Zürich: Schulthess, 2014), N. 3652; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 1105 dn. 297; Kahraman, *Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli)*, 175; Helvacı, *Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı*, 328; Spirig, "Art.183", N. 39.

³⁶ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 1106; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 697; Kahraman, *Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli)*, 177-78.

³⁷ Von Tuhr ve Escher, *OR AT*, 2: 402 dn. 148; Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, 270 dn. 22a; Helvacı, *Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı*, 329.

Diğer görüşe göre³⁸ ise tapu müdürlüğünün alacaklıya yaptığı bildirim dış üstlenme sözleşmesinin tesisine yönelik öneri niteliğini taşır. Kanun koyucu burada kabul beyanı açısından bir kolaylık sağlamıştır. Alacaklının susmasına kabul sonucu bağlayarak TBK m.6'nın özel bir görünümünü hüküm altına almıştır. Bu görüş doğrultusunda borç, yeni malik ve alacaklı arasında kurulan dış üstlenme sözleşmesine istinaden devredilmektedir. Kanaatimizce de alacaklının onayı ile dış üstlenme sözleşmesinin kurulduğu ve borcun sözleşmeye dayalı olarak üstlenildiği görüşü daha uygundur. TBK m.196/II'de iç üstlenme sözleşmesinin üstlenen veya onun izni ile borçlu tarafından alacaklıya bildirilmesinin dış üstlenme sözleşmesinin yapılmasına ilişkin öneri niteliğinde olduğu hüküm altına alınmıştır. MK m.888/II'ye göre tapu müdürlüğü tarafından yapılan bildirimde de her iki tarafın buna rızası vardır. Dolayısıyla TBK m.196/II'yi burada kıyasen uygulamak suretiyle tapu müdürlüğünün bildiriminin öneri niteliği taşıdığı kabul edilebilir. Alacaklının onayı veya susması da haliyle önerinin kabulü sonucunu doğurarak dış üstlenme sözleşmesinin akdedilmesini sağlayacaktır.

Her iki görüşe göre de alacaklının onayından veya 1 yıllık sürenin dolmasından sonra borç yeni malik tarafından üstlenilmiş olur ve eski borçlu borcundan kurtulur³⁹. Yeni malik borcun tamamından tüm malvarlığı ile sorumlu hale gelir⁴⁰.

Borç yeni malike geçtikten sonra borcun üstlenilmesinin sonuçlarına TBK m.198 vd. hükümleri kıyasen uygulanır⁴¹. Borcun üstlenilmesi sadece dar anlamda borç ilişkisinin borçlusunu değiştirir. Geniş anlamda borç ilişkisinin borçlusu aynı kalmaya devam eder. Dolayısıyla geniş anlamda borç ilişkisine, örneğin sözleşmeye, taraf olmaktan doğan öncelik hakları, yan haklar, yenilik doğuran haklar eski borçluda kalmaya devam eder⁴². Alacaklı, borçlunun kişiliğine özgü olanlar dışındaki bağlı haklarını yeni malike karşı da ileri sürebilir (TBK m.198/I). Yeni malik de borca ilişkin savunmaları rehinli alacaklıya karşı ileri sürebilir (TBK m.199/I). Ancak önceki borçlunun ileri sürebileceği kişisel savunmalar yeni malik tarafından kullanılamaz (TBK m.199/II). TBK m.199/III'ün ise burada kıyasen uygulanamayacağı ve yeni malikin iç üstlenme sözleşmesinden doğan savunmaları da alacaklıya karşı ileri sürebileceği kabul edilmektedir⁴³.

Borcun yeni malik tarafından üstlenilmesinin bu borç için teminat veren üçüncü kişilerin durumuna etkisi TBK m.198/II'ye göre belirlenir. Buna göre

³⁸ Zogg, "Art.832", N. 17-19; Çetiner, *Taşınmaz Teminatı*, 238; Wenger, "Art.832", N. 6.

³⁹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 1106.

⁴⁰ Çetiner, *Taşınmaz Teminatı*, 237.

⁴¹ Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, 273; Ayan, *Eşya Hukuku Sınırlı Ayni Haklar*, III: 236; Kahraman, *Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli)*, 182.

⁴² Çetiner, *Taşınmaz Teminatı*, 238-39.

⁴³ Kahraman, *Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli)*, 182. İç üstlenme sözleşmesinin irade sakatlığına dayalı olarak iptali halinde yeni malikin borçlu sıfatını kazanamayacağı yönünde bkz: Krauskopf, "Art.176", N. 7.

İpotekli alacak için üçüncü kişiler tarafından da rehin verilmiş veya kefil olunmuşsa, bu kişilerin sorumluluklarının devamı borcun üstlenilmesine yazılı olarak rıza göstermeleri halinde devam eder. Aksi halde 1 yıllık sürenin dolmasıyla veya alacaklının daha önce onay beyanında bulunmasıyla teminat veren üçüncü kişilerin sorumluluğu da sona erecektir⁴⁴.

SONUÇ

Alacaklı ve borcu üstlenmek isteyen kişi borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi akdederek bir borç ilişkisinden doğan dar anlamda borcun devrini sağlayabilirler. TBK m.195 vd.'nda yer alan hükümlerde borcun üstlenilmesi sözleşmesinin şartları ve hukuki sonuçları hüküm altına alınmıştır. TBK m.204'te ise mirasın paylaşılması ve rehinli taşınmazların devrine ilişkin özel hükümlerin saklı olduğu düzenlenmiştir. MK m.888/II'de de ipotekli taşınmazın devrinde, devralanın borcu üstlenebilmesi için özel bir hükme yer verilmiştir.

MK m.888/II'ye göre borcun üstlenilmesi için öncelikle yeni malikin borçlu ile borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi akdederek borcu yüklenmesi gerekir. Bu sözleşme tapu müdürlüğü tarafından alacaklıya bildirilir. İpotekli alacak devredildiği takdirde, alacağın devri tapu sayfasının düşünceler sütununa işlenmişse, bildirim tapuda görünen devreden alacaklıya yapılması 1 yıllık sürenin işlemesi için kural olarak yeterli olmalıdır. Ancak alacağın devri borçluya bildirilmişse iyi niyet ortadan kalkacağı için bildirim alacağı devralan alacaklıya yapılmalıdır. Alacaklı bildirim aldığı tarihten itibaren 1 yıl içinde borçluya yazılı olarak kendisine karşı olan hakkını saklı tuttuğunu bildirmezse borç yeni malik tarafından üstlenilmiş olur.

Doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, kanaatimizce MK m.888/II uyarınca borcun üstlenilmesinin sözleşmeye dayalı şekilde gerçekleştiği kabul edilmelidir. Buna göre borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin alacaklıya bildirilmesi dış üstlenme sözleşmesinin akdedilmesine yönelik bir öneri niteliğindedir. Alacaklının bildirim aldıktan sonra 1 yıl boyunca sessiz kalmasına kanun koyucu kabul anlamı yüklemiştir. Böylece alacaklı daha önce kabul beyanına bulunmaz veya öneriyi reddetmezse süre dolduğunda borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi kurulmuş olur.

Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi akdedildikten sonra yeni malik borcu üstlenirken eski borçlu da borcundan kurtulur. Borcun üstlenilmesinin sonuçlarına ilişkin genel hükümler kıyasen burada da uygulanır. Buna göre TBK m.198 ve TBK m.199/I-II yeni malikin borcu üstlenmesine de uygulanır. Diğer taraftan TBK m.199/III'ün kıyasen uygulanamayacağı kabul edilmektedir.

⁴⁴ Kefilin sorumluluğu açısından bu yönde bkz: Spirig, "Art.183", N. 61.

KAYNAKÇA

- Ayan, Mehmet. *Eşya Hukuku Sınırlı Ayni Haklar*. 8. bs. C. III. Ankara: Seçkin, 2017.
- Aydoğdu, Murat ve Sedat Nart. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet, 2022.
- Çetiner, Bilgehan. *Taşınmaz Teminatı*. İstanbul: Filiz, 2015.
- Çetiner, Bilgehan, Andreas Furrer ve Markus Müller-Chen. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 2. bs. İstanbul: On İki Levha, 2022.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 26. bs. Ankara: Yetkin, 2021.
- Eren, Fikret ve Ünsal Dönmez. *Eren Borçlar Hukuku Şerhi*. C. III. Ankara: Yetkin, 2022.
- Fasel, Urs. “Art.832”. *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 3. bs. Zürih Basel Genf: Schulthess, 2016.
- Fasel, Urs. “Art.834”. *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 3. bs. Zürih Basel Genf: Schulthess, 2016.
- Gauch, Peter et.al. *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil: Ohne Ausservertragliches Haftpflichtrecht*. 10. bs. C. 2. Zürih: Schulthess, 2014.
- Gönen, Doruk. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Filiz, 2021.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*. Ankara: Yetkin, 2021.
- Helvacı, İlhan. *Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı*. İstanbul: On İki Levha, 2008.
- Huguenin, Claire. *Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil*. 3. bs. Zürih: Schulthess, 2019.
- Kahraman, Zafer. *Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli)*. İstanbul: Vedat, 2013.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 25. bs. Ankara: Turhan, 2021.
- Köprülü, Bülent ve Selim Kaneti. *Sınırlı Ayni Haklar*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1972.
- Krauskopf, Frédéric. “Art.176”. *Präjudizienbuch OR: die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020)*, 10. bs. Genf: Schulthess, 2021.
- Nomer, Haluk Nami ve Mehmet Serkan Ergüne. *Eşya Hukuku*. 9. bs. İstanbul: On İki Levha, 2022.
- Oğuzman, M. Kemal ve Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 15. bs. C. II. İstanbul: Vedat, 2020.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir. *Eşya Hukuku*. 22. bs. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- Özcan, Didem. *Borcun Üstlenilmesi*. İstanbul: On İki Levha, 2017.
- Reetz, Peter ve Christof Burri. “Art.183”. *CHK Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Obligationenrecht, allgemeine Bestimmungen Art.1-183 OR*, 3. bs. Zürih Basel Genf: Schulthess, 2016.
- Serozan, Rona. “Atipik Trampa Sözleşmeleri”. *BATİDER* 28, sy 4 (2012).
- Sirmen, Lale. *Eşya Hukuku*. 9. bs. Ankara: Yetkin, 2021.
- Spirig, Eugen. “Art.183”. *Zürcher Kommentar: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, 3. bs. C. 5/I. Zürih: Schulthess, 1994.

- Tschani, Rudolf. "Art.176". *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Obligationenrecht*, 2. bs. C. I. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 1996.
- Von Büren, Bruno. *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*. Zürich: Schulthess, 1964.
- Von Tuhr, Andreas ve Arnold Escher. *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*. 3. bs. C. 2. Zürich: Schulthess, 1974.
- Wenger, Thomas J. "Art.832". *OFK - ZGB Kommentar: Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 4. bs. Zürich: Orell Füssli Verlag, 2021.
- Wenger, Thomas J. "Art.834". *OFK - ZGB Kommentar: Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 4. bs. Zürich: Orell Füssli Verlag, 2021.
- Zogg, Samuel. "Art.832". *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch*, 6. bs. C. II. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019.
- Zogg, Samuel. "Art.834". İçinde *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch*, 6. bs. C. II. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019.

GÜNCEL YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA REKABET İHLALİNDEN KAYNAKLANAN TAZMİNAT DAVALARINDA ZAMANAŞIMI SORUNU^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Gökmen GÜNDOĞDU^(**)

Öz

Mal veya hizmet piyasalarında rekabeti ihlal eden bazı eylemler 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK) m.4, 6 ve 7 hükümleri çerçevesinde yasaklanmıştır. RKHK m.57 hükmü ise m.4 ve 6'da düzenlenen rekabet ihlallerini sayarak bu ihlallerin hukuki sorumluluk doğurduğunu belirtmektedir. RKHK m.58 hükmünde tazminat davası düzenlenmiş ancak bu davaların tabi olacağı zamanaşımı konusuna yer verilmemiştir. Öğretide hâkim görüş ve Yargıtay, isabetli olarak bunun haksız fiil sorumluluğu olduğunu savunmaktadır. Bu durumda zamanaşımı konusunda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.72 hükmünün uygulanması gerekir. Bu ise zararı ve faili öğrenme tarihinden itibaren iki yıllık normal ve rekabet ihlali tarihinden itibaren on yıllık azami zamanaşımı süresinin uygulanması demektir. TBK m.72/1 son cümlede, eylemin ceza kanunlarına göre cezayı gerektiren bir fiil olması ve bu fiil için ceza kanunlarında daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörülmesi halinde, bu sürenin hukuk davası için de uygulanacağı belirtilmektedir.

RKHK m.4 ve 6'nın ihlali, RKHK m.16/3 uyarınca esasa ilişkin idari para cezasını gerektirmektedir. RKHK uyarınca verilecek idari para cezaları ise 5326 sayılı Kabahatler Kanunu (KK) m.2 ve m.16/1'de "kabahat" olarak nitelendirilmiş ve KK m.20/3'te sekiz yıllık zamanaşımına tabi tutulmuştur. Sekiz yıllık bu zamanaşımı süresinin TBK m.72/1 son cümle atfı sebebiyle RKHK m.57'ye dayalı açılan tazminat davalarında da uygulanması gerekir. Bu sürenin başlangıç anı ise, hâkim öğretinin savunduğu ve Yargıtay'ın uyguladığının aksine, zararın ve failin öğrenildiği tarih değil rekabet ihlalinin gerçekleştiği veya devam eden eylemlerin son bulunduğu tarihtir.

Bununla birlikte, rekabet ihlaline dayalı tazminat davalarında zamanaşımı konusunda mutlaka özel bir düzenleme getirilmeli ve 2014/104EU sayılı Direktif m.10 hükmü esas alınarak en az beş yıllık bir zamanaşımı süresi tanımalıdır. Zararın ve tazminat sorumlusunu öğrenildiği tarihte başlayacak olan bu zamanaşımı süresinin, Rekabet Kurulu'nun bu eylem için bir soruşturma açması halinde duracağı düzenlenmelidir.

Anahtar Kelimeler

Rekabet İhlali, Hukuki Sorumluluk, Tazminat Davası, Zamanaşımı, Yargıtay Kararları.

^(*) [Makalenin Dergiye Geliş Tarihi](#): 24.01.2024 - [Makalenin Kabul Edildiği Tarih](#): 27.03.2024, [DOI No](https://doi.org/10.54704/akdhfd.1425091): <https://doi.org/10.54704/akdhfd.1425091>.

^(**) Yıldız Teknik Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü / İstanbul, Türkiye.
[E-posta](mailto:gokmen_gundogdu@yahoo.com): gokmen_gundogdu@yahoo.com,
[Orcid Id](https://orcid.org/0000-0002-9175-6895): <https://orcid.org/0000-0002-9175-6895>.



THE STATUTE OF LIMITATIONS IN ACTIONS FOR DAMAGES FOR BREACH OF COMPETITION LAW IN THE LIGHT OF RECENT DECISIONS OF THE COURT OF CASSATION

Abstract

Violations of Articles 4 and 6 of the Law on the Protection of Competition no: 4054 (LPC) require administrative fines pursuant to Article 16/3 of the LPC. Such fines are defined as “misdemeanours” in Article 2 and Article 16/1 of the Law on Administrative Offences No. 5326 and are subject to an eight-year-long statute of limitations in Article 20/3 of the Law. Due to the reference to the last sentence of Article 72/1 of the Turkish Code of Obligations (TCO), this eight-year-long statute of limitations should also be applied to actions for damages based on Article 57 of the LPC. Contrary to the prevailing doctrine and the practice of the Court of Cassation, the starting point of this period is not the date on which the damage and the perpetrator are known, but the date on which the competition infringement occurs or, in the case of ongoing acts, ends.

A special provision should be introduced regarding the limitation period for damages based on a competition infringement, and a limitation period of at least five years should be recognised on the basis of Article 10 of Directive 2014/104EU. It should be provided that this limitation period, which should start to run from the date of knowledge of the damage and the person responsible for compensation, should be suspended in the event that the Turkish Competition Authority launches an investigation for this action.

Keywords

Breach of Competition, Civil Liability, Action for Damages, Statute of Limitations, Judgments of the Court of Cassation.

Extended Abstract

Article 4 of the Law No. 4054 on the Protection of Competition (LPC) prohibits agreements, concerted practices or decisions of associations of undertakings that prevent, distort or restrict competition between undertakings, or which have as their object any of these. In turn, Article 6 of the LPC prohibits the abuse of a dominant position in a market for goods or services. Article 7 of the LPC provides a mechanism for the control of concentrations by making the validity of certain mergers and acquisitions that may lead to a significant impediment to effective competition subject to the approval of the Competition Board.

Violations of the above provisions of the LPC are considered to be anticompetitive and Articles 16, 17 and 27/a of the LPC envisage administrative fines for such acts. On the other hand, Article 57 of the LPC grants the right to file for action for damages to those who have suffered damages as a result of acts contrary to Articles 4 and 6 of the LPC. Furthermore, Article 58 of the LPC regulates the details of this action but does not include the limitation period for the action. This situation, on the other hand, has led to the problem of the statute of limitations for actions for damages to be brought under Article 57 of the LPC. This problem has given rise to a second uncertainty concerning the commencement of the limitation period.

The solution to this problem is linked to the nature of the liability for damages for an infringement of competition law. It is a liability in tort. The prevailing opinion in the doctrine and judgments of the Court of Cassation argue that it is a tort liability.

The fact that it is a tortious liability also makes it easier to determine the general rules to be applied to competition infringements. This is because Article 72/1 of the Turkish Code of Obligations (TCO) No. 6098 provides for an ordinary limitation period of two years and a maximum limitation period of ten years for actions based on tort. The two-year period starts from the date on which the injured party learns of the damage and the person responsible for the damage, and the ten-year period starts from the date on which the breach of competition or the infringement ceases. If the act is punishable under criminal law and the criminal law provides a longer limitation period, this period shall also apply to the civil action under art.72/1, last sentence, of the TCO. The sanction provided for in the LPC for an infringement of competition law is administrative fine. These fines are provided for in art.2 and art.16/1 of the Law on Administrative Offences No. 5326, and the statute of limitations for these acts is set at eight years under art.20/3 of the Law.

The last sentence of art.72/1 of the TCO does not require the act to be technically a “crime” in order for a longer criminal statute of limitations to apply. Although the Law on Administrative Offences is a *lex specialis*, it is also a criminal law provision. Moreover, the fact that an administrative fine is a “penalty” is clear from its very name. For this reason, the eight-year statute of limitations under art.20/3 of the Law on Administrative Offences should also be applied to actions for damages for breach of competition law under art.72/1 of the TCO. This is also the established practice of the Court of Cassation.

The commencement of the limitation period should be determined according to the legal discipline to which it belongs. According to Article 66/6 of the Turkish Penal Code No. 5237, the criminal statute of limitations starts from the date of the act. Therefore, in our opinion, the eight-year period pursuant to art.20/3 of the Law on Administrative Offences, which is applicable pursuant to art.72/1 of the TCO, should commence from the date of the termination of the competition infringement or violation. However, the prevailing doctrine and the judgments of the Court of Cassation are of the opposite opinion and argue that the limitation period should start to run from the date of knowledge of the damage and of the person responsible for compensation. If the normal limitation period of two years, calculated from the date of knowledge of the damage and of the person responsible, expires after eight years, this action should be brought if it falls within the maximum period of ten years. The date of knowledge should be the date of the Turkish Competition Authority’s (TCA) decision. However, we believe that this is only a theoretical possibility.

With regard to the limitation of actions for damages for breach of competition law, a special provision should be created, based on Article 10 of Directive 2014/104EU. Thus, a period of at least five years should be foreseen and this period should start from the moment when the offender learns the damage and the person responsible for compensation, and the opening of an investigation by the TCA for this action should be considered as a reason to suspend the running of limitation periods.

GİRİŞ

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun¹ (RKHK), mal ve hizmet piyasalarında rekabetin korunmasını sağlamak amacıyla, rekabete aykırı işlem ve eylemleri yasaklamaktadır. Bu kapsamda RKHK m.4’te teşebbüsler arasında rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma ve uyumlu eylemler ile, teşebbüs birliklerinin bu yöndeki kararlarını yasaklamaktadır. Yine RKHK m.6’da bir piyasada hâkim durumda olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmaları hukuka aykırı görülmüştür. RKHK m.7’de ise, piyasada hâkim durum yaratılması veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesi başta olmak üzere, *etkin rekabetin önemli ölçüde azaltılması* sonucu doğuracak teşebbüsler arası yoğunlaşmaların hukuka aykırı ve yasak olduğu hüküm altına alınmış, belirli ölçekteki birleşme ve devralmalar Rekabet Kurulu’nun iznine tabi tutulmuş ve böylece yoğunlaşmaların kontrolüne yönelik bir mekanizma öngörülmüştür.

Anılan hükümlerin ihlali, RKHK m.16, 17, 27/a hükümleri çerçevesinde idari para cezasına bağlanmıştır. RKHK m.57’de, m.4 ve 6’ya aykırılığın ayrıca hukuki sorumluluk doğuracağı da düzenlenmiştir. Gerçekten de etkin bir rekabet hukuku uygulaması için tazminat davaları son derece önemlidir. Bu sayede sadece rekabet ihlalinin üçüncü kişiler üzerindeki olumsuz etkileri giderilmekle kalmaz; aynı zamanda yüksek miktarda tazminat taleplerine maruz kalabilecek teşebbüsler, rekabet hukuku sınırları içinde hareket etmeye yöneltilmiş de olurlar.

¹ 4054 sayılı ve 7.12.1994 tarihli Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (13.12.1994 tarihli ve 22140 sayılı RG).

Rekabet ihlali nedeniyle açılacak olan tazminat davası RKHK m.58’de ele alınmıştır. Bu hükümde kanun koyucu, zararın nasıl belirleneceğini ve tazminatın neye göre hesaplanacağını düzenlemiştir. Ancak bu davanın tabi olacağı zamanaşımı süresi konusunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Oysa zamanaşımı süresi, tazminat talepleri açısından önemi yadsınamayacak bir konudur. Zira, alacak hakkının zamanaşımı süresi içinde ileri sürülmemesi halinde, bu alacağın dava ve takip edilebilme vasfı ortadan kalkacaktır. Dolayısıyla, bir alacak hakkının hangi süreler dahilinde ileri sürülebileceği konusundaki belirsizlik, hakkı elde etmeyi zorlaştıracak sonuçlar doğurabilecektir. Bunun yanı sıra, zamanaşımının başlangıç anına ilişkin bir hükmün bulunmaması da, ciddi bir hukuki belirsizliğe yol açabilecektir.

Bu çalışmada, öğretilerdeki tartışmalar dikkate alınarak ve Yargıtay’ın konuya ilişkin karar ve gerekçeleri de analiz edilerek, rekabet ihlalinin doğan tazminat davalarının tabi olması gereken zamanaşımı süresi ve zamanaşımının başlangıç anı analiz edilerek olması gereken hukuk açısından birtakım öneriler sunulacaktır.

I. REKABET İHLALİNİN SONUÇLARI VE TAZMİNAT DAVASI

Öncelikle RKHK hükümleri incelendiğinde, rekabet ihlalinin sonuçlarının iki boyutta karşımıza çıktığı görülmektedir. Bunlardan ilki ihlalin idari boyutudur. Nitekim RKHK m.16, 17, 27/a hükümleri uyarınca Rekabet Kurulu, RKHK’nın 4, 6 ve 7. maddelerini ihlal eden teşebbüsler ve teşebbüs birlikleri hakkında idari para cezası verme yetkisine sahiptir. İdari para cezası verilmesi, teşebbüsün rekabete aykırı eyleminin idare tarafından cezalandırılması anlamına gelmekte olup rekabet ihlalinin etkilenen üçüncü kişilerin zararlarını gidermeye yönelik somut bir sonucu veya etkisi bulunmamaktadır.

Rekabet ihlalinin diğer bir boyutu ise özel hukuka ilişkindir. RKHK m.56 hükmü RKHK’ya aykırı anlaşma ve kararların geçersiz olduğunu belirtmekte; m.57 ila 59 hükümlerinde ise rekabet ihlali dolayısıyla zarar görenlerin zararlarının giderim şekli, özel hukuk ilkeleri çerçevesinde düzenlenmektedir. RKHK m.57 uyarınca bu kanuna aykırı eylem ve işlemleri ile 4. maddeyi ihlal eden yahut 6. maddeye aykırı bir biçimde piyasadaki hâkim durumunu kötüye kullanan teşebbüs veya teşebbüsler, bu eylemler sebebiyle zarar görenlerin zararlarını tazmin etmekle yükümlüdürler. Yine hükümde açıkça belirtildiği üzere, ihlal birden fazla teşebbüsün eylemleri nedeniyle ortaya çıkmışsa, her bir teşebbüs zarardan dolayı müteselsilen sorumludur.

Zarar görenlerin RKHK m.57’nin bahsettiği hakka dayanarak açacakları tazminat davaları ise m.58’de düzenlenmiştir. Bu hükümde dikkat çeken husus ise, zarar görenlerin talebi halinde mahkemenin, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olan teşebbüslerin elde ettikleri veya elde etmeleri muhtemel olan karla-

rın üç katı oranında tazminata hükmedebileceğidir. Bu sebeple de RKHK m.58 tahtında açılan tazminat davaları, öğretide “üç kat tazminat davası” olarak da isimlendirilmektedir². Rekabet ihlalinin özel hukuk alanındaki sonuçlarına ilişkin son hüküm ise ispat yükünü düzenleyen RKHK m.59’dur.

II. TAZMİNAT DAVASININ TABİ OLACAĞI ZAMANAŞIMI SORUNU

A. GENEL OLARAK

Rekabet ihlalinin özel hukuk alanındaki sonuçlarını düzenleyen RKHK m.56 ile 59 hükümleri incelendiğinde, RKHK m.57 vd. hükümlerine dayanılarak açılacak tazminat davaları için zamanaşımı konusuna dair bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. Sorun sadece tazminat davasının tabi olacağı zamanaşımı süresine ilişkin gibi görünse de, zamanaşımının başlangıç anına ilişkin belirsizlik, ikinci bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada yapılması gereken ise, mukayeseli hukuktaki duruma da değinmek kaydıyla, rekabet ihlalinin hukuki niteliğini ortaya koyarak yargı kararları ve öğretideki görüşler ışığında *de lege lata* durumu tespit edip *de lege ferenda* öneriler geliştirmektir.

B. MUKAYESELİ HUKUKTAKİ DURUM

1. Amerikan Hukukunda Durum

Amerikan hukuku, rekabet hukuku alanında diğer hukuk çevrelerinin mehzaz kabul ettiği bir hukuk çevresi olarak karşımıza çıkmaktadır³. Nitekim RKHK m.58’de düzenlenen tazminat davasının mehzazının da Amerikan hukuku olduğu kabul edilmektedir⁴.

Amerikan hukukunda rekabet ihlalinin kamu uygulaması boyutu 1890 tarihli *The Sherman Antitrust Act*⁵ hükümlerinde düzenlenmektedir. Bu çerçevede ihla-

² Örneğin bkz. Selin Sert, “4054 Sayılı RKHK Madde 58/2: Üç Kat Tazminat”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD)*, Armağan Özel Sayısı, (2006): 701-716, 702 vd.; Metin Topçuoğlu, “Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009)* (Ankara: Gazi Üniversitesi Yayınları, 2009), 5-59, 5 vd.; Şebnem Akipek Öcal, Nagehan Kırkbeşoğlu ve Hakan Tokbaş, *Sorularla 12 Bankaya Karşı Üç Kat Tazminat (Kartel Tazminatı) Davası Rehberi* (İstanbul: Aristo Yayınevi, 2016), 16 vd.; İlkin Demirtaş, *Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlardan Doğan Sorumluluk* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023), 143 vd.

³ Andreas Heinemann, “Kartellrecht auf Arbeitsmärkten”, *Wirtschaft und Wettbewerb* 7-8 (2020): 371-382, 371.

⁴ Dilek Cengiz, “Avrupa Birliği ve Türk Rekabet Hukukunda Rekabet İhlallerinden Zarar Görenlerin Tazminat Talep Haklarına İlişkin Sorunlar ve Çözümleri”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, S. 2 (2018), 53-131, 56; Buğra Kesici, *Rekabet Hukukunun İhlalinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 280, dn. 261; Demirtaş, *Sorumluluk*, 143; Aksi görüş, Ünal Tekinalp, “Rekabet Sınırlamaları ve Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Yasağına Aykırılığın Özel Hukuka İlişkin Sonuçları”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu III* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005), 261.

⁵ <https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-3055/pdf/COMPS-3055.pdf> - Erişim tarihi: 10.11.2023.

lin yaptırımı ABD Adalet Bakanlığı (*Department of Justice - DOJ*) ile Federal Ticaret Komisyonu (*Federal Trade Commission - FTC*) eliyle yürütülmektedir⁶

Rekabet ihlalinin özel hukuk alanındaki sonuçlarını konu alan düzenleme ise 1914 tarihli *The Clayton Act*'tir⁷. *The Clayton Act* Sec. 4 hükmünde, rekabet ihlali nedeniyle zarara uğrayan bir kişinin, uğramış olduğu zararın üç katına kadar tazminat talep edebileceği düzenlenmektedir. Rekabet ihlali nedeniyle açılacak tazminat davasının tabi olacağı zamanaşımı konusunda ise *The Clayton Act* Sec. 4B hükmünde açık bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, Sec. 4 uyarınca açılacak tazminat davası dört yıllık bir zamanaşımı süresine tabidir⁸. Yine aynı hükme göre bu süre, dava nedeninin ortaya çıktığı tarihte işlemeye başlamaktadır.

2. Avrupa Birliği (AB) Hukukundaki Durum

AB rekabet hukukunda da rekabet ihlalleri nedeniyle açılacak tazminat davalarının tabi olacağı zamanaşımı süresi tartışma konusu olmuştur. Nitekim Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma⁹ (*The Treaty on the Functioning of the European Union*) m.101 ve 102'de rekabete aykırı anlaşmalar ile hâkim durumun kötüye kullanılması yasaklanmış ve fakat bu eylemlerin özel hukuk alanındaki sonuçları anlaşmada düzenlenmemiştir.

Rekabet ihlalinin özel hukuk alanındaki sonuçlarına ilişkin olarak zamanaşımı konusu öncelikle *Green Paper*'da¹⁰ gündeme gelmiştir¹¹. *Green Paper* hazırlanırken, kısa zamanaşımı sürelerinin özel hukuka ilişkin davalar açısından zararın tazmininin önünde bir engel olduğu¹², üye ülkelerde zamanaşımı sürelerinin bir ile 30 yıl arasında değiştiği¹³ ve 16.12.2022 tarihli ve 1/2023/EC sayılı Konsey Tüzüğü¹⁴

⁶ Harun Gündüz ve Tuğçe Koyuncu, "ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarının Önündeki Usuli Engeller", *Rekabet Dergisi* 12, S. 3 (2011), 85-178, 88.

⁷ <https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-3049/pdf/COMPS-3049.pdf> - Erişim tarihi: 10.11.2023.

⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Malcom E. Wheeler ve Robert J. Jones, "The Statute of Limitations for Antitrust Damage Actions: Four Years or Forty?," *University of Chicago Law Review* 41, S. 1 (1973), 72-90, 72; Herbert Hovenkamp, "A Primer on Antitrust Damages", *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, (February 28, 2011), <https://ssrn.com/abstract=1685919> - Erişim tarihi: 12.11.2023.

⁹ Treaty on the Functioning of the European Union of 13 December 2007, Official Journal of the European Union, C 202, 7.6.2016 (consolidated version) - <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12016ME%2FTXT> - Erişim tarihi: 14.11.2023.

¹⁰ Commission of the European Communities, *Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, COM(2005) 672 final, Brussels, 19.12.2005, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0672> - Erişim tarihi: 10.11.2023.

¹¹ Gündüz ve Koyuncu, "Usuli Engeller", 114.

¹² Commission Staff Working Paper - Annex to the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, SEC(2005) 173, Brussels, 19.12.2005, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005SC1732>, Erişim tarihi: 10.11.2023 (Staff Working Paper 2005), N. 42.

¹³ Staff Working Paper 2005, N. 265.

¹⁴ COUNCIL REGULATION (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, Official Journal of the European Union, L-1/1, 04.1.2003, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001> - Erişim tarihi: 10.11.2023.

m.25/1 hükmünde uyarınca Komisyon'un rekabet ihlali nedeniyle uygulayacağı para cezalarının bilgi istemi veya denetimin yürütülmesine ilişkin hükümlerin ihlali halinde üç; diğer tüm ihlal hallerinde beş yıllık bir zamanaşımına tabi olduğu¹⁵ özellikle göz önünde bulundurulmuştur. Bu çerçevede *Green Paper*'da, Avrupa Komisyonu veya bir üye ülke tarafından soruşturma başlatılması durumunda zamanaşımının durması veya alternatif olarak zamanaşımı süresinin son derece mahkemesinin kararından sonra işlemeye başlaması önerisi getirilmiştir¹⁶.

Green Paper'ı takiben 10.04.2007'de Avrupa Parlamentosu Ekonomik ve Parasal İşler Komitesi, 2006/2207(INI) sayılı Rapor'u¹⁷ kaleme almış ve topluluk rekabet kurallarının ihlali halinde açılacak davalarda ulusal zamanaşımı sürelerinin Komisyon'un veya bir ulusal rekabet otoritesinin ihlali tespiti tarihinden itibaren bir yıl içinde açılmasını olanaklı kılacak şekilde belirlenmesini, bir soruşturma açılması halinde ise zamanaşımı sürelerinin durmasının sağlanmasını önermiştir. Bu öneriler 25.04.2007 tarihli Avrupa Parlamentosu Kararı'na¹⁸ aynen yansımıştır.

Green Paper ve devamındaki önerileri de dikkate alarak hazırlanan *White Paper*¹⁹ ise zamanaşımı konusunda daha somut öneriler getirmiştir. Konu *White Paper*'ın hazırlanması aşamasında belirli bir zamanaşımı süresi belirlenmesinden ziyade zamanaşımı süresinin başlangıç anı ve özellikle de devam eden eylemler bağlamında irdelenmiştir²⁰. Bu çerçevede, zamanaşımı süresinin soruşturma süresince durması veya soruşturma sona erdikten sonra yeni bir zamanaşımı süresinin başlaması gerektiği konusunda kapsamlı bir görüş birliği oluşmuştur²¹. Buna karşılık azınlık olarak, zamanaşımının soruşturma süresince durması ve soruşturmanın kesin olarak sona ermesinden sonra bir veya iki yıllık bir zamanaşımı süresinin başlaması gerektiği görüşü ile bu görüşlerin kabul edilmesi halinde duran zamanaşımı nedeni ile hukuki belirsizliğin gereğinden fazla uzayacağı görüşleri de ileri sürülmüştür²².

¹⁵ Staff Working Paper 2005, N. 268.

¹⁶ Green Paper, p. 11.

¹⁷ Report on the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules [2006/2207(INI)], https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-6-2007-0133_EN.html#_section4 - Erişim Tarihi: 10.11.2023.

¹⁸ European Parliament resolution of 25 April 2007 on the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules (2006/2207(INI)), Official Journal of the European Union, C-74 E/653, 20.03.2008 - <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007IP0152> - Erişim Tarihi: 10.11.2023.

¹⁹ Commission of the European Communities, White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM(2008) 165 final, Brussels, 2.4.2008, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0165> - Erişim tarihi: 10.11.2023.

²⁰ Commission staff working paper accompanying the White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules [SEC(2008) 404] - Brussels, 2.4.2008, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008SC0404> - Erişim Tarihi: 10.11.2023 (Staff Working Paper 2008). Bkz. N. 236: "At this stage, the Commission does not consider it necessary to suggest a minimum duration for stand-alone cases (...)".

²¹ Staff Working Paper 2008, N. 229.

²² Staff Working Paper 2008, N. 229.

Devam eden veya tekrarlanan eylemlerde, zamanaşımı süresinin eylem sona erdikten sonra başlaması gerektiği *White Paper*'da getirilen ilk öneridir²³. Devamında, zarar görenin, rekabet ihlalini ve ihlalin neden olduğu zararı öğrenmesinin kendisinden makul bir şekilde beklendiği tarihten önce zamanaşımı süresinin işlemeye başlamayacağı da yine Avrupa Komisyonu'nun bir diğer önerisi olarak *White Paper*'da yer bulmuştur²⁴. Rekabet otoriteleri tarafından başlatılan süreçlerin sonuçlanmasına kadar geçen sürecin zamanaşımı süresinin dolmasına etki edebileceğini veya rekabet otoriteleri tarafından yürütülen bir süreç neticesinde verilen ihlal kararı anı itibariyle geriye zarar görenlerin tazminat taleplerini hazırlayabilmeleri için yeterince süre kalmayabileceğini gözeterek Komisyon, bu noktada da bir öneri getirmiş ve rekabet otoritelerinin ihlal kararlarının ardından iki yıllık yeni bir zamanaşımı süresinin başlaması gerektiğini önermiştir²⁵.

Nihayet 26.11.2014 tarihinde Avrupa Parlamentosu ile Avrupa Birliği Konseyi, 2014/104EU sayılı Direktif'i kabul etmiştir²⁶. Direktif m.10/1 hükmünde üye ülkelere tazminat davaları için zamanaşımına dair özellikle de zamanaşımının başlangıcı, süresi, durma ve kesilme sebeplerine ilişkin hükümler belirleme yükümlülüğü getirilmiştir. Direktif m.10/2'de ise rekabet ihlali sona ermeden ve davacının, eylemi ve eylemin rekabet ihlali oluşturduğunu, rekabet ihlalinin kendisine zarar verdiğini ve ihlal eden teşebbüsün kimliğini bilmeden veya bilgi sahibi olması kendisinden makul derecede beklenmeden önce zamanaşımı süresinin işlemeye başlamayacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Hükmün 3. fıkrasında ise üye ülkelerden, rekabet ihlali nedeniyle açılacak tazminat davaları için en az²⁷ beş yıllık bir zamanaşımı süresi²⁸ belirlemeleri beklenmektedir. Direktif m.10/4'te

²³ White Paper, p. 8.

²⁴ White Paper, p. 8: "The Commission therefore suggests that the limitation period should not start to run (...) before the victim of the infringement can reasonably be expected to have knowledge of the infringement and of the harm it caused him".

²⁵ White Paper, p. 9: "The Commission therefore suggests that a new limitation period of at least two years should start once the infringement decision on which a follow-on claimant relies has become final".

²⁶ Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, Official Journal of the European Union, L 349, 5.12.2014 - <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0104> - Erişim tarihi: 10.11.2023.

²⁷ Tazminat davalarının tabi olacağı zamanaşımı süresinin kısa bir süre olması halinde zarar görenlerin haklarını aramaları zorlaşabileceğinden ötürü, Direktifte bu süre sabit bir süre olarak değil, karşılanması gereken minimum standart olarak belirlenmiş ve üye ülkelerin en az beş yıllık bir zamanaşımı süresi belirlemeleri öngörülmüştür (Ana Vlahek ve Klemen Podobnik, "Provisions of the Damages Directive on Limitation Periods and their Implementation in CEE Countries", *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies* 10 (15), (2017), 147-175, 158.

²⁸ Beş yıllık bu süre normal zamanaşımı süresine ilişkin olup ihlal tarihinden itibaren işleyecek olan azami zamanaşımı süresi konusunda Direktif bir düzenleme getirmemekte ve bu konuda bir düzenlemeyi üye ülkelerin inisiyatifine bırakmaktadır. Bkz. Philipp Kirst, *The Application Ratione Temporis of the Damages Directive's Provisions and Conflicting Limitation Periods Under National Laws*, Research Handbook on Competition Law Private Enforcement in the EU (Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., 2023), 101 vd.

ise rekabet otoritesinin davaya konu eylem hakkında bir soruşturma başlatması halinde, eylemden zarar gören kimselerin hak kaybına uğramalarını sağlamak adına, zamanaşımının duracağını veya kesileceğini düzenleme yükümlülüğü de öngörülmektedir. Duran zamanaşımı süresi, ihlalin tespitine dair kararın kesin hale gelmesi veya başka bir sebepten dolayı sürecin sona ermesi tarihinden itibaren en erken bir yıl sonra işlemeye başlayacaktır.

3. Alman Hukukunda Durum

Alman hukukunda rekabet ihlali nedeniyle açılacak tazminat davalarında zamanaşımı konusunda açık hükümler sevk edilmiş durumdadır. Rekabet Sınırlanmalarına Karşı Kanun'un²⁹ (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB*) § 33h hükmünde üç farklı zamanaşımı süresine yer verilmiştir. 2014/104EU sayılı Direktif'in m.10/3 hükmünün iç hukuka aktarılması ile birlikte³⁰ açılacak tazminat davaları için ilk etapta beş yıllık bir zamanaşımı süresi belirlenmiştir. Bu süre, tazminat talebinin doğduğu yılın veya davacının, rekabeti ihlal eden ve talebin dayanağı olan koşulları ile ihlalde bulunan teşebbüsün kimliğini öğrendiği veya ağır bir ihmali olmaksızın öğrenmesi gerektiği yılın yahut ihlalin sona erdiği yılın bitmesi ile başlamaktadır.

Öte yandan § 33h abs.3 GWB'de, davacının rekabeti ihlal eden ve talebin dayanağı olan koşulları ve ihlalde bulunan teşebbüsün kimliğini öğrenmesine veya ağır bir ihmali olmaksızın öğrenmesi gerektiğine bakılmaksızın on yıllık ikinci bir zamanaşımı süresi düzenlenmiştir. Bu süre, tazminat talebinin doğduğu ve ihlalin sona erdiği andan itibaren başlamaktadır. Son olarak, § 33h abs.4 GWB'de zararın doğduğu andan itibaren işleyecek otuz yıllık üçüncü bir zamanaşımı süresine yer verilmektedir.

Görüldüğü üzere Alman hukukunda, rekabet ihlali nedeniyle açılacak tazminat davaları için zamanaşımı süreleri olabildiğince uzun tutulmuş ve zarar gören kişilerin tazminat taleplerinin zamanaşımı süresi engeli ile karşılaşmaması özellikle gözetilmiştir³¹.

4. İsviçre Hukukunda Durum

İsviçre hukukunda, rekabet ihlalinden dolayı zarar gören kimselerin tazminat hakları 9.10.1995 tarihli Karteller ve Diğer Rekabet Sınırlamaları Hakkında Federal Kanun'da³² (*Bundesgesetz über Kartelle und andere*

²⁹ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 15.07.2005 (BGBl. I S. 2114).

³⁰ David Ashton, *Competition Damages Actions in the EU and the UK* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2023), 159.

³¹ Jannik Otto, Patrick Hauser ve Simon Vande Walle, *Germany and the Netherlands - Research Handbook on Private Enforcement of Competition Law in the EU* (Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2023), 480.

³² Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (BBl 1995 I 468).

Wettbewerbsbeschränkungen - KG) düzenlenmektedir. Rekabet ihlalinin doğan tazminat taleplerini konu alan art.12/1-b KG hükmünde, rekabet ihlali dolayısıyla zarar görenlerin İsviçre Borçlar Kanunu³³ (*Obligationenrecht* - OR) hükümlerine göre tazminat talep edebileceği belirtilmiş; bunun dışında tazminat davasına ilişkin başkaca özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

İsviçre hukukunda rekabet ihlali bir haksız fiil olarak kabul edilmektedir³⁴. Bu sebeple de rekabet ihlali dolayısıyla zarar gören kimselerin açacakları tazminat davalarında da haksız fiile ilişkin OR hükümleri uygulanmaktadır³⁵. Art.60 OR hükmünde ise haksız fiil dolayısıyla açılacak tazminat talebinin, zararın ve failin öğrenildiği andan itibaren üç; her halükârda zararı doğuran eylemin işlendiği veya son bulunduğu tarihten itibaren ise on yılda zamanaşımına uğrayacağı düzenlenmektedir.

C. TAZMİNAT SORUMLULUĞUN HUKUKİ NİTELİĞİ

RKHK m.57 hükmü, rekabet ihlali dolayısıyla zarar görenlerin tazminat hakkı bahsetmiş ve böylece zarar verici eylemin faili olan teşebbüs veya teşebbüslere de bir tazminat sorumluluğu yüklemiştir; RKHK m.58 ise bu sorumluluğu gündeme getirecek tazminat davasının detaylarını belirlemiştir. Bu detaylar arasında davanın tabi olacağı zamanaşımı süresine yer verilmemesi ise, bu konuda genel hükümlere müracaat edilmesini zorunlu kılmaktadır. Ne var ki müracaat edilecek genel hükümleri belirlemek için öncelikle RKHK m.57 vd. hükümlerindeki hukuki sorumluluğun niteliğini tespit etmek gerekir.

Yukarıda da değinildiği üzere hukuki sorumluluk doğuran eylemlerden ilki RKHK m.4 uyarınca rekabeti engelleyen, bozan veya kısıtlayan anlaşmalar ile bu yöndeki teşebbüs birlikleri kararlarıdır. Devamla, RKHK m.6'da hakim durumun kötüye kullanılması bir diğer rekabet ihlali olarak karşımıza çıkmaktadır. Nihayet birleşme ve devralmaların kontrolüne yönelik RKHK m.7 hükmünün çizdiği hukuki çerçeveyi ihlal etmek de bu kanuna aykırı bir diğer eylem olarak karşımıza çıkmaktadır.

RKHK m.57 hükmünde, m.4 ve m.6'ya aykırı eylemlerin tazminat sorumluluğu doğuracağı açıkça belirtilmiştir. RKHK m.4 hükmünde teşebbüslerin bir anlaşma yaparak veya uyumlu eylemde bulunarak bir mal veya hizmet piyasasında rekabeti engelleme bozma veya kısıtlamaları yahut bu sonuç doğmamış

³³ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (BBl 1905 II 1).

³⁴ Reto Jacobs, *Zivilrechtliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis* (Zürich: Schulthess Verlag, 2006), 210; Andreas Heinemann, *Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen für Kartellverstöße, Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht. VII* (Zürich: Schulthess Verlag, 2014), 135-163, 160.

³⁵ Reto Jacobs, *Basler Kommentar - Kartellgesetz* (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2021), Art.12, N. 85 vd.

olsa bile böyle bir amaç taşımaları yasaklanmıştır. Yine teşebbüs birliklerinin bu yöndeki karar ve eylemleri de yasak kapsamına alınmıştır. Sadece RKHK m.4 hükmünde bu eylemlerin hukuka aykırı olduğunun belirtilmesi ile yetinilmemiş; RKHK m.56'da bu tür anlaşma ve kararların geçersiz olduğu ayrıca vurgulanmıştır. Yine, RKHK m.6'da, bir veya birden fazla teşebbüsün, bir mal veya hizmet pazarındaki hakim durumunu kötüye kullanması ve böylece rakiplere ve üçüncü kişilere zarar vermesi yasaklanmıştır.

RKHK m.4 veya m.6'ya aykırı eylemler haksız fiil niteliğindedir³⁶. Nitekim birden fazla teşebbüsün bir anlaşma yaparak rekabeti ihlal etmeleri ve rakip veya üçüncü kişilere bu nedenle zarar vermeleri yahut bir teşebbüsün bir pazardaki hâkim durumunu kötüye kullanması bir kanun hükmü tarafından yasaklanan ey-

³⁶ Pelin Güven, *Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2002), 372; Tekinalp, "Yasağına Aykırılığın Özel Hukuka İlişkin Sonuçları", 259; Dilek Cengiz, *Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2006), 367; Kerem Cem Sanlı, "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı'nın Özel Hukuk Alanında Getirdiği Değişikliklerin Değerlendirilmesi", *Rekabet Dergisi*, S. 30 (2007), 3-71, 24; Topçuoğlu, "Üç Kat Tazminat," 6; Mustafa Ateş, "Rekabet Hukukunun Özel Hukukla İlişkisi", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 29, S. 3 (2013) 94; Gündüz ve Koyuncu, "Usulî Engeller", 117; Hilal Utku, Belit Polat ve Seda Deniz, "Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davalarında Usul Sorunları", *Rekabet Dergisi* 13, S. 1 (2012), 103-136, 107 vd.; İlhan Yiğit, *Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013), 5; Aydın Öztunalı, *Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2014), 167; Şahin Ardiyok ve Ali İlicak, "Yakın Dönem Rekabet Kurulu Kararlarının Ampirik Analizi: İdarenin Tazminat Davalarına Katkı Düzeyi", *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu* (İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2013), 493; Kesici, *Haksız Fiil Sorumluluğu*, 18; Arslan Kaya ve İlhan Yiğit, "Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Davalarında Zamanaşımı Süresi ve Başlangıcı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi* 22, S. 3 Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan (2016), 1549-1567, 1550; Hüseyin Murat Develioğlu, "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Rekabete Aykırı Davranışlar Sebebiyle İleri Sürülen Taleplerle İlgili Zamanaşımı Süresinin Başlangıç Anı", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, S. 151-152, (2017), 47-67, 49; Kerem Cem Sanlı, Buğra Kesici ve Cihan Doğan, "Güncel Yargı Tatbikatı Işığında Rekabet Kurulu'nun 12 Banka Kararı Üzerine Açılan Tazminat Davaları Bağlamında Ampirik Bir İnceleme", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 34, S. 4 (2018), 123-200, 192; Sami Kocabıyık, "Rekabet İhlalinden Doğan Tazminat Davasında Mahkeme ile Rekabet Kurulu Arasındaki İlişki Sorunu", *Terazi Hukuk Dergisi* 14, S. 155 (2019), 1371-1382, 1374; Özcan Günergök, "Rekabet İhlallerinden Kaynaklanan Tazminat Davalarında Zamanaşımı", *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 9, S. 3 (2022), 1751-1775, 1754; Demirtaş, *Sorumluluk*, 171. Yargıtay da rekabet ihlalinin haksız fiil oluşturduğu görüşündedir. Bkz.Y11.HD, 25.03.2014, E.2012/15359, K.2014/5834 (<https://karararama.yargitay.gov.tr> - Erişim tarihi: 16.12.2023); Y11.HD, 30.03.2015, E. 2014/13926, K. 2015/4424 (<https://karararama.yargitay.gov.tr> - Erişim tarihi: 16.12.2023); Y11.HD, 27.10.2015, E. 2015/3450, K.2015/11139 (<https://karararama.yargitay.gov.tr> - Erişim tarihi: 16.12.2023); Y11.HD, 29.03.2016, E.2015/7405, K.2016/3442 (<https://karararama.yargitay.gov.tr> - Erişim tarihi: 16.12.2023); Y.HGK, 30.05.2018, E.2017/19, K.2018/1151 (<https://karararama.yargitay.gov.tr> - Erişim tarihi: 16.12.2023); Y11.HD, 01.07.2019, E.2019/1672, K.2019/5015 (<https://karararama.yargitay.gov.tr> - Erişim tarihi: 16.12.2023); Y11.HD, 28.03.2022, E.2021/7383, K.2022/2486 (<https://karararama.yargitay.gov.tr> - Erişim tarihi: 16.12.2023). Aksi görüş, Murat Topuz, "Uyumlu Eylem Yolu ile Kartel Oluşturan Bankaların Tüketicie Karşı Sorumluluklarının Hukuki Dayanağı", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, S. 1 (2017), 189-206, 191 vd. Yazar bu sorumluluğun sözleşmeye aykırılık esasına dayandığını savunmaktadır.

lemelerdir ve üçüncü kişilerin hukuken korunan menfaatlerini ihlal etmektedir. Bu sebeple de bu eylemler, TBK m.49 anlamında birer haksız fiil örneği oluştururlar. Hukuka aykırılığın RKHK m.4 çerçevesinde bir anlaşmanın akdedilmesi ile gerçekleşmiş olması da bunu sözleşmeden doğan sorumluluk olarak nitelendirmeye olanak vermemektedir³⁷. Zira burada sözleşme ile öngörülen herhangi bir yükümlülüğe aykırılık söz konusu değildir³⁸. Benzer şekilde, fail ile mağdur arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunması da kanaatimizce sonuca etkili olmamalıdır³⁹. Örneğin ilgili pazardaki hâkim durumunu kötüye kullanarak müşterisine aşırı fiyat uygulayan bir teşebbüsün eylemindeki aykırılık da, aşırı fiyat unsurunu içeren nispi borç ilişkisine, yani sözleşmeye değil, aşırı fiyat uygulamasını, yani hakimiyetin kötüye kullanılmasını, yasaklayan kanun hükmüne⁴⁰ (RKHK m.6) aykırılıktır.

RKHK m.57 hükmünde, tazminat sorumluluğu düzenlenirken sadece m.4 ve m.6'daki eylemler sayılmış fakat birleşme ve devralmaların kontrolüne ilişkin m.7'ye atıf yapılmamıştır. Bu ise, RKHK m.7'ye aykırılığın hukuki sorumluluk doğurup doğurmayacağı tartışmasına yol açmıştır. Öğretideki bir görüş⁴¹, RKHK m.7'nin emredici bir düzenleme olmasından hareketle, hükme aykırı bir eylemin yeterli olduğunu ve hükmün ihlal edilmesinin hukuki sorumluluğa sebebiyet verebileceğini savunmaktadır. Buna karşılık diğer bir görüş⁴² ise, RKHK m.7'nin

³⁷ Aksı görüş Akipek Öcal, Kırkbeşoğlu ve Tokbaş, *Sorularla 12 Bankaya Karşı Üç Kat Tazminat*, 94.

³⁸ Krş. Kerem Cem Sanlı, "Rekabet Kurulu'nun 12 Banka Hakkında Verdiği İhlal Kararı Üzerine Açılmakta Olan Tazminat Davaları Hakkında Bazı Düşünceler", *Legal Hukuk Dergisi* 16, S. 183 (2018), 1089-1158, 1145 vd. Yazar RKHK m.6'ya aykırı bir şekilde bir hakim teşebbüsün aşırı fiyat uygulaması yapması halinde hukuka aykırı olanın fiyatlandırma eylemi olduğunu, bu anlamda yasaklananın doğrudan dikey ilişkilerdeki fiyat veya diğer koşulları olduğunu belirtmektedir.

³⁹ Zekeriyya Arı, *Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı ve Hukuki Sonuçları* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2004), 215; Metin İkizler, *Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005), 357, dn. 310; Kesici, *Haksız Fiil Sorumluluğu*, 17-19; Krş. Cihan Doğan, "Rekabet Hukuku İhlalinden Doğan Sorumluluğun Hukuki Temeli ve Buna Bağlı Sorunlara İlişkin Kısa Bir Değerlendirme", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 33, S. 4 (2017), 271-313, 277. Krş. Develioğlu, "Zama-naşımı Süresinin Başlangıç Anı", 50. Yazar, zarar gören ile eylemin faili arasında bir sözleşmesi ilişkisi bulunması halinde zarar görenin ister haksız fiile, isterse sözleşmeden doğan sorumlulukla ilgili düzenlemelere dayanabileceği görüşündedir.

⁴⁰ Burada aykırılığın bir sözleşmeye değil kanuna dayandığının belirtilmesi, bu sorumluluğu kanundan kaynaklanan sorumluluk olarak nitelemeye yol açmamalıdır. Kastedilen, sorumluluğa sebebiyet veren eylemin sözleşme ile öngörülen bir yükümlülüğe dayanmadığının vurgulanmasıdır. Nitekim bir eylemin haksız fiil olabilmesi için gereken ilk unsur hukuka aykırı bir eylemin varlığıdır ve bu çerçevede hukuka aykırılık RKHK m.4 veya m.6 hükümlerinin ihlal edilmesidir. Konuya ilişkin ayrıntılı bir tartışma için bkz. Kesici, *Haksız Fiil Sorumluluğu*, 18, dn. 31.

⁴¹ İ. Yılmaz Aslan, *Rekabet Hukuku - Teori, Uygulama ve Mevzuat* (Bursa: Ekin Yayınevi, 2017), 1137; Güven, *Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi*, 372 vd; Tekinalp, "Yasağına Aykırılığın Özel Hukuka İlişkin Sonuçları", 261; Topçuoğlu, "Üç Kat Tazminat", 16; Doğan, "Kısa Bir Değerlendirme", 277.

⁴² Nurkut İnan, "4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II*, (Ankara: Rekabet Kurumu Yayını, 2004), 48; Osman Berat Gürzumar, "Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Kanun", *4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak, Sempozyum, 7-8 Ekim 2005*, Yayın No 426 (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku

yalnızca piyasanın yapısının korunmasıyla ilgili olmasını temel alarak, bu hükme aykırı yoğunlaşmaların hukuki bir sorumluluğa sebebiyet vermeyeceği fikrinde- dir. Gerçekten kanaatimizce de RKHK m.7, piyasalardaki yoğunlaşmaları kontrol altında tutulmasını amaçlayan bir hükümden ibarettir. Salt bu hükme riayet edilmemesi, hukuki sorumluluğu gerektirecek bir netice de doğurmamaktadır. Hükümde öngörülen kontrol mekanizmasını dolanan bir yoğunlaşma sebebiyle bir teşebbüs piyasada hakim duruma gelir ve devamında da hakimiyetini kötü- ye kullanırsa bu eylem zaten RKHK m.6'ya aykırı olacak ve RKHK m.57'nin atfıyla hukuki sorumluluk doğuracaktır. Haliyle, RKHK m.7'nin ihlaline hukuki sorumluluk sonucunu bağlamanın pratik bir anlamı da bulunmamaktadır. Dolayısıyla, sadece RKHK m.57'nin lafzı değil, RKHK m.7'nin öngörülme amacı ve işlevi de, bu hükümde öngörülen yoğunlaşma kontrolü mekanizmasına aykırı birleşme ve devralmaları için hukuki sorumluluk kapısını kapatmıştır.

Görüldüğü üzere RKHK m.57 vd. hükümleri rekabeti ihlal eden teşebbüslere bir hukuki sorumluluk yüklemiş ve bu çerçevede rekabet ihlalinden zarar gören kimselere de tazminat hakkı bahşetmiştir. Burada rekabet ihlali oluşturan eylemler TBK m.49 anlamında hukuka aykırı eylemlerdir⁴³ ve bu eylemlerden doğan sorumluluk da haksız fiil sorumluluğudur. O halde, RKHK m.58'de düzenlenen davanın tabi olacağı zamanaşımı süresi belirlenirken de haksız fiil sorumluluğuna ilişkin zamanaşımı süreleri öngören TBK m.72 hükmü belirleyici olmalıdır.

D. TÜRK BORÇLAR KANUNU M.72'YE GÖRE ZAMANAŞIMI SÜRESİ

1. Genel Olarak

Rekabet ihlali haksız fiil niteliğinde bir eylem olduğu için RKHK m.58'e dayalı olarak açılacak tazminat davaları, TBK'nın haksız fiil sorumluluğuna ilişkin m.72'de belirlenen sürelerle tabidir. TBK m.72/1 uyarınca *"Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır."* Buna göre haksız fiile dayalı tazminat talepleri, normal (iki yıl), azami (on yıl) ve istisnai (ceza zamanaşımı) olmak üzere üç tür zamanaşımı süresine tabidir. Bu çerçevede öncelikle TBK uyarınca haksız fiilden kaynaklanan dava hakkının tabi olduğu zamanaşımı konusunda genel bir değerlendirme yapmak gerekir.

Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2005), s. 28; Sanlı, "Değişikliklerin Değerlendirilmesi", 27 vd; Yiğit, *Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu*, 5 vd; Ardiyok ve Ilıcak, "İdarenin Tazminat Davalarına Katkı Düzeyi", 505; Utku, Polat ve Deniz, "Tazminat Davalarında Usul Sorunları", 360; Kesici, *Haksız Fiil Sorumluluğu*, 99 vd.

⁴³ Haksız fiil niteliğinde olan rekabet ihlalinin ceza hukuku bağlamında *kabahat* niteliği ve bu durumun davanın tabi olacağı zamanaşımı tartışmasına etkisi aşağıda "II. E. Kabahatler Kanunu m.20'deki Sürenin Uygulanabilirliği Sorunu" başlığında ayrıntılı olarak ele alınmaktadır.

2. Normal Zamanaşımı Süresi

TBK m.72/1'de normal zamanaşımı süresi iki yıl olarak belirlenmiştir. Bu süre zarar görenin, zararı ve tazminat yükümlüsünü, yani faili öğrendiği tarihte başlamaktadır. Dikkat edilmelidir ki bu zamanaşımı süresinin başlaması için aranan koşul, zararın ve tazminat yükümlüsünün öğrenilmesi unsurlarının kümülatif gerçekleşmesi gerekliliğidir⁴⁴. Yani sadece zararı yahut sadece tazminat yükümlüsünü öğrenmek yetmez; her iki unsura da vakıf olmak gerekir. Bu sebeple, iki unsurun da aynı anda öğrenildiği durumlarda süre zaten bu tarihten itibaren başlayacaktır. Ancak birinin diğerinden daha sonra öğrenilmesi varsayımında, kümülatif gerçekleşme gerekliliği ikinci unsuru öğrenme anında sağlanmış olacağından, iki yıllık süre de ikinci unsuru öğrenme anında başlayacaktır⁴⁵.

Zararı öğrenmek, tam olarak zararın kesin miktarını öğrenmek demek değildir⁴⁶. Zararın varlığını, niteliğini ve bir tazminat davası açabilmek ve ciddi bir şekilde yürütebilmek için yeterli olacak ölçüde zarara ilişkin temel unsurları öğrenmek yeterlidir⁴⁷. Tazminat yükümlüsünü öğrenmek için ise haksız fiilin failinin kimliği konusunda kesin bir bilgiye sahip olmak gerekir⁴⁸. Haksız fiilden birden fazla kişinin sorumlu olması durumunda, zamanaşımı süresi hangi failin kimliği öğrenildi ise ona karşı işlemeye başlayacaktır⁴⁹.

Diğer yandan, TBK m.72/1 hükmü iki yıllık sürenin zarar görenin, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği anda başlayacağını belirtmiş; öğrenebilecek durumda olup olmamaya dair bir düzenleme getirmemiştir. Bu sebeple de zarar görenin, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten daha önceki bir dönemde bu hususları öğrenebilecek durumda olmasının TBK m.72/1 açısından bir önemi bulunmamaktadır⁵⁰. Bu kurguda iki yıllık süre, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrenebilecek durumda olduğu daha önceki tarihte değil, fiilen öğrendiği tarihte işlemeye başlayacaktır.

⁴⁴ Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2022), 611; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I. (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2022), 77; M. Murat İnceoğlu, Ece Baş Süzel ve Asuman Aytekin İnceoğlu, "Haksız Fiil Zamanaşımı ve Suçsuzluk Karinesiyle İlişkisi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, S. 145-146 (2016), 149-209, 152.

⁴⁵ Develioğlu, "Zamanaşımı Süresinin Başlangıç Anı", 56.

⁴⁶ Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993), 718; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 78.

⁴⁷ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku*, 718; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 78; İnceoğlu, Baş Süzel ve Aytekin İnceoğlu, "Haksız Fiil Zamanaşımı", 159; Murat Topuz, "Yargıtay Kararları Çerçevesinde Zamanaşımının İşlemeye Başlaması İçin Gerekli Koşullardan Olan 'Zararın Öğrenilmesi' Olgusu (TBK m.72)", *Terazi Hukuk Dergisi* 14, S. 157 (2019), 1774-1782, 1776 vd.

⁴⁸ İnceoğlu, Baş Süzel ve Aytekin İnceoğlu, "Haksız Fiil Zamanaşımı", 162.

⁴⁹ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 78.

⁵⁰ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 77.

Zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten daha sonraki bir dönemde, önceden öğrendiği zararını aşan boyutta başka bir zararının bulunduğunu öğrenmesi varsayımında, elbette ki iki yıllık süre sonradan öğrenilen zarar tarihinde yeniden başlayacaktır.

3. Azami Zamanaşımı Süresi

TBK m.72/1 uyarınca haksız fiil sebebiyle tazminat davası açma hakkı, normal zamanaşımı süresinden bağımsız olarak, zarara sebebiyet veren hukuka aykırı eylemin gerçekleşme tarihinden itibaren her hâlükârda on yıl sonra zamanaşımına uğrar. Bu süre, zarar görenin dava hakkını kullanabileceği en son tarihi belirtmektedir ve normal zamanaşımı süresi içinde olmak kaydıyla hakkın kullanılabilirliği son anı gösterir. Dolayısıyla, zarar gören, zararı veya tazminat yükümlüsünü öğrenemese ve normal zamanaşımı süresi başlamasa dahi azami zamanaşımı süresi olan on yılın dolması ile birlikte dava hakkı zamanaşımına uğrayacaktır⁵¹. Hatta hukuka aykırı eylemin işlenmiş olması yeterli olup, zararın doğması gerekmez⁵².

Zarara sebebiyet veren eylemin süreklilik arz eden bir eylem olması durumunda, şüphesiz ki bu süre eylemin son bulduğu tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır⁵³.

4. Ceza Zamanaşımı Süresi

İki yıllık normal ve on yıllık azami sürenin haricinde TBK m.72/1'de bir ceza zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Buna göre zarara sebebiyet veren eylem, aynı zamanda ceza kanunları uyarınca cezayı gerektiren bir fiil olarak nitelenmiş ise ve bu fiil için ceza kanunlarında daha uzun bir zamanaşımı süresi⁵⁴ öngörülmüş ise, bu süre tazminat davası için de uygulanacaktır. Buradaki amaç, haksız fiil sorumluluğu doğuran bir eylemden dolayı aleyhine aynı zamanda ceza dava-

⁵¹ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 80.

⁵² Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku*, 720; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 80; O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. VI/1,2 (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 618. Buna karşılık Yargıtay, istikrar kazanmamış bir kararında aksi görüş belirtmiş ve hukuka aykırı eylemin gerçekleşmesine rağmen henüz zarar ortaya çıkmamışsa, zamanaşımı süresinin zararın doğduğu tarihte başlayacağını içtihat etmiştir (Y4.HD. 13.05.2002, E.2002/4491, K.2002/5701 - Kesici, *Haksız Fiil Sorumluluğu*, 348, dn.523). Ayrıntılı bilgi için bkz. Inceoğlu, Baş Süzel ve Aytekin Inceoğlu, "Haksız Fiil Zamanaşımı", 164.

⁵³ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 80.

⁵⁴ 5237 sayılı ve 26/9/2004 tarihli Türk Ceza Kanunu (TCK - 12.10.2024 tarihli ve 25611 sayılı RG) m.66'da düzenlenen "dava zamanaşımı", kanunda öngörülen zamanaşımı süresinin geçmesi halinde devletin artık o suçla ilgili yargılama yapamayacağını ifade eder. TCK m.68'de ise "ceza zamanaşımı" düzenlenmektedir. Bu ise, öngörülen sürenin dolması halinde artık o cezanın infaz edilemeyeceği anlamına gelmektedir. TBK m.72/1'de atıfta bulunulan zamanaşımı ise TCK m.66'da düzenlenen "dava zamanaşımı"dır [Günergök, "Tazminat Davalarında Zamanaşımı", 1758; Inceoğlu, Baş Süzel ve Aytekin Inceoğlu, "Haksız Fiil Zamanaşımı", 191 vd; Hayrunnisa Altın, "Haksız Fiillere Ceza Kanunlarındaki Zamanaşımının Uygulanması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 69, S 1 (2020), 1-32, 6].

sı da açılabilir bir kişiye karşı zarar gören kimsenin, sırf normal veya azami zamanaşımı sürelerinin dolması sebebiyle tazminat davası açma hakkını yitirmesi sonucundan kaçınmaktadır⁵⁵. Zarara uğrayan kişiye zararının tazminini dava edebilmek için daha kısa bir zamanaşımı süresinin tanınması durumunda devlet, kendisi o eylemden dolayı faili cezalandırabilecekken zarar gören kişi hakkını aramaktan mahrum kalabilecektir⁵⁶. İşte daha uzun olan ceza zamanaşımı süresini hukuk davası için de geçerli kılmak bu hakkaniyetsiz sonucu bertaraf edecektir.

Ceza zamanaşımı süresinin hukuk davası için de uygulanabilmesi için, eylemin ceza kanunlarına göre cezayı gerektiren bir fiil olması yeterlidir. Ayrıca bu fiil için öngörülen cezanın infaz edilmesi, hatta soruşturma veya kovuşturma başlatılmış dahi gerekli değildir⁵⁷.

E. KABAHAHLER KANUNU M.20'DEKİ SÜRENİN UYGULANABİLİRLİĞİ SORUNU

1. Genel Olarak

TBK m.72/1 hükmü, haksız fiilden doğan tazminat talepleri için iki ve on yıllık zamanaşımı süresi öngörmüş ve devamlı eylemin ceza kanunlarına göre cezayı gerektiren bir fiil olması halinde ve ceza kanunlarında o fiil için belirlenen zamanaşımı süresinin daha uzun olması halinde tazminat davası için de bu sürenin uygulanacağını belirtmiştir. RKHK m.57 vd. hükümlerinde rekabet ihlali nedeniyle zarar gören kimsenin açacağı tazminat davaları için bir zamanaşımı süresi öngörülmediği ve rekabet ihlali de haksız fiil niteliğinde olduğu için, TBK m.72'deki düzenleme bu davalar için de uygulanacaktır. Bu bağlamda iki yıllık normal ve on yıllık azami zamanaşımı süresi açısından kural olarak bir sorun bulunmamaktadır. Ancak, rekabet ihlalinin TBK m.72/1 bağlamında ceza kanunları gereğince cezayı gerektiren bir fiil olup olmadığı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır.

2. Kabahatler Kanunu m.20'deki Zamanaşımının Türk Borçlar Kanunu m.72/1 Bağlamında "Ceza Zamanaşımı" Olarak Görülüp Görülemeyeceği

RKHK'nın İkinci Kısmının Üçüncü Bölümü, "İdari Para Cezaları" başlığını taşımaktadır. Aynı şekilde RKHK'nın "İdari Para Cezası" başlıklı m.16 hükmünde, kanuna esas ve usul bakımından muhalefet edilmesi idari para cezasını gerektiren fiiller olarak sayılmıştır. Bu çerçevede, konu açısından arz ettiği önem sebebiyle RKHK m.16/3'ye özellikle değinmek gerekir. Nitekim bu hükümde kanun koyucu, "Bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda

⁵⁵ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 81; İnceoğlu, Baş Süzel ve Aytekin İnceoğlu, "Haksız Fiil Zamanaşımı", 171 vd.

⁵⁶ Kaya ve Yiğit, "Zamanaşımı Süresi ve Başlangıcı", 1559.

⁵⁷ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku*, 723; Mustafa Sonkurt, "Olağanüstü Zamanaşımının Haksız Fiillere Uygulanması", *Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi* 7, S. 1 (2023), 1-36, 14.

bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir.” düzenlemesine yer vermiştir.

Görüldüğü üzere RKHK m.16/3 uyarınca, bu kanuna aykırı olan eylem, karar veya anlaşmalar ile rekabetin engellenmesi, bozulması yahut kısıtlanması veya belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu kötüye kullanılması RKHK’da açıkça idari para cezasını gerektiren fiiller olarak belirlenmiştir⁵⁸.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu⁵⁹ (KK) m.2’de kabahat kavramı “kanunun, karşılığında idarî yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık” şeklinde tanımlanmıştır. Devamla KK m.16/1’de de kabahatler karşılığında uygulanacak olan idarî yaptırımların “idarî para cezası” ve “idarî tedbirler” olduğu ifade edilmiştir. Kabahatlerin tabi olduğu zamanaşımı süresi ise KK m.20’de düzenlenmektedir. KK m.20/2 hükmünde maktu idari para cezaları için kademeli olarak azalan (beş, dört ve üç yıl) zamanaşımı süreleri öngörülmüş iken m.20/3 hükmünde ise nispi para cezasını gerektiren kabahatlerde zamanaşımı süresi sekiz yıl olarak belirlenmiştir.

Anılan hükümlerin birlikte değerlendirildiğinde görülmektedir ki RKHK m.16/3 uyarınca idari para cezasını gerektiren rekabet ihlalleri, KK m.2 ve m.16/1 uyarınca “kabahat” olarak nitelendirilecektir ve bu ihlaller için öngörülen idari para cezaları KK m.20/3 uyarınca sekiz yıllık soruşturma zamanaşımı süresine tabi olacaktır. O halde bu noktada ele alınması gereken husus, KK m.2 ve 16/1 uyarınca kabahat olarak nitelendirilen rekabet ihlallerinin TBK m.72/1 tahtında “ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiil” olup olmadığı meselesidir.

Öğretide bu konuda iki farklı görüş bulunmaktadır. Birinci görüşü savunanlara göre rekabet ihlallerinden kaynaklanan tazminat davalarında ceza zamanaşımının uygulanması olanaklı değildir⁶⁰. Zira bu görüşe göre ceza zamanaşımının uygulanabilmesi için eylemin suç vasfında olması ve cezayı gerektirmesi gerekir.

⁵⁸ RKHK’nın “Para Cezaları ve Süreli Para Cezalarında Zamanaşımı” başlıklı m.19 hükmünün ilk hali, Rekabet Kurulu’nun ihlaller için idari para cezası verme yetkisini beş yıllık bir zamanaşımı süresine tabi tutmuş iken, 5728 sayılı ve 23.01.2008 tarihli Kanun (08.02.2008 tarihli ve 26781 sayılı RG) ile bu hüküm yürürlükten kaldırılmıştır.

⁵⁹ 5326 sayılı ve 30.03.2005 tarihli Kabahatler Kanunu (31.03.2005 tarihli ve 25772 mükerrer sayılı RG).

⁶⁰ Topçuoğlu, “Üç Kat Tazminat”, 48 vd; Yiğit, *Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu*, 326; Kesici, *Haksız Fiil Sorumluluğu*, 355, s. 357, dn. 548; Atilla Altop, “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4., 6. ve 7. maddelerinde Yasaklanmış Olan Eylemler Sonucunda Zarara Uğramış Olan Kişilerin Türk Borçlar Kanunu’nun Haksız Fiillere İlişkin Hükümleri Uyarınca İleri Sürdükları Tazminat Taleplerine Uygulanacak Zamanaşımı Süresi”, *Fasikül Hukuk Dergisi* 10, S. 100 (2018), 47-55, 51 vd.; Sanlı, “Tazminat Davaları Hakkında Bazı Düşünceler”, 1140; Demirtaş, *Sorumluluk*, 175 vd.

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu⁶¹ suçları “cürüm” ve “kabahat” olarak saymışken (m.1/2) yürürlükteki TCK’da kabahat kavramına yer verilmemiş; bu kavram KK’da düzenlenmiştir. Devamla, KK’nın Genel Gerekeç’inde kabahatleri suç olmaktan çıkarmaya yönelik bir hukuk politikasının gereği olarak kabahatlerin KK’da ele alındığı ifade edilmiştir. Yine TCK m.45/1’de cezalar “hapis” ve “adli para cezaları” olarak sayılmıştır.

İkinci görüşü savunan yazarlar ise KK m.20/3’te düzenlenen sekiz yıllık zamanaşımı süresinin TBK m.72 bağlamında ceza zamanaşımı olarak dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır⁶². Bu görüşe göre kabahatlerin ceza kanunu dışına çıkarılması ceza hukuku dışına da çıkarıldığı anlamına gelmemektedir. Para cezasının adli veya idari olarak nitelendirilmesi sadece suç tanımında değişiklik oluşturmaktadır. Bu fiillerin ceza yaptırımına tutulması değişmemiştir. Öte yandan, KK’da TCK’nın birçok hükmüne atıf yapılmış durumda olması da KK’nın da ceza kanunları arasında sayılması gerektiğini göstermektedir.

Kanaatimizce ikinci görüşün gerekçeleri daha isabetlidir ve bu doğrultuda KK m.20/3’teki sekiz yıllık süre TBK m.72/1 bağlamında “ceza zamanaşımı süresi” olarak kabul edilmeli ve rekabet ihlalinin doğan tazminat davalarına tatbik edilmelidir. Her şeyden önce TBK m.72 hükmü, sadece TCK’ya atıf yapmış değildir. Bu sebeple de kavramları sadece TCK ile sınırlı yorumlamak isabetli olmayacaktır. Bu çerçevede, TBK m.72/1 hükmünde geçen “ceza” kavramını da sadece TCK m.45/1 bağlamında “hapis” ve “adli para cezaları” ile sınırlı görmemek gerekir. Aynı şekilde, TBK m.72/1 hükmünde, eylemin cezayı gerektiren bir fiil olması yeterli görülmüş; bunun teknik olarak suç vasfında olması koşulu da aranmamıştır. Hükümde, TCK yerine genel bir ifade olan “ceza kanunları” ifadesi tercih edilmiştir. O halde ceza hukukuna ilişkin diğer kanunlarda aynı fiil için farklı bir yaptırımın öngörülmesi ve bu yaptırımın daha uzun bir zamanaşımı süresine tabi tutulması halinde bu sürenin TBK m.72/1 kapsamında mütalaa edilmesinde bir engel bulunmamalıdır.

Öte yandan, kanunun yer ve zaman bakımından uygulanması, hukuka uygunluk nedenleri, kusurluluğu ortadan kaldıran haller ve teşebbüs gibi birçok konuda KK’da TCK’ya atıf yapılması⁶³, hatta kanunilik ilkesi gibi önemli bir ilkede ceza hukuku ile koşutluk sağlanması⁶⁴, idari para cezasının idare hukuku ile bağlantılı olmasına rağmen özünde ceza hukuku kapsamında olması⁶⁵ hatta

⁶¹ 765 sayılı ve 01.03.1926 tarihli Türk Ceza Kanunu (13.03.1926 tarihi ve 320 sayılı RG).

⁶² Cengiz, *Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem*, 420 vd; İlhan Yiğit, “Avrupa Birliğinin Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Davalarına İlişkin Direktifi Kapsamında Türk Rekabet Hukukuna Bakış”, *Rekabet Forumu*, S. 89 (2014), 12-30, s. 19 vd; Aslan, *Rekabet Hukuku*, 1152 vd; Kaya ve Yiğit, “Zamanaşımı Süresi ve Başlangıcı”, 1554; Günergök, “Tazminat Davalarında Zamanaşımı”, 1773. Krş. Sanlı, Kesici ve Doğan, “Ampirik Bir İnceleme”, 155.

⁶³ Yiğit, “Direktifi Kapsamında Türk Rekabet Hukukuna Bakış”, 20; Kaya ve Yiğit, “Zamanaşımı Süresi ve Başlangıcı”, 1554.

⁶⁴ Günergök, “Tazminat Davalarında Zamanaşımı”, 1773.

⁶⁵ Yiğit, “Direktifi Kapsamında Türk Rekabet Hukukuna Bakış”, 20.

yaptırımın adında dahi “ceza” ifadesine yer verilmesi⁶⁶ KK’nın ceza hukukunun bir parçası olduğunu açıkça göstermektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de 01.03.2006 tarihli bir kararında⁶⁷ açıkça “(...) 252 sayılı Yasa’nın 7. maddesiyle, çeşitli yasalarda hafif hapis veya hafif para cezası olarak öngörülen yaptırımlar idari para cezasına dönüştürülmüştür. Yaptırımın adının yasa ile “idari” olarak değiştirilmesinin, bu tür yaptırım uygulanacak eylemlerin gerçekte ceza hukuku alanına giren suç olma özelliklerini etkilemeyeceği açıktır.” şeklinde içtihat ederek kabahatin ceza hukuku karakterini vurgulamıştır.

Dolayısıyla, KK m.20/3 hükmünde yer alan sekiz yıllık zamanaşımı süresinin TBK m.72/1 anlamında “daha uzun ceza zamanaşımı süresi” olarak kabul edilmesi ve rekabet ihlaline dayalı olarak açılan tazminat davaları için de uygulanması konusunda tereddüt bulunmamalıdır.

3. Kabahatler Kanunu m.20’deki Zamanaşımının Türk Borçlar Kanunu m.72/1’deki Hangi Zamanaşımının Yerine Uygulanacağı

TBK m.72/1 hükmünde, eylemin ceza kanunları uyarınca cezayı gerektiren bir fiil olması ve bu fiil için ceza kanunlarında daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörülmüşse bu sürenin hukuk davası için de uygulanacağı belirtilmiş ve fakat iki yıllık normal zamanaşımının mı yoksa on yıllık azami zamanaşımının mı yerine uygulanacağı konusunda bir açıklık getirmemiştir.

Öğretide baskın olarak bu sürenin hem normal hem de azami zamanaşımı süresi yönünden etki doğurduğu kabul edilmekteyse de⁶⁸, KK m.20/3’teki zamanaşımının uygulanması açısından kanaatimizce bu sorunun bir önemi bulunmamaktadır. Zira TBK m.72/1 hükmü, “daha uzun bir zamanaşımı öngörme” unsurunu ceza zamanaşımı süresinin uygulanmasının bir koşulu olarak belirlemiştir. KK m.20/3’teki zamanaşımı süresi sekiz yıldır. Bu süre, TBK m.72/1’deki zamanaşımı sürelerinden iki yıllık normal zamanaşımı süresinden uzun ve fakat on yıllık azami zamanaşımı süresinden kısadır.

⁶⁶ Günergök, “Tazminat Davalarında Zamanaşımı”, 1773.

⁶⁷ AYM Kararı, 01.03.2006, E. 2005/105, K. 2006/35 (22.07.2006 tarihli ve 26236 sayılı RG). Aynı yönde AYM Kararı, 09.03.2006, E. 2006/34, K. 2006/37 (06.10.2006 tarihli ve 26311 sayılı RG); AYM Kararı, 06.04.2006, E. 2006/54, K. 2006/47 (06.10.2006 tarihli ve 26311 sayılı RG).

⁶⁸ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku*, 725; Veysel Başpınar ve Mehmet Altunkaya, “Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanaşımının Başlaması ve Süresi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 57, S. 1 (2008), 95- 131, 09; Muharrem Tütüncü, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Haksız Fiil Zamanaşımı”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, S. 1 (2012), 151-195, 172; Veysel Başpınar, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Haksız Fiilden Doğan Tazminat Taleplerinde Zamanaşımının Başlaması ve Süresi”, *Türkiye-İsviçre Karşılaştırmalı Hukuk Sempozyumu - I Borçlar Hukuku, Turkey-Swiss Comparative Law Symposium - I Law of Obligation* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2015), 77- 110, 91; İnceoğlu, Baş Sözel ve Aytekin Inceoğlu, “Haksız Fiil Zamanaşımı”, 192. Tartışma ve aksi görüşler için ayrıca bkz. Günergök, “Tazminat Davalarında Zamanaşımı”, 1759; Develioğlu, “Zamanaşımı Süresinin Başlangıç Anı”, 55.

O halde, TBK m.72/1'in açık lafzı karşısında, rekabet ihlaline dayalı olarak açılacak tazminat davaları bakımından, iki yıllık normal zamanaşımı süresi yerine ondan daha uzun olan KK m.20/3'teki sekiz yıllık zamanaşımı süresi uygulanacak; ancak on yıllık azami zamanaşımı süresi ise uygulanmaya devam edecektir⁶⁹. Zira KK m.20/3'teki zamanaşımı süresi TBK m.72/1'deki on yıllık azami zamanaşımı süresinden daha kısa olduğu için, azami zamanaşımı süresinin yerine uygulanması olanaklı değildir. Dolayısıyla, rekabet ihlali nedeniyle açılacak tazminat davaları, TBK m.72/1'deki iki yıllık normal zamanaşımı süresinin yerine uygulanacak olan sekiz yıllık uzun ceza zamanaşımı (KK m.20/3) ve on yıllık azami zamanaşımı (TBK m.72/1) sürelerine tabi olacaktır.

4. Yargıtay Uygulaması

KK m.20/3'te nispi idari para cezaları için öngörülen sekiz yıllık zamanaşımının RKHK m.57'ye dayalı olarak açılan tazminat davaları için de uygulanıp uygulanamayacağı konusundaki Yargıtay'ın uygulaması, zaman içinde değişiklik göstermiş ve istikrar kazanmıştır.

Konuya ilişkin olarak Yargıtay'ın tespit edebildiğimiz ilk kararı 11. HD'nin 25.03.2014 tarihli kararıdır⁷⁰. Bu kararda ilk derece mahkemesi RKHK m.58'den kaynaklanan tazminat talebi için 818 sayılı eski Türk Borçlar Kanunu⁷¹ (eTBK) m.60'ta düzenlenen haksız fiile ilişkin bir yıllık (TBK m.72/1 için iki yıl) normal zamanaşımı süresini uygulamış ve zamanaşımı nedeniyle davayı reddeden ilk derece mahkemesi kararı Yargıtay tarafından da onanmıştır.

Konuya ilişkin ikinci karar ise, Yargıtay 11. HD'nin 25.03.2014 tarihli kararı için karar düzeltme talebi üzerine aynı ihtilafa ilişkin olarak verilen 11. HD'nin 30.03.2015 tarihli kararıdır⁷². Bu kararında Yargıtay önceki içtihadını değiştirmiş ve rekabet ihlalinin idari para cezasını gerektirdiğini, bunun da KK m.20/3 uyarınca sekiz yıllık zamanaşımına tabi olduğunu, eTBK m.60 (TBK m.72) uyarınca bu sürenin ceza zamanaşımı süresi olarak kabul edilmesi gerektiğini ve dolayısıyla RKHK m.57'ye dayalı olarak açılan tazminat davalarının sekiz yıllık zamanaşımına tabi olduğunu içtihat ederek ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.

Yargıtay 11. HD'nin 13.04.2015 tarihli bir diğer kararında⁷³, ilk derece mahkemesi, RKHK m.57'ye dayalı olarak açılan tazminat davası için 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu⁷⁴ (eTTK) m.62'de (TTK m.60) haksız rekabet için öngörülen üç yıl-

⁶⁹ Develioğlu, "Zamanaşımı Süresinin Başlangıç Anı", 55.

⁷⁰ Y11.HD, 25.03.2014, E.2012/15359, K.2014/5834 (<https://karararama.yargitay.gov.tr> - Erişim tarihi: 16.12.2023).

⁷¹ 818 sayılı ve 22.04.1926 tarihli Türk Borçlar Kanunu (29.04.1926 tarihli ve 359 sayılı RG).

⁷² Y11.HD, 30.03.2015, E.2014/13296, K.2015/4424 (<https://karararama.yargitay.gov.tr> - Erişim tarihi: 16.12.2023).

⁷³ Y11.HD, 13.04.2015, E.2015/15, K.2015/5128 (<https://karararama.yargitay.gov.tr> - Erişim tarihi: 16.12.2023).

⁷⁴ 6762 sayılı ve 26.06.1956 tarihli Türk Ticaret Kanunu (09.07.1956 tarihli ve 9353 sayılı RG).

lık azami zamanaşımı süresini uygulamış ve davayı reddetmiştir. Yargıtay ise eTBK m.60'nin atfıyla KK m.20/3'teki sekiz yıllık zamanaşımı süresinin bu davalarda da uygulanması gerektiğini belirterek ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur⁷⁵.

27.10.2015 tarihli diğer bir kararında⁷⁶ da Yargıtay 11. HD, yine KK m.20/3'teki sekiz yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağını içtihat etmiştir. Karar oyçokluğu ile alınmıştır. Ancak karşı oy gerekçesi KK m.20/3'teki ceza zamanaşımı süresinin uygulanmasına değil, zamanaşımının başlangıç anına ilişkindir.

Yargıtay 11. HD'nin bir diğer kararı 29.03.2016 tarihli karardır⁷⁷. Bu karara konu ihtilafta ilk derece mahkemesi eTBK m.60'ta (TBK m.72) düzenlenen zamanaşımı süresinin dolması sebebiyle davayı reddetmiştir. İlk derece mahkemesinin ceza zamanaşımını uygulayıp uygulamadığı karardan anlaşılacaktır. Yargıtay ise olay tarihi itibarıyla eylemin 756 sayılı eski Türk Ceza Kanunu⁷⁸ (eTCK) m.102/4 hükmünde düzenlenen beş yıllık ceza zamanaşımına tabi olduğunu ve bu sürenin de dava konusu olayda dolduğunu belirterek ilk derece mahkemesi kararını onamıştır.

Konu hakkında Yargıtay'ın görüş değiştirdiği yukarıda bahsettiğimiz 11. HD'nin 30.03.2015 tarihli bozma kararı⁷⁹ sonrasında ilk derece mahkemesi, KK m.20/3'teki sekiz yıllık ceza zamanaşımı süresinin bu davalarda uygulanamayacağını ifade ederek direnme kararı vermesi üzerine dosya Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na intikal etmiştir. Hukuk Genel Kurulu ise 30.05.2018 tarihli kararında⁸⁰, bozma öncesinde verilen karar ile direnme kararındaki gerekçenin aynı olmadığından hareketle bunun teknik anlamda bir direnme kararı olmadığına hükmetmiş ve dosyanın 11. HD'ye gönderilmesine karar vermiştir. Dosyanın gönderildiği 11. HD ise, 01.07.2019 tarihli kararında⁸¹, KK'nın da ceza hukuku sistemine dahil olduğunu, cezayı gerektiren bir fiil olarak kabulünün gerektiğini, ceza kanunları sistematığının değişmesinin idari para cezasını "ceza" olmadığı anlamına gelmeyeceğini, bu sebeple davanın KK m.20/3'teki sekiz yıllık zamanaşımına tabi olduğunu ve belirterek davanın da bu süre içinde açıldığından hareketle ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.

⁷⁵ Öğretide de rekabet ihlali nedeniyle uğranılan zararın tazmini için açılacak davanın, davacının tacir olması halinde TTK'nın haksız rekabete ilişkin bir ve üç yıllık zamanaşımı hükümlerine tabi olması gerektiği yönünde isabetsiz bir görüş bulunmaktadır (Bkz. Topuz, "Uyumlu Eylem Yolu ile Kartel Oluşturan Bankalar", 196).

⁷⁶ Y11.HD, 27.10.2015, E. 2015/3450, K.2015/11139 (<https://karararama.yargitay.gov.tr> - Erişim tarihi: 16.12.2023).

⁷⁷ Y11.HD, 29.03.2016, E.2015/7405, K.2016/3442 (<https://karararama.yargitay.gov.tr> - Erişim tarihi: 16.12.2023).

⁷⁸ 756 sayılı ve 01.03.1926 tarihli eski Türk Ceza Kanunu (13.03.1926 tarihli 320 sayılı RG).

⁷⁹ Y11.HD, 30.03.2015, E.2014/13296, K.2015/4424 (<https://karararama.yargitay.gov.tr> - Erişim tarihi: 16.12.2023).

⁸⁰ Y.HGK, 30.05.2018, E.2017/19, K.2018/1151 (<https://karararama.yargitay.gov.tr> - Erişim tarihi: 16.12.2023).

⁸¹ Y11.HD, 01.07.2019, E.2019/1672, K.2019/5015 (<https://karararama.yargitay.gov.tr> - Erişim tarihi: 16.12.2023).

Yargıtay'ın bu davaların tabi olduğu zamanaşımı konusunu ele aldığı tespit edebildiğimiz son kararı 11. HD'nin 28.03.2022 tarihli kararıdır⁸². Bu kararında da bir önceki kararı olan 01.07.2019 tarihli kararındaki⁸³ gerekçeler aynı sonuca varmış ve KK m.20/3'teki sekiz yıllık zamanaşımı süresinin rekabet ihlalinden doğan tazminat davaları için de uygulanacağına hükmetmiştir.

Mevcut durumda, kanaatimizce rekabet ihlaline dayalı olarak açılan tazminat davalarının tabi olduğu zamanaşımı konusunda Yargıtay'ın görüşünün netlik ve istikrar kazandığını söylemek mümkündür. Buna göre KK m.20/3 hükmünde belirlenen sekiz yıllık zamanaşımı süresi, TBK m.72/1 bağlamında ceza zamanaşımı süresi olarak kabul edilecek ve bu hükmün atfı ile KK'daki bu zamanaşımı süresi RKHK m.57'ye dayalı olarak açılan davalara da uygulanacaktır.

F. DAVANIN TABİ OLACAĞI ZAMANAŞIMI SÜRESİNİN BAŞLANGIÇ ANI

Yukarıda da değinildiği üzere rekabet ihlali bir haksız fiil niteliğindedir ve bu sebeple de RKHK'da özel hüküm bulunmadığından rekabet ihlali nedeniyle açılacak tazminat davası için TBK m.72 hükmü uygulanacaktır. Hükümde iki yıllık normal zamanaşımı süresinin, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihte; on yıllık azami zamanaşımı süresi ise hukuka aykırı eylem tarihinde başlayacağı düzenlenmiştir. Ceza zamanaşımı için ise bir başlangıç anına yer verilmemiştir.

Zamanaşımının başlangıç anı konusunda öğretide bir görüş birliği yoktur. Hakim görüşü, *de lege lata* hukuka aykırılığın Rekabet Kurulu kararı ile öğrenileceği ve zamanaşımının bu tarihte başlaması gerektiğini savunmaktadır⁸⁴. Diğer bir görüşe göre ise, zararın ve failin öğrenilmesi her şeyden önce hukuka aykırılığın tespit edilmesini gerektirir. Bu tespit ise Rekabet Kurulu kararının kesinleşmesi ile mümkün olacağından zamanaşımı süresi kararın kesinleşme tarihinde başlayacaktır⁸⁵. Üçüncü bir görüş ise, Rekabet Kurulu kararının içeriğini öğrenmeden eylemin hukuka aykırılığına dair bir değerlendirme yapılamayacağı, bu sebeple zamanaşımı süresinin şikayetçi olanlar için gerekçeli Rekabet Kurulu kararının tebliği ile; üçüncü kişiler açısından ise gerekçeli kararın Rekabet Kurumu'nun internet sitesinde yayınlanması ile başlayacağı görüşündedir⁸⁶. Diğer bir görüşe göre, hem azami zamanaşımı süresi hem de normal zamanaşımı süresi yerine uygulanacak olan KK m.20/3'teki sekiz yıllık ceza zamanaşımı sü-

⁸² Y11.HD, 28.03.2022, E.2021/7383, K.2022/2486 (<https://karararama.yargitay.gov.tr> - Erişim tarihi: 16.12.2023).

⁸³ Y11.HD, 01.07.2019, E.2019/1672, K.2019/5015 (<https://karararama.yargitay.gov.tr> - Erişim tarihi: 16.12.2023).

⁸⁴ Cengiz, *Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem*, 419 vd; Yiğit, *Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu*, 322 vd.; Aslan, *Rekabet Hukuku*, 796 vd; Demirtaş, *Sorumluluk*, 176 vd; Orhan Sekmen, *Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu* (Ankara: Bilge Yayınevi, 2013), 121 vd.

⁸⁵ Kaya ve Yiğit, "Zamanaşımı Süresi ve Başlangıcı", 1566; Sanlı, "Tazminat Davaları Hakkında Bazı Düşünceler", 1138.

⁸⁶ Utku, Polat ve Deniz, "Tazminat Davalarında Usul Sorunları", 126-127.

resi, ihlalin gerçekleştiği tarihte başlayacaktır⁸⁷. Tespit edebildiğimiz son görüş ise, KK m.20/3'teki sekiz yıllık sürenin rekabet ihlali tarihinden itibaren başlayacağını, TBK m.72 anlamında zararı ve faili öğrenme, eylem tarihinden itibaren altıncı yıla kadar ne zaman gerçekleşirse gerçekleşsin, zarar görenin bu sekiz yıllık sürede dava açabileceğini, altıncı yıl ile sekizinci yıl arasında öğrenmenin gerçekleşmesi halinde ise öğrenme anından itibaren iki yıl içinde dava açılabilirliğini, sekizinci yıldan sonra öğrenmenin gerçekleşmesi halinde ise en geç on yıllık azami süre içinde davanın açılması gerektiğini savunmaktadır⁸⁸.

Yargıtay'ın bu konudaki uygulamasının ise istikrarlı olduğunu söylemek mümkündür. Konuya ilişkin olarak tespit edebildiğimiz tüm kararlarda⁸⁹, davacı, davalıyı öncesinde Rekabet Kurumu'na şikâyet etmiştir. Yargıtay da davacının zararı ve tazminat yükümlüsünü bu tarihte öğrendiğini benimseyerek zamanaşımı süresinin bu tarihten itibaren işleyeceğini içtihat etmiştir.

Dikkat edilmelidir ki Yargıtay, sadece eTBK m.60'taki bir yıllık (TBK m.72'de iki yıl) normal zamanaşımı süresinin uygulanacağını belirttiği 11. HD'nin 25.03.2014 tarihli ilk ve ayrık kararı değil, KK m.20/3'teki sekiz yıllık ceza zamanaşımı süresinin uygulanacağını belirttiği diğer tüm kararlarında da zamanaşımının başlangıç anını TBK m.72 bağlamında "zararın ve tazminat sorumlusunun öğrenildiği tarih" olarak değerlendirmiştir.

Kanaatimizce bir zamanaşımı süresinin başlangıç anı, zamanaşımı hangi hukuk disiplini için öngörülmüşse ona göre belirlenmelidir⁹⁰. Ceza zamanaşımı da ceza hukukuna ilişkin olduğu için, zamanaşımının başlangıç anı da ceza hukukuna göre belirlenmelidir ve TCK m.66/6 uyarınca⁹¹ bu süre kural olarak eylem tarihinde başlayacaktır⁹². O halde, TCK m.66/6 hükmü karşısında ceza zamanaşımı

⁸⁷ Günergök, "Tazminat Davalarında Zamanaşımı", 1773.

⁸⁸ Develioğlu, "Zamanaşımı Süresinin Başlangıç Anı", 61 vd.

⁸⁹ Y11.HD, 25.03.2014, E.2012/15359, K.2014/5834 (<https://karararama.yargitay.gov.tr> - Erişim tarihi: 16.12.2023); Y11.HD, 27.10.2015, E.2015/3450, K.2015/11139 (<https://karararama.yargitay.gov.tr> - Erişim tarihi: 16.12.2023); Y11.HD, 29.03.2016, E.2015/7405, K.2016/3442 (<https://karararama.yargitay.gov.tr> - Erişim tarihi: 16.12.2023); Y.HGK, 30.05.2018, E.2017/19, K.2018/1151 (<https://karararama.yargitay.gov.tr> - Erişim tarihi: 16.12.2023); Y11.HD, 01.07.2019, E.2019/1672, K.2019/5015 (<https://karararama.yargitay.gov.tr> - Erişim tarihi: 16.12.2023); Y11.HD, 28.03.2022, E.2021/7383, K.2022/2486 (<https://karararama.yargitay.gov.tr> - Erişim tarihi: 16.12.2023).

⁹⁰ Mehmet Akif Tutumlu, *Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008), 60; Altın, "Ceza Kanunlarındaki Zamanaşımının Uygulanması", 23.

⁹¹ TCK m.66/6: "Zamanaşımı, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden, çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kişiler tarafından işlenen suçlarda çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlar."

⁹² Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku*, 725; Develioğlu, "Zamanaşımı Süresinin Başlangıç Anı", 59; Altın, "Ceza Kanunlarındaki Zamanaşımının Uygulanması", 23; Kadir Bağcı, "Haksız Filde Ceza Zamanaşımı Süresi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 7, S. 28 (2016), 287-312, 290 vd. Y.HGK, 12.03.2014, E.2013/244, K.2014/315 (<https://karararama.gov.tr>).

süresinin başlaması açısından zararı ve tazminat sorumlusunu öğrenme anının bir önemi olmamalıdır.

Diğer yandan konu hakkında bir değerlendirmede bulunurken, daha uzun olan ceza zamanaşımının tazminat davası için de uygulanmasını belirten TBK m.72/1 son cümle düzenlemesinin *ratio legis*'ini gözden kaçırılmamak gerekir. Yukarıda da değinildiği üzere daha uzun olan ceza zamanaşımının hukuk davası için de uygulanmasındaki amaç, bir eylemden dolayı aleyhine aynı zamanda ceza davası da açılabilir bir kişiye karşı zarar görenlerin, sırf normal veya azami zamanaşımı sürelerinin dolması sebebiyle tazminat davası açma hakkını yitirmesi sonucundan kaçınmaktır. Hukuk davasını daha kısa bir zamanaşımı süresine tabi tutmak, devletin, kendisi o eylemden dolayı faili cezalandırabilecekken zarar gören kişiyi hakkını aramaktan mahrum bırakması demek olacaktır⁹³. Kısaca amaç, hukuk davasının tabi olduğu zamanaşımı süresini ceza davasının tabi olduğu zamanaşımı süresine kadar uzatarak hakkaniyetli bir sonuç elde etmektir. Bu durumda, rekabet ihlaline dayalı tazminat davaları için KK m.20/3'teki sekiz yıllık süreyi eylem tarihinde değil de zararın ve tazminat yükümlüsünün öğrenildiği tarihte başlatmak; TBK m.72/1 son cümle hükmünün öngörülme amacıyla da bağdaşmayacaktır.

Dolayısıyla, kanaatimizce rekabet ihlali nedeniyle açılacak olan tazminat davasına TBK m.72/1'deki iki yıllık normal zamanaşımı süresi yerine yine aynı hükmün atfıyla KK m.20/3 hükmündeki sekiz yıllık ceza zamanaşımı süresi uygulanacaktır. Sekiz yıllık bu süre ceza zamanaşımı süresi olduğu için, zamanaşımının başlangıç tarihi olarak rekabet ihlali tarihi; devam eden ihlaller açısından ise ihlalin son bulunduğu tarih esas alınacaktır.

Teşebbüsler arası birden çok anlaşmayı içeren kartellerde, eğer teşebbüsler bir çerçeve anlaşma ve ortak bir plan dahilinde hareket ederek bu planın bir parçası olarak farklı anlaşmalarla ihlale katılıyorsa, bu durumda *devam eden tek bir eylemden* söz edilir⁹⁴. Devam eden tek bir eylem yaklaşımı çerçevesinde, her bir anlaşma veya uyumlu eylem farklı birer ihlal olarak değil tek bir ihlalin parçaları olarak görülür ve zamanaşımı süresi de her bir münferit anlaşma veya uyumlu

yargitay.gov.tr - Erişim tarihi: 16.12.2023): "(...) Ceza Kanunu'nda öngörülen daha uzun (uzamış) zamanaşımı süresi, olay tarihinden itibaren işlemeye başlar; sürenin işlemeye başlaması için, zarar görenin, zararı ve onun failini öğrenmesi koşulu aranmaz." Aynı yönde Y.HGK, 08.04.2015, E.2013/4-1626, K.2015/1187 (<https://karararama.yargitay.gov.tr> - Erişim tarihi: 16.12.2023); Y4.HD, 08.05.2017, E.2016/16641, K.2017/2607 (<https://karararama.yargitay.gov.tr> - Erişim tarihi: 16.12.2023): "(...) uzamış (ceza) zamanaşımının başlangıcı olay tarihidir, zarar ve failin öğrenilmemesi önem taşımaz".

⁹³ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 81; İnceoğlu, Baş Süzel ve Aytekin İnceoğlu, "Haksız Fiil Zamanaşımı", 171 vd; Kaya ve Yiğit, "Zamanaşımı Süresi ve Başlangıcı", 1559; Altın, "Ceza Kanunlarındaki Zamanaşımının Uygulanması", 5.

⁹⁴ Bahar Ersoy, *Rekabet Hukukunda Devam Eden Tek Bir İhlal Yaklaşımı*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Yayın No: 314 (Ankara: Rekabet Kurumu Yayını, 2015), 20 vd.

eylem tarihinde değil, devam eden tek ihlalin sona erdiği tarihte işlemeye başlayacaktır⁹⁵.

KK m.20/3'teki sekiz yıllık ceza zamanaşımı ihlal tarihinde veya devam eden ihlallerin sona erdiği tarihte başlayacak olup, bu sürenin başlangıç anı açısından zararı ve tazminat sorumlusunu öğrenmenin bir önemi yoktur. Zarar gören, zararı ve tazminat sorumlusunu öğrenmese dahi, KK m.20/3'teki sekiz yıllık ceza zamanaşımı süresi ihlal tarihinde veya devam eden ihlaller açısından ihlalin sona erdiği tarihte başlayacaktır. Bu sebeple Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulamasına katılma imkânı bulamıyoruz.

Zarar görenin, rekabet ihlali tarihinde veya devam eden ihlaller açısından ihlalin son bulunduğu tarihte aynı zamanda zararı ve tazminat sorumlusunu da öğrenmesi mümkündür. Bu durumda dahi, bu tarihten itibaren sekiz yıl içinde tazminat davasını açmak mümkündür. Zira zarar görenin zararı ve tazminat sorumlusunu öğrendiği andan itibaren başlayan iki yıllık normal zamanaşımı süresi uygulanmayacak; onun yerine KK m.20/3'teki sekiz yıllık ceza zamanaşımı süresi uygulanacaktır. Ancak bu varsayımda sekiz yılın sonunda dava hakkı artık zamanaşımına uğramış olacaktır. Diğer bir deyişle, bu durumda artık TBK m.72'deki on yıllık azami zamanaşımı uygulama alanı bulmayacaktır.

KK m.20/3'teki sekiz yıllık sürenin geçmesinden sonra dava açılabilmesinin tek yolu ise, zararın ve tazminat sorumlusunun çok sonradan öğrenilmesi ve öğrenme tarihinden itibaren hesaplanacak iki yıllık normal zamanaşımı süresinin sekiz yıllık ceza zamanaşımı süresinin sonrasına ve fakat on yıllık azami zamanaşımı süresinin içine tekabül etmesidir⁹⁶. Böyle bir varsayımda, TBK m.72'deki on yıllık azami zamanaşımı süresi henüz dolmadığı için, zarar gören, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği andan itibaren iki yıl içinde ve her halükarda on yıllık zamanaşımı süresi dolmadan tazminat davasını açabilecektir⁹⁷. Bununla birlikte bu varsayımın teorik bir tartışmadan ibaret olduğu ve pratikte bir önemi bulunmadığını düşünmekteyiz. Zira gerek hayatın olağan akışı gerekse Türk rekabet hukuku uygulaması dikkate alındığında, sekiz yıllık süre zarfında Rekabet Kurulu soruşturmasını tamamlamış, gerekçeli kararı yayınlamış ve zararı ve faili öğrenme olgusu çoktan gerçekleşmiş olacaktır.

⁹⁵ Ersoy, *Devam Eden Tek Bir İhlal*, 60. Rekabet Kurulu, 29.01.2007 tarihli ve 07-10/63-19 sayılı Karar (*Refrakter*). Nitekim KK m.15/2 hükmünde "Aynı kabahatin birden fazla işlenmesi halinde her bir kabahatle ilgili olarak ayrı ayrı idarî para cezası verilir. Kesintisiz fiille işlenebilen kabahatlerde, bu nedenle idarî yaptırım kararı verilmeye kadar fiil tek sayılır." ifadesine yer verilmiştir. Böylece devam eden tek ihlalin, KK bağlamında da tek bir fiil (kabahat) olarak nitelendirilmesi önünde engel bulunmamaktadır.

⁹⁶ Krş. Develioğlu, "Zamanaşımı Süresinin Başlangıç Anı", 62 vd. Yazar aynı görüşte olmakla birlikte, zarar görenin zararı ve tazminat sorumlusunu öğrenme anını eylem tarihinden itibaren ilk altı yıl, altı-sekiz yıl arası ve sekiz yıl sonrası olarak üç farklı şekilde kategorize etmiştir.

⁹⁷ Aynı yönde İnceoğlu, Baş Süznel ve Aytekin İnceoğlu, "Haksız Fiil Zamanaşımı", 192.

Rekabet Kurulu kararının idari yargı süreci tüketilerek kesinleşmesini beklemek ve öğrenme olgusunu bu teorik varsayımda dahi kararın kesinleşmesi koşuluna bağlamak kanaatimizce isabetli değildir⁹⁸. Zira bu yorum, Rekabet Kurulu kararının kesinleşmesini tazminat davası için dava şartı haline getirir ki böyle bir şart kanunlarda açıkça öngörülmemiştir ve Anayasal hak arama hürriyetine yorum yoluyla şart veya kısıtlama getirmek olanaklı olmamalıdır. Elbette ki süresi içinde açılmış tazminat davasında karar verebilmek için Rekabet Kurulu kararına dair idari yargıdaki sürecin kesinleşmesi, davayı gören mahkeme tarafından bir bekletici mesele yapılabilir⁹⁹. Aynı ihtilafa ilişkin olarak adli yargı ile idari yargı arasında farklı sonuçların ortaya çıkmasını engellemek ve böylece hukuki belirliliği sağlamak için idari yargıdaki kararın kesinleşmesini bekletici mesele yapmak gerekebilir. Ancak *de lege lata* bunun mahkemenin takdirinde olduğu göz ardı edilmemelidir.

G. ZAMANAŞIMININ DURMASI VE KESİLMESİ

TBK'da zamanaşımının durması ve kesilmesi konuları m.153 ila m.158 hükümleri arasında düzenlenmektedir. Zamanaşımının, kanunda belirtilen engellerle durmasına ve engel ortadan kalktıktan sonra kaldığı yerden işlemeye devam etmesine *zamanaşımının durması*; işlemeye başlamış zamanaşımı süresinin kanunda belirtilen bir nedenin varlığı nedeniyle son bulması ve bu nedeninin ortadan kalkması ile birlikte yeniden başlamasına ise *zamanaşımın kesilmesi* denir¹⁰⁰.

⁹⁸ Yargıtay da önceki uygulamasında kararın kesinleşmesinin gerektiğini içtihat ederken [örneğin Y11.HD, 23.06.2006, E.2005/3755, K.2006/7408 (<https://karararama.yargitay.gov.tr> - Erişim tarihi: 16.12.2023)] konuyu tartıştığı tespit edebildiğimiz en güncel kararlarında bu görüşünden dönmüş ve bizce de isabetli olarak, idari yargıdaki davanın kesinleşmemiş olmasını dava şartı olarak görüp davanın zamansız açıldığı gerekçesiyle davayı reddeden ilk derece mahkemesi kararını, idari yargıdaki kararın kesinleşmesinin ancak bir bekletici mesele yapılabileceğini belirterek bozmuştur [Y11.HD, 03.08.2016, E.2015/5134, K.2016/2543 (<https://karararama.yargitay.gov.tr> - Erişim tarihi: 16.12.2023)]. Sonraki tarihli başka bir kararında da bu görüşünün sürdürmüştü ve bu içtihadı istikrar kazandırmıştır (Y11.HD, 08.02.2018, E.2016/7734, K.2018/887 (<https://karararama.yargitay.gov.tr> - Erişim tarihi: 16.12.2023)).

⁹⁹ Y11.HD, 03.08.2016, E.2015/5134, K.2016/2543 (<https://karararama.yargitay.gov.tr> - Erişim tarihi: 16.12.2023); Y11.HD, 08.02.2018, E.2016/7734, K.2018/887 (<https://karararama.yargitay.gov.tr> - Erişim tarihi: 16.12.2023).

¹⁰⁰ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku*, 1048 vd. TBK m.153 uyarınca (1) velayet süresince, çocukların ana ve babalarından olan alacakları için, (2) vesayet süresince, vesayet altında bulunanların vasiden veya vesayet işlemleri sebebiyle devletten olan alacakları için, (3) evlilik devam ettiği sürece, eşlerin diğerinden olan alacakları için, (4) hizmet ilişkisi süresince, ev hizmetlilerinin onları çalıştıranlardan olan alacakları için, (5) borçlu, alacak üzerinde intifa hakkına sahip olduğu sürece, (6) alacağı, Türk mahkemelerinde ileri sürme imkânının bulunmadığı sürece, (7) alacaklı ve borçlu sıfatının aynı kişide birleşmesinde, birleşmenin ileride geçmişe etkili olarak ortadan kalkması durumunda, bu durumun ortaya çıkmasına kadar geçecek sürece zamanaşımı işlemeye başlamayacak; işlemişse de duracaktır. Yine TBK m.154 uyarınca (1) borçlu borcu ikrar etmişse, özellikle faiz ödemiş veya kısmen ifada bulunmuşsa ya da rehlin vermiş veya kefil göstermişse ve (2) alacaklı, dava veya def'i yoluyla mahkemeye veya hakeme başvurmuşsa, icra takibinde bulunmuşsa ya da iflas masasına başvurmuşsa zamanaşımı kesilecektir.

TBK m.72/1'deki iki yıllık normal zamanaşımı yerine daha uzun ceza zamanaşımı süresi olan KK m.20/3'teki sekiz yıllık süre uygulanacak olsa da, zamanaşımın durması veya kesilmesine ve sonuçlarına TCK m.67 değil TBK m.153-158 hükümleri uygulanacaktır¹⁰¹.

Konu bağlamında önem arz eden husus ise, zarar görenin Rekabet Kurulu'na şikâyetinde bulunmasının veya bundan bağımsız olarak Rekabet Kurulu'nun soruşturma başlatmasının zamanaşımı süresi üzerinde bir etkisinin olup olmadığıdır. Hiç şüphe yok ki zarar görenin dava veya def'i yoluyla mahkemeye başvurması, icra takibi başlatması veya iflas masasına başvurması TBK m.154/2 uyarınca zamanaşımını kesecektir.

Buna karşılık, zarar görenin tazminat sorumlusu hakkında Rekabet Kurulu'na şikâyetinde bulunmasının zamanaşımının durması veya kesilmesine herhangi bir etkisi olmayacaktır. Bu durumda zarar gören, KK m.20/3'teki sekiz yıllık zamanaşımı süresince tazminat davası açabilecektir. Zarar görenin tazminat sorumlusu hakkında şikâyetinde bulunması ise sadece zararı ve tazminat sorumlusunu öğrenme anı olarak değerlendirilebilecektir. Aynı şekilde Rekabet Kurulu'nun tazminat sorumlusu hakkında soruşturma başlatması da zamanaşımının durması veya kesilmesi için bir sebep teşkil etmemektedir. Nitekim Rekabet Kurulu'nun tazminat sorumlusu hakkında soruşturma başlatmasını zamanaşımını durduran veya kesen bir sebep olarak gören herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Etkin bir rekabet hukuku uygulaması için, rekabet ihlallerini sadece idari yönü ile ele alıp idari yaptırım öngörmek yeterli değildir. Rekabet ihlali nedeniyle zarar görenlerin tazminat davası açmak suretiyle uğradıkları zararların tazminini sağlamları da rekabet hukukunun etkinliğini önemli ölçüde desteklemektedir. Bu çerçevede, RKHK m.4 ve m.6'da düzenlenen rekabet ihlalleri m.57'de hukuki sorumluluk doğuran eylemler olarak nitelenmiş ve zarar görenlere bu zararlarının tazmini için dava hakkı bahşedilmiştir. Bu dava RKHK m.58'de düzenlenmekle birlikte, davanın tabi olduğu zamanaşımı konusunda herhangi bir hükme ise yer verilmemiştir.

¹⁰¹ Mahmut Bilgen, *Özel Hukukta Zamanaşımı* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2010), 649; Tutumlu, *Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması*, 50; İnceoğlu, Baş Süzül ve Aytekin İnceoğlu, "Haksız Fiil Zamanaşımı", 191; Bağcı, "Haksız Fiilde Ceza Zamanaşımı Süresi", 291; Altın, "Ceza Kanunlarındaki Zamanaşımının Uygulanması", 24; Sonkurt, "Olağanüstü Zamanaşımının Haksız Fiillere Uygulanması", 24; YHGK, 18.11.1981, E. 1979/4-231, K. 1981/744: "(...) Ancak hemen belirtmek gerekir ki; BK m.60/II'deki zamanaşımı tamamen hukuka ait bir kurum olup, zamanaşımını durduran ve kesen nedenler yönünden TCK'nun 102, 104-107. maddeleri değil, aksine BK m.132-137 uygulama alanı bulur (...)" (<https://karararama.yargitay.gov.tr> - Erişim tarihi: 16.12.2023); Y3.HD, 23.12.2014, E.2014/6967, K.2014/17119: "(...) Hemen belirtmek gerekir ki; BK. m.60'deki zamanaşımı, tamamen özel hukuka ait bir kurum olup, zamanaşımını durduran ve kesen nedenler yönünden ise, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102. 104 ila 107. maddeleri değil, aksine BK'nun, 132 ila 137. maddeleri uygulama alanı bulacaktır (...)" (<https://karararama.yargitay.gov.tr> - Erişim tarihi: 16.12.2023); YHGK, 16.9.2015, E.2014/116, K.2015/1771 (<https://karararama.yargitay.gov.tr> - Erişim tarihi: 16.12.2023). Aksi görüş Günergök, "Tazminat Davalarında Zamanaşımı", 1762.

Rekabet ihlali özünde bir haksız fiildir. Bu sebeple de rekabet ihlali nedeniyle tazminat sorumluluğunun da bir haksız fiil sorumluluğu olduğunu kabul etmek gerekir. TBK m.72/1 hükmü haksız fiile dayalı olarak açılacak tazminat davalarında iki yıllık normal ve on yıllık azami zamanaşımı süreleri öngörmektedir. İki yıllık süre, zarar görenin zararı ve tazminat sorumlusunu öğrendiği tarihten; on yıllık süre ise rekabet ihlali veya ihlalin sona erdiği tarihten itibaren başlayacaktır. Eylemin ceza kanunlarına göre cezayı gerektiren bir fiil olması ve bu fiil için ceza kanunlarında daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörülmesi halinde ise, TBK m.72/1 son cümle gereğince daha uzun olan bu süre hukuk davası için de uygulanacaktır. O halde rekabet ihlalinin ceza kanunları uyarınca cezayı gerektiren bir eylem olup olmadığını saptamak önem arz etmektedir.

Rekabet ihlali için RKKHK’da öngörülen yaptırım idari para cezasıdır. İdari para cezaları ise KK m.2 ve m.16/1 hükümlerinde “kabahat” olarak nitelenmiş ve bu eylemlerin tabi olduğu zamanaşımı süresi nispi idari para cezaları için öngörülen KK m.20/3 uyarınca sekiz yıl olarak belirlenmiştir. Önemle ifade etmek gerekir ki, TBK m.72/1 son cümle düzenlemesi, eylemin teknik olarak “suç” olması koşulunu aramamıştır. KK ise, özel bir kanun olmasına rağmen ceza hukuku alanında bir düzenlemedir. Kaldı ki idari para cezasının “ceza” olduğu adından dahi bellidir. Bu sebeple KK m.20/3’teki sekiz yıllık zamanaşımı süresi TBK m.72/1 2. cümle gereğince rekabet ihlali nedeniyle açılacak tazminat davalarına da uygulanmalıdır. Nitekim Yargıtay’ın yerleşik uygulaması da bu yöndedir.

Bununla birlikte bu noktada, zamanaşımının başlangıç anı konusunda ikinci bir sorun ortaya çıkmaktadır. Hâkim öğretisi ve yerleşik Yargıtay uygulaması, KK m.20/3’teki sekiz yıllık ceza zamanaşımı süresinin de zararın ve tazminat sorumlusunun öğrenilme anından itibaren işleyeceğini savunmaktadır. Oysa zamanaşımı süresinin başlangıç anı, zamanaşımı düzenlemesinin ait olduğu hukuk disiplinine göre belirlenmelidir. Ceza zamanaşımı süresi TCK m.66/6 uyarınca eylem tarihinden itibaren başlamaktadır. O halde, TBK m.72/1 gereğince uygulanacak olan KK m.20/3’teki sekiz yıllık süreyi de kanaatimizce rekabet ihlali tarihinin gerçekleştiği veya devam eden eylemler halinde ihlalin sona erdiği tarihte başlatmak gerekir.

Zararı ve tazminat sorumlusunu öğrenme tarihinden itibaren hesaplanacak iki yıllık normal zamanaşımı süresi, sekiz yılın sonrasına denk geliyorsa, on yıllık azami süre içinde kalmak şartıyla bu dava açılabilir. Burada da öğrenme anı olarak Rekabet Kurulu’nun karar tarihi dikkate alınmalıdır. Ancak bunun sadece teorik bir ihtimalden ibaret olduğunu, uygulamada bu kurgunun gerçekleşmesinin yok denecek kadar düşük bir ihtimal olduğunu da kabul etmek gerekir.

İfade etmek gerekir ki özel bir hüküm olmaması sebebiyle rekabet ihlaline dayalı tazminat davalarının tabi olduğu zamanaşımı konusu öğretilerde ve yargı uygulamasında tartışılmaya devam edecektir. Her ne kadar Yargıtay, TBK m.72/1 2.

cümlelerin atfıyla KK m.20/3'teki sekiz yıllık ceza zamanaşımının bu davalar için de geçerli olduğunu içtihat etmekte ise de, bu görüşünü değiştirmesi pekala olasıdır. Aynı şekilde, TBK m.72/1 2. cümlelerin atfıyla daha uzun ceza zamanaşımı süresinin uygulanması durumunda, zamanaşımının TCK m.66/6'ya uygun olarak ihlal tarihinde veya devam eden ihlaller açısından ihlalin sona erdiği tarihte başlayacağını içtihat eden Yargıtay, KK m.20/3'teki sekiz yıllık ceza zamanaşımı süresini ise zararın ve tazminat sorumlusunun öğrenilmesi anından itibaren başlatmaktadır. Oysa yukarıda da değinildiği üzere KK m.20/3'teki süre için ayrıksı bir yorum yapmayı gerektirecek herhangi bir düzenleme de bulunmamaktadır. Bu nedenle, rekabet ihlali nedeniyle açılacak tazminat davalarının tabi olduğu zamanaşımı süresine ve zamanaşımın başlangıç anına ilişkin, özünde bir hukuki belirsizliğin bulunduğu açıktır. Yorum yoluyla varılan *de lege lata* çözüm yeterince hukuki belirlilik sağlamamaktadır.

Diğer yandan, RKHK m.4 ve 6 hükümlerine aykırılığın haksız fiil niteliğinde olduğuna dair neredeyse bir görüş ve uygulama birliği bulunsa dahi, rekabet ihlallerinin kendine has birtakım özellikler arz ettiği ve alelade bir haksız fiilden daha farklı olduğu göz ardı edilmemelidir¹⁰². Nitekim rekabet ihlalleri tespit edilmesi zor olan, zaman alan, uzmanlık gerektiren, gizli, kapsamlı ve karmaşık haksız fiillerdir. Sadece ihlalin değil, ihlal neticesinde oluşan zararın tespiti de oldukça zordur ve uzmanlık ve zaman gerektirir. Bu tür bir haksız fiil için, alelade haksız fiiller için öngörülmüş olan düzenlemelerle hakkaniyetli bir sonuca ulaşmak gerçekçi değildir. Özellikle de rekabet ihlalinin zarar gören ortalama bir tüketicinin konunun uzmanı olmadığı ve ihlali ve uğradığı zararı öğrenmesinin güçlüğü de dikkate alındığında, bu davalar için TBK m.72/1'de düzenlenen zamanaşımı sürelerini kıyasen uygulamak dışında başka bir çözümün gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Nitekim, TBK m.72/1 2. cümlelerin atfıyla uygulanacak ceza zamanaşımı süresinin TCK m.66/6'ya uygun olarak ihlal tarihinde veya devam eden ihlaller açısından ihlalin sona erdiği tarihte başlaması gerekirken, rekabet ihlalinin doğan tazminat davalarında bu süreyi zararı ve tazminat sorumlusu öğrenme tarihinde başlatan Yargıtay'ı ayrıksı bir yorum yapmaya iten sebep de kanaatimizce rekabet ihlallerinin kendine özgü yapısına uygun bir çözüm arayışıdır.

De lege ferenda rekabet ihlali nedeniyle açılacak tazminat davalarının tabi olacağı zamanaşımı konusunda RKHK'da özel bir düzenleme yapılmalıdır. Kanaatimizce 2014/104/EU sayılı Direktif m.10 hükmünü mehz almak isabetli olacaktır¹⁰³. Bu hükümde en az beş yıllık bir zamanaşımı süresi öngörülmüştür.

¹⁰² Detaylı bilgi için bkz Kaya ve Yiğit, "Zamanaşımı Süresi ve Başlangıcı", 1564 vd.

¹⁰³ İfade etmek gerekir ki Türkiye, Avrupa Birliği'ne üye olmadığı için bu Direktif'i iç hukuka aktarma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Direktif'teki düzenlemenin mehz alınması, Avrupa Birliği Hukuku'ndan kaynaklanan bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gereği olarak değil, hukuki belirliliğin sağlanması, zarar görenlerin hak arama hürriyetini etkinleştirmesi ve hakkaniyetli bir çözüm sunması sebebiyle önerilmektedir.

Bu süre Direktif'in önerdiği asgari süre olup, zarar görenlerin tazminat haklarını daha da etkinleştirmek için daha uzun bir süre belirlenmesi elbette ki mümkündür. Diğer yandan Direktif, zamanaşımın başlangıç anını açıkça düzenlemekte ve rekabet ihlali sona ermeden ve davacının, eylemi ve eylemin rekabet ihlali oluşturduğunu, ihlalin kendisine zarar verdiğini ve ihlal eden teşebbüsün kimliğini bilmeden veya bilmesi makul derecede kendisinden beklenen tarihten önce başlamayacaktır. İhlal için rekabet otoritesinin bir soruşturma başlatması durumunda zamanaşımı duracak ve rekabet otoritesinin kararı kesinleşmeden duran zamanaşımı devam etmeyecektir. Bu düzenlemelerin RKHK'ya alınması kanaatimizce hem hukuki belirliliği sağlayacak hem de zarar görenlerin tazminat davası açma haklarını etkin bir şekilde kullanmalarını kolaylaştıracaktır.

2014/104/EU sayılı Direktif m.10 hükmünün mehzaz alınması ilk başta zarar görenin durumunu kötüleştireceği endişesine yol açabilir. Zira Direktif'teki beş yıllık zamanaşımı süresi, KK m.20/3'teki sekiz yıllık zamanaşımı süresinden de TBK m.72/1'deki on yıllık zamanaşımı süresinden de kısadır. Ancak göz ardı etmemek gerekir ki, KK m.20/3'teki sekiz yıllık ceza zamanaşımı süresi de TBK m.72/1'deki on yıllık zamanaşımı süresi de ihlal tarihinde veya devam eden ihlalin sona erdiği tarihte başlayacaktır. Her ne kadar Yargıtay, KK m.20/3'teki sekiz yıllık ceza zamanaşımı süresini diğer haksız fillere ilişkinin uygulamasının aksine zararın ve tazminat sorumlusunun öğrenilmesi anından itibaren başlatmakta ise de, bu ayrık yorumunun dayandığı bir düzenleme bulunmamaktadır ve Yargıtay'ın içtihat değiştirmesi pekala mümkün olduğundan mevcut uygulama hukuki belirlilik de sağlamamaktadır. TCK m.66/6 hükmü de dikkate alındığında, KK m.20/3'teki sekiz yıllık ceza zamanaşımı süresinin ihlal tarihinden veya devam eden ihlalin sona erdiği tarihten itibaren başlaması gerekir. Buna karşılık Direktif m.10 hükmündeki düzenlemenin benimsenmesi halinde, hem zamanaşımın başlangıç anına ilişkin tartışmalar ve belirsizlik son bulacak hem de zamanaşımı süresi, ihlal sona ermeden ve zarar gören de zararı ve tazminat sorumlusunu öğrenmeden önce başlamayacaktır. Dolayısıyla, Direktif'teki beş yıllık sürenin kabul edilmesi halinde, zamanaşımının ihlalin sona ermesi ve zarar görenin zararı ve tazminat sorumlusunu öğrenmesi tarihinden itibaren başlayacağı da dikkate alındığı, süre olarak beş yıl daha kısa olsa bile, tazminat davası açabilmek için zarar görene çok daha uzun bir süre bahşedecektir.

Bu noktada Direktif'in, rekabet otoritesinin soruşturma başlatmasını zamanaşımının durması sebebi olarak nitelemesinin önemi de göz ardı edilmemelidir. Zira bu sayede Rekabet Kurulu'nun soruşturma neticesinde verdiği karar kesinleşene kadar zamanaşımı duracak; karar kesinleştikten sonra duran zamanaşımı işlemeye devam edecektir. Mevcut uygulamada, zarar görenin zararı ve tazminat sorumlusunu öğrenme anı olarak Rekabet Kurulu'na yaptığı şikayet tarihi dikkate alınmaktadır¹⁰⁴. Re'sen başlatılan soruşturmalar açısından ise henüz bir

¹⁰⁴ Bkz. yukarıda "II. E. 4. Yargıtay Uygulaması".

Yargıtay kararı tespit edilememiş ise de, bu durumda da Rekabet Kurulu'nun karar tarihi, zararı ve tazminat sorumlusunu öğrenme anı olarak dikkate alınacaktır. Yani mevcut uygulamada KK m.20/3'teki sekiz yıllık zamanaşımı süresi, varsa Rekabet Kurulu'na şikâyet tarihinde; re'sen başlatılan soruşturmalarda ise Rekabet Kurulu kararı tarihinde başlamaktadır. Oysa Direktif m.10 hükmü esas alınır, zamanaşımı süresi KK m.20/3'teki süreden üç yıl daha kısa olacaktır ve fakat bu süre, Rekabet Kurulu kararının idari yargı süreci de tüketilerek kesinleşmesine kadar duracaktır. Hatta zarar gören, zararı ve tazminat sorumlusunu Rekabet Kurulu kararı tarihinde öğrenmiş olacağından, karar kesinleşinceye kadar zamanaşımı işlemeye dahi başlamayacaktır. Direktif, zamanaşımı süresi olarak daha kısa bir süre öngörmüş olsa da, bu süre karar tarihinde değil, kararın *kesinleşmesi* tarihinde başlayacaktır. Kararın kesinleşmesi için idari yargıda geçecek süre ve ortalama yargılama süreleri de dikkate alındığında, Direktif m.10 hükmünün zarar görenleri mevcut uygulamadaki çözümden daha çok koruyacağı sonucuna varmak mümkündür.

Kanaatimizce Direktif m.10 hükmü esas alınır, zamanaşımı süresi, sürenin başlangıç anı, zamanaşımının durması gibi birçok konuda tartışma ve belirsizlik son bulacaktır. Direktif m.10'da öngörülen beş yıllık sürenin yeterli olmayacağına ilişkin bizim katılmaya pek olanak bulamadığımız olası endişeler ise, daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörülerek kolayca giderilebilir. Zira Direktif m.10'daki beş yıllık süre önerilen asgari zamanaşımı süresidir. Türk kanun koyucusunun sekiz veya on yıl gibi daha uzun bir süre öngörmesinin önünde elbette ki hiçbir engel yoktur.

KAYNAKÇA

- Akipek, Öcal Şebnem, Kırkbeşoğlu, Nagehan ve Tokbaş, Hakan. *Sorularla 12 Bankaya Karşı Üç Kat Tazminat (Kartel Tazminatı) Davası Rehberi*. İstanbul: Aristo Yayınevi, 2016.
- Altın, Hayrunnisa. “Haksız Fiillere Ceza Kanunlarındaki Zamanaşımının Uygulanması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 69, S 1 (2020): 1-32.
- Altop, Atilla. “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4., 6. ve 7. Maddelerinde Yasaklanmış Olan Eylemler Sonucunda Zarara Uğramış Olan Kişilerin Türk Borçlar Kanunu’nun Haksız Fiillere İlişkin Hükümleri Uyarınca İleri Sürdükleri Tazminat Taleplerine Uygulanacak Zamanaşımı Süresi”, *Fasikül Hukuk Dergisi* 10, S. 100 (2018): 47-55.
- Antalya, O. Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Ardıyok, Şahin ve Ilıcak, Ali. “Yakın Dönem Rekabet Kurulu Kararlarının Ampirik Analizi: İdarenin Tazminat Davalarına Katkı Düzeyi”, *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu*. İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2013.
- Arı, Zekeriyya. *Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı ve Hukuki Sonuçları*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2004.
- Ashton, David. *Competition Damages Actions in the EU and the UK*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2023.
- Aslan, İ. Yılmaz. *Rekabet Hukuku - Teori, Uygulama ve Mevzuat*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2017.
- Ateş, Mustafa. “Rekabet Hukukunun Özel Hukukla İlişkisi”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 29, S. 3 (2013): 85-107.
- İnceoğlu, M. Murat, Baş Süzel Ece ve Aytekin İnceoğlu, Asuman. “Haksız Fiil Zamanaşımı ve Suçsuzluk Karinesiyle İlişkisi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, S. 145-146 (2016): 149-209.
- Bağcı, Kadir. “Haksız Fiilde Ceza Zamanaşımı Süresi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 7, S. 28 (2016): 287-312.
- Başpınar, Veysel ve Altunkaya, Mehmet. “Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanaşımının Başlaması ve Süresi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 57, S. 1 (2008): 95-131.
- Başpınar, Veysel. “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Haksız Fiilden Doğan Tazminat Taleplerinde Zamanaşımının Başlaması ve Süresi”, *Türkiye-İsviçre Karşılaştırmalı Hukuk Sempozyumu - I Borçlar Hukuku, Turkey-Swiss Comparative Law Symposium - I Law of Obligation*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2015: 77- 110.
- Bilgen, Mahmut. *Özel Hukukta Zamanaşımı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2010.
- Cengiz, Dilek. *Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2006.
- Cengiz, Dilek. “Avrupa Birliği ve Türk Rekabet Hukukunda Rekabet İhlallerinden Zarar Görenlerin Tazminat Talep Haklarına İlişkin Sorunlar ve Çözümleri”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, S. 2 (2018): 53-131.
- Demirtaş, İlkin. *Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlardan Doğan Sorumluluk*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023.

- Develioğlu, Hüseyin Murat. “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Rekabete Aykırı Davranışlar Sebebiyle İleri Sürülen Taleplerle İlgili Zamanaşımı Süresinin Başlangıç Anı”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, S. 151-152, (2017): 47-67.
- Doğan, Cihan. “Rekabet Hukuku İhlalinden Doğan Sorumluluğun Hukuki Temeli ve Buna Bağlı Sorunlara İlişkin Kısa Bir Değerlendirme”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 33, S. 4 (2017): 271-313.
- Ersoy, Bahar. *Rekabet Hukukunda Devam Eden Tek Bir İhlal Yaklaşımı*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Yayın No: 314. Ankara: Rekabet Kurumu Yayını, 2015.
- Gündüz, Harun ve Koyuncu, Tuğçe. “ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarının Önündeki Usuli Engeller”, *Rekabet Dergisi* 12, S. 3 (2011): 85-178.
- Günergök, Özcan. “Rekabet İhlallerinden Kaynaklanan Tazminat Davalarında Zamanaşımı”, *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 9, S. 3 (2022): 1751-1775.
- Gürzumar, Osman Berat. “Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Kanun”, *4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun’da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak, Sempozyum, 7-8 Ekim 2005*, Yayın No 426. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2005: 117-184.
- Güven, Pelin. *Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2002.
- Heinemann, Andreas. “Kartellrecht auf Arbeitsmärkten”, *Wirtschaft und Wettbewerb* 7-8 (2020): 371-382.
- Heinemann, Andreas. *Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen für Kartellverstöße, Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII*. Zürich: Schulthess Verlag, 2014.
- Hovenkamp, Herbert. “A Primer on Antitrust Damages”, *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, (February 28, 2011), <https://ssrn.com/abstract=1685919> - Erişim tarihi: 12.11.2023.
- İkizler, Metin. *Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005.
- İnan, Nurkut. “4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayını, (2004): 43-66.
- Jacobs, Reto. *Basler Kommentar - Kartellgesetz*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2021.
- Jacobs, Reto. *Zivilrechtliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis*. Zürich: Schulthess Verlag, 2006.
- Kaya, Arslan ve Yiğit, İlhan. “Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Davalarında Zamanaşımı Süresi ve Başlangıcı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi* 22, S. 3 Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan (2016): 1549-1567.
- Kesici, Buğra. *Rekabet Hukukunun İhlalinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2022.

- Kirst, Philipp. *The Application Ratione Temporis of the Damages Directive's Provisions and Conflicting Limitation Periods Under National Laws - Research Handbook on Competition Law Private Enforcement in the EU*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., 2023.
- Kocabıyık, Sami. “Rekabet İhlalinden Doğan Tazminat Davasında Mahkeme ile Rekabet Kurulu Arasındaki İlişki Sorunu”, *Terazi Hukuk Dergisi* 14, S. 155 (2019): 1371-1382.
- Oğuzman, M. Kemal ve Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2022.
- Otto, Jannik, Hauser, Patrick ve Vande Walle, Simon. *Germany and the Netherlands - Research Handbook on Private Enforcement of Competition Law in the EU*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., 2023.
- Özunalı, Aydın. *Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2014.
- Sanlı, Kerem Cem. “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı’nın Özel Hukuk Alanında Getirdiği Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, *Rekabet Dergisi*, S. 30 (2007): 3-71.
- Sanlı, Kerem Cem. “Rekabet Kurulu’nun 12 Banka Hakkında Verdiği İhlal Kararı Üzerine Açılmakta Olan Tazminat Davaları Hakkında Bazı Düşünceler”, *Legal Hukuk Dergisi* 16, S. 183 (2018): 1089-1158.
- Sanlı, Kerem Cem, Kesici, Buğra ve Doğan, Cihan. “Güncel Yargı Tatbikatı Işığında Rekabet Kurulu’nun 12 Banka Kararı Üzerine Açılan Tazminat Davaları Bağlamında Ampirik Bir İnceleme”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 34, S. 4 (2018): 123-200.
- Sekmen, Orhan. *Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu*. Ankara: Bilge Yayınevi, 2013.
- Sert, Selin. “4054 Sayılı RKHK Madde 58/2: Üç Kat Tazminat”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD)*, Armağan Özel Sayısı, (2006): 701-716.
- Sonkurt, Mustafa. “Olağanüstü Zamanaşımının Haksız Fiillere Uygulanması”, *Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi* 7, S. 1 (2023): 1-36.
- Tekinalp, Ünal. “Rekabet Sınırlamaları ve Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Yasağına Aykırılığın Özel Hukuka İlişkin Sonuçları”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu III*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005: 259-265.
- Tekinay, Selahattin Sulhi, Akman, Sermet, Burcuoğlu, Haluk ve Altop, Atilla. *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.
- Topçuoğlu, Metin. “Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009)*. Ankara: Gazi Üniversitesi Yayınları, 2009: 5-59.
- Topuz, Murat. “Yargıtay Kararları Çerçevesinde Zamanaşımının İşlemeye Başlaması İçin Gerekli Koşullardan Olan ‘Zararın Öğrenilmesi’ Olgusu (TBK m.72)”, *Terazi Hukuk Dergisi* 14, S. 157 (2019): 1774-1782.
- Topuz, Murat. “Uyumlu Eylem Yolu ile Kartel Oluşturan Bankaların Tüketicie Karşı Sorumluluklarının Hukuki Dayanağı”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, S. 1 (2017): 189-206.

- Tutumlu, Mehmet Akif. *Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Tütüncü, Muharrem. “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Haksız Fiil Zamanaşımı”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, S. 1 (2012): 151-195.
- Utku, Hilal, Polat, Belit ve Deniz, Seda. “Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davalarında Usul Sorunları”, *Rekabet Dergisi* 13, S. 1 (2012): 103-136.
- Vlahek, Ana ve Podobnik, Klemen. “Provisions of the Damages Directive on Limitation Periods and their Implementation in CEE Countries”, *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies* 10 (15), (2017): 147-175.
- Wheeler, Malcom E. ve Jones, Robert J. “The Statute of Limitations for Antitrust Damage Actions: Four Years or Forty?,” *University of Chicago Law Review* 41, S. 1 (1973): 72-90.
- Yiğit, İlhan. *Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.
- Yiğit, İlhan. “Avrupa Birliğinin Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Davalarına İlişkin Direktifi Kapsamında Türk Rekabet Hukukuna Bakış”, *Rekabet Forumu*, S. 89 (2014): 12-30.

ARABULUCULUKTA TARAFLARIN ANLAŞMASINA RAĞMEN ANLAŞMA BELGESİ DÜZENLENMEMESİ^(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Mesut KÖKSOY**^(**)

Öz

Arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi üzerine, arabulucu tarafından bir son tutanak düzenlenir. Arabuluculuk son tutanağı, anlaşma, anlaşamama veya arabuluculuk sürecinin hangi şekilde sona erdiğini gösteren ve arabulucu tarafından düzenlenmesi zorunlu olan bir belgedir. Bunun dışında, arabuluculuk süreci sonunda taraflar uyuşmazlık konusu üzerinde anlaşmışlarsa, bir arabuluculuk anlaşma belgesi düzenleyebilirler. Anlaşma belgesi düzenlenip düzenlenmeyeceğine taraflar serbestçe karar verir. Zira Kanun'da arabuluculuk anlaşma belgesinin düzenlenmesine ilişkin bir zorunluluk bulunmamaktadır. Ancak arabuluculuk anlaşma belgesi düzenlenmemesinin bazı sakıncaları vardır. Örneğin, anlaşma belgesinin düzenlenmemesi hâlinde, tarafların anlaşmasının kapsamı ve içeriğinin açık ve kesin bir şekilde belirlenmesi mümkün olmadığı için edimler ifa edilirken problemler yaşanabilir. Ayrıca uyuşmazlığın tarafı, icra edilebilirlik şerhi olarak anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge olmasını sağlama ve buna dayanarak ilamlı icra takibi yapma imkânından mahrum kalır. Bununla birlikte, arabuluculuğa başvurunun amaçlarından biri, tarafların arabuluculuk süreci sonunda anlaşmalarını sağlayarak uyuşmazlıkları sona erdirmek ve mahkemenin iş yükünü azaltmaktır. Anlaşma sağlanmasına rağmen anlaşma belgesi düzenlenmemesi ise, tarafların anlaşmasının kapsamının belirlenmesi, bunun içeriğinin nasıl ispat edileceği, mahkemeye başvurulmasının mümkün olup olmadığı gibi bazı hususlar bakımından başka ihtilafların ortaya çıkmasına neden olabilecek niteliktedir. Bu bağlamda, arabuluculuk süreci sonunda anlaşma sağlanması hâlinde, anlaşma belgesinin düzenlenmesinin zorunlu kılınması, söz konusu ihtilafların önüne geçilmesini sağlayabilir.

Anahtar Kelimeler

Arabuluculuk, Anlaşma, Arabuluculuk Anlaşma Belgesi, Dava Açma Yasağı, Hak Arama Özgürlüğü.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 15.03.2024 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 05.05.2024,
DOI No: <https://doi.org/10.54704/akdhfd.1453309>.

^(**) Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı / Rize, Türkiye.

E-posta: mesutkoksoy@hotmail.com,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-8929-6124>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

NOT REGULATE AN AGREEMENT DOCUMENT DESPITE THE AGREEMENT OF THE PARTIES IN MEDIATION

Abstract

After completion of the mediation process, a final proceedings is prepared by the mediator. The final mediation proceedings is a document that must be prepared by the mediator and shows how the mediation process ended, such as agreement, disagreement. Apart from this, if the parties have agreed on the dispute at the end of the mediation process, they can issue a mediation agreement document. The parties can freely decide whether to issue an agreement document. Because there is no obligation in the Law to prepare a mediation agreement document. However, not issuing a mediation agreement document has some disadvantage. For example, if the agreement document is not prepared, problems may occur while performing the acts since it is not possible to clearly and precisely determine the scope and content of the agreement. In addition, the party to the dispute is deprived of the opportunity to obtain an enforceability annotation and to ensure that the agreement document becomes a judgment document and to pursue enforcement proceedings based on this. On the other hand, one of the purposes of applying to mediation is to end disputes and reduce the workload of the court by ensuring that the parties reach an agreement at the end of the mediation process. Failure to issue an agreement document despite reaching an agreement may lead to further disputes regarding some issues such as determining the scope of the parties' agreement, how to prove its content, and whether it is possible to apply to the court. In this context, if an agreement is reached at the end of the mediation process, requiring the preparation of an agreement document may prevent such disputes.

Keywords

Mediation, Agreement, Mediation Agreement Document, Prohibition of Litigation, Right to Legal Remedies.

Extended Abstract

Mediation is one of the alternative dispute resolution methods in which disputes within the scope of private law are tried to be resolved by negotiation by the parties. The mediation process may end with agreement, disagreement or otherwise. After completion of the mediation process, a final proceedings is prepared by the mediator. The final mediation proceedings is a document that must be prepared by the mediator and shows how the mediation process ended, such as agreement, disagreement. Apart from this, if the parties have agreed on the dispute at the end of the mediation process, they can issue a mediation agreement document.

The mediation final proceedings and the mediation agreement document are different from each other. While the final mediation proceedings shows how the mediation process ended, the mediation agreement document shows how the parties agreed on which issues.

The parties can freely decide whether to issue an agreement document. Because there is no obligation in the Law to prepare a mediation agreement document. However, not issuing a mediation agreement document has some disadvantage. For example, if the agreement document is not prepared, problems may occur while performing the acts since it is not possible to clearly and precisely determine the scope and content of the agreement. In addition, the party to the dispute is deprived of the opportunity to obtain an enforceability annotation and to ensure that the agreement document becomes a judgment document and to pursue enforcement proceedings based on this.

On the other hand, one of the purposes of applying to mediation is to end disputes and reduce the workload of the court by ensuring that the parties reach an agreement at the end of the mediation process. Failure to issue an agreement document despite reaching an agreement may lead to further disputes regarding some issues such as determining the scope of the parties' agreement, how to prove its content, and whether it is possible to apply to the court. For this reason, in order to prevent other disputes from arising, it would be appropriate to amend the law and include a provision in the Law stating that if an agreement is reached at the end of the mediation process, it is mandatory to prepare an agreement document.

GİRİŞ

Arabuluculuk, sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını sağlayan, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan taraf-sız ve bağımsız bir veya birden fazla üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemidir (Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m.2/1-b)¹. Arabuluculukta iradîlik ilkesi geçerlidir. Bu nedenle taraflar, arabuluculuğa başvurma, süreci devam ettirme, süreç sonunda anlaşma veya anlaşmama hususunda serbesttir (HUAK m.3/1). Ancak bazı uyuşmazlıklarda sadece arabuluculuğa başvuru bakımından, iradîlik ilkesine istisna getirilmiştir. Belirli uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması zorunluluğu öngörülmüştür. Sadece başvuru yönünden zorunluluk öngörülen arabuluculuk ise, dava şartı arabuluculuk olarak nitelendirilir. Ancak dava şartı arabuluculukta dahi, süreci devam ettirme, uyuşmazlık konuları üzerinde anlaşma veya anlaşmama tarafların iradesine tâbidir.

Arabuluculuk sürecinin taraf kontrolünde olması sebebiyle taraflar, müzakereler sonunda anlaşmaya varmışlarsa, bu anlaşmanın içeriğini yazıya dökmeyebilirler. Diğer bir ifade ile, anlaşma ile amaç gerçekleşmiş olduğundan, taraflar anlaşma belgesi düzenlemek istemeyebilirler. Nitekim HUAK'ta, arabuluculuk süreci sonunda anlaşma hâlinde kural olarak bir anlaşma belgesi düzenlenmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, anlaşma belgesi düzenlenmemişse buna bağlı olarak bazı problemlerin ortaya çıkması muhtemeldir. Bu çalışmada, arabuluculuk süreci sonunda tarafların uyuşmazlık konuları üzerinde anlaşmaya varmalarına rağmen, anlaşma belgesi düzenlememeleri ihtimâlinde karşılaşılabileceği sorunlara işaret edilecektir. Ayrıca uyuşmazlık konularında anlaşma sağlanması üzerine anlaşma sağlanan hususlarda dava açılmayacağına ilişkin yasağın anlaşma belgesi düzenlenmemesi hâlinde uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin bazı değerlendirmeler yapılacaktır.

¹ Arabuluculuğun diğer tanımları için bkz. Nadja Alexander, "Mediation in Practise: Common Law and Civil Law Perspectives Compared", *International Trade and Business Law Annual Vol 6*, (2001): 1-18, 12; Henry Brown ve Arthur Marriot, *ADR Principles and Practice*, 2. Baskı (London: Sweet & Maxwell, 1999), 127; Süha Tanrıver, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*, 2. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 43; Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes, Murat Atalı ve Vural Seven, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, 2. Baskı (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 17; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medeni Usûl Hukuku*, 6. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 779; Mustafa Çiçek, *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk*, 2. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 39; Cansu Korkmaz, "Davaların Yığılmasında Dava Şartı Arabuluculuk İncelemesi", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Y. 7, S. 2 (2022): 1365-1406, 1368.

I. ANLAŞMA BELGESİ

A. GENEL OLARAK

Arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi üzerine, arabulucu tarafından bir son tutanak düzenlenir. Arabuluculuk son tutanağı, arabuluculuk sürecinin hangi şekilde sona erdiğini gösteren ve arabulucu tarafından düzenlenmesi zorunlu olan bir belgedir². Nitekim HUAK, m.17/2’de yer alan, “Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşmışları, anlaşmadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı bir tutanak ile belgelendirilir” şeklindeki hüküm ile arabuluculuk son tutanağının düzenlenmesinin zorunlu olduğuna işaret edilmiştir. Anlaşma belgesi ise, arabuluculuk son tutanağından farklıdır. Arabuluculuk son tutanağı, anlaşma, anlaşamama veya diğer şekilde arabuluculuk sürecinin sona ermesi hâlinde düzenlenirken anlaşma belgesi sadece tarafların uyuşmazlık konuları üzerinde kısmen veya tamamen anlaşması üzerine düzenlenir. Son tutanağın temel işlevi, arabuluculuk sürecinin ne şekilde sona erdiğini belgelendirmesidir³. Anlaşma belgesi ise, tarafların hangi hususlar üzerinde ne şekilde anlaşmış olduklarını gösterir. Bu yönüyle anlaşma belgesi, arabuluculuk süreci sonucunda anlaşmaya varan tarafları bağlayıcı bir sözleşmedir⁴.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nda ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliğinde anlaşma belgesine ilişkin düzenlemeler bulunmakla birlikte bu belgenin tanımına yer verilmemiştir. Bununla birlikte, anlaşma belgesinin, arabuluculuk faaliyeti sonucunda tarafların uyuşmazlık konularının tamamı veya bir kısmı üzerinde anlaşmaları hâlinde düzenlenen, taraflar ve arabulucu tarafından imzalanan bir sözleşme olarak tanımlanması mümkündür⁵.

B. ANLAŞMA BELGESİNİN DÜZENLENMESİ

Arabuluculuk sürecine başvurmakla esasen ulaşılmak istenen amaç, anlaşma sağlanmasıdır⁶. Arabuluculuk süreci sonunda uyuşmazlık konuları üzerinde

² Emel Badur, “Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Y. 9, S. 18, Aralık (2021): 49-87, 55.

³ Muhammet Özkes, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. Baskı (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 2842; Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven, *Arabuluculuk*, 105; Elif Kısmet Kekeç, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, 2. Baskı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2014), 196.

⁴ Badur, “Anlaşma Belgesi”, 66; Cengiz Topel Çelikoğlu, “6325 Sayılı HUAK’a Göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usulleri ile İlişkisi”, *Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan*, Cilt 1, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014): 669-723, 706; Kekeç, *Temel Aşamalar ve Taktikler*, 202; İsmail Aydın, *Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 275.

⁵ Anlaşma belgesinin diğer tanımları için bkz. Badur, “Anlaşma Belgesi”, 52; Çiğdem Yazıcı Tıktık, *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013), 60; Nesibe Kurt Konca ve Emel Badur, “Taşınmazın Aynına İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 14, S. 56, Ekim (2023): 539-568, 542.

⁶ Paul Oberhammer, Tanja Domej ve Ulrich Haas, *ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung* (Zürich: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2013), Art.217, N. 1; Mustafa Göksu, *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim*, 5. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 68.

kısmen veya tamamen anlaşmaya varılması hâlinde bir anlaşma belgesi düzenlenebilir. Kısmî anlaşma yapılmışsa, tarafların hangi uyuşmazlık konularında anlaşmaya vardıkları, hangileri üzerinde ise anlaşamadıklarının belirtilmesi gerekir.

Anlaşma belgesinin tarafları, arabuluculuk sürecine katılarak uyuşmazlık konusu üzerinde anlaşmaya varan taraflardır⁷. Uyuşmazlığın ikiden fazla tarafının olması mümkündür. Bununla birlikte kural olarak tüm tarafların anlaşmış olması şart değildir. Sadece iki taraf dahi anlaşmış olsa anlaşma belgesi düzenlenebilir⁸. Ancak taşınmazın aynına ilişkin bazı uyuşmazlıklarda anlaşma belgesinin düzenlenmesi için tüm tarafların anlaşmaya varmaları gerekir. Örneğin elbirliği mülkiyeti ile sahip olunan taşınmaz üzerindeki ortaklığın giderilmesi talebiyle arabuluculuğa başvurulması hâlinde, tüm tarafların toplantıya katılarak aynı şekilde anlaşmaları üzerine anlaşma belgesi düzenlenir.

Taraflar, anlaşmanın kapsamını ve şeklini serbestçe belirleyebilirler (HUKAK m.18/1)⁹. Dolayısıyla arabuluculuk süreci sonucunda varılan anlaşma kural olarak şekle tâbi değildir¹⁰. Anlaşmanın yazılı olarak yapılması zorunlu değildir. Bu nedenle, anlaşmanın sözlü olarak yapılmasına bir engel yoktur¹¹. Bununla birlikte, taraflar arasında yapılan anlaşmanın, daha sonra bir ispat sorunuyla karşılaşmamak ve icrasına ilişkin tereddütleri ortadan kaldırmak için yazılı yapılmasında

⁷ Badur, "Anlaşma Belgesi", 55; Kurt Konca ve Badur, "İcra Edilebilirlik Şerhi", 543.

⁸ Kurt Konca ve Badur, "İcra Edilebilirlik Şerhi", 543; Badur, "Anlaşma Belgesi", 59.

⁹ İlker Koçyiğit ve Alper Bulur, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk* (Ankara: Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, 2019), 41; Muhammet Özkes ve Murat Atalı, "7036 Sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler", *Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Toplantısı* (23 Aralık 2017), (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 105; Murat Atalı, "Zorunlu Arabuluculuğun Yargılama Hukuku Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorunlar", *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu* (Ankara: Pozitif Matbaacılık, 2018), 144; Kekeç, *Temel Aşamalar ve Taktikler*, 197; Aydın, *Dava Şartı Arabuluculuk*, 257.

¹⁰ Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven, *Arabuluculuk*, 181; Badur, "Anlaşma Belgesi", 53; Ayşe Karaca Öz, "Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Aşırı Yararlanma Sebebiyle İptali", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, S. 2, Aralık (2023): 1406-1428, 1412. Anlaşmanın mutlaka yazılı olması gerektiğine ilişkin bkz. Cafer Eminoğlu ve Ersin Erdoğan, *Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 66. Anlaşmanın yazılı şekilde yapılmasının geçerlilik şartı olduğuna ilişkin ayrıca bkz. Melis Taşpolat Tuğsavul, *Türk Hukukunda Arabuluculuk* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2012), 191. Taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda anlaşmanın yazılı şekilde yapılması geçerlilik şartıdır (Kurt Konca ve Badur, "İcra Edilebilirlik Şerhi", 546).

¹¹ Badur, "Anlaşma Belgesi", 53; Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven, *Arabuluculuk*, 108; Seda Baş, "6325 Sayılı Kanun ile Öngörülen Dava Açma Yasağının Bir İstisnası Olarak Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin İptali", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, S. 1 (2022): 176-189, 178; Melis Taşpolat Tuğsavul, "Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1 (2019): 333-379, 344; Karaca Öz, "Anlaşma Belgesinin İptali", 1409; Onur İlhan, *Arabuluculuk Sözleşmesi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 254; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 11. Bası (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023), 649; Özkes, *Pekcanitez Usûl*, 2844; İbrahim Ermenek, *Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 219; Kekeç, *Temel Aşamalar ve Taktikler*, 197; Aydın, *Dava Şartı Arabuluculuk*, 256.

fayda vardır¹². Ayrıca tarafların yapmış oldukları anlaşmanın içeriğini ve kapsamını anlaşma belgesi hâline getirmeleri, edimlerin ifasını kolaylaştırır¹³. Anlaşma metni adı yazılı şekilde, noterde onaylama veya düzenleme şeklinde yapılabilir¹⁴.

Anlaşma belgesinin kim tarafından düzenleneceğine de değinilmelidir. Doktrinde anlaşma belgesinin düzenlenmesinin arabulucunun görevi kapsamında olduğu ifade edilmektedir¹⁵. Anlaşma belgesinin arabulucu tarafından hazırlanmasının, belgenin açık ve net bir şekilde düzenlenmesi ve ilerde bir uyuşmazlığın ortaya çıkmasına engel olmak açısından önemli olduğu belirtilmektedir¹⁶. Kanaatimizce de özellikle avukat ile temsil edilmeyen taraf bakımından iradenin anlaşma belgesine tam olarak yansıtılmasını sağlamak ve anlaşma belgesinin iptal edilmesine sebep olabilecek olası sorunları engellemek amacıyla, anlaşma belgesinin arabulucu tarafından düzenlenmesinde fayda vardır. Ancak belirtmek gerekir ki, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliğinde, arabulucunun anlaşma belgesini düzenlemekle yükümlü olduğuna ilişkin açık hüküm bulunmamaktadır. HUAK m.18/1'de arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamının taraflarca belirleneceğine işaret edilmiş ancak bu belgenin kim tarafından düzenleneceği açıkça belirtilmemiştir. O hâlde, Kanun'da bir sınırlama olmadığına göre, anlaşma belgesini taraflar, yasal veya iradî temsilciler yahut tarafların iradesi doğrultusunda arabulucu düzenleyebilir¹⁷. Bununla birlikte uygulamada genellikle anlaşma belgeleri düzenlenmesi arabulucu tarafından gerçekleştirilmektedir.

C. ANLAŞMA BELGESİNİN UNSURLARI VE GEÇERLİLİĞİ

Taraflar arasında düzenlenen anlaşma belgesinin geçerli olması, herhangi bir makam veya merciin onayına bağlı değildir¹⁸. Ancak belgenin arabuluculuk anlaşma belgesi olarak nitelendirilebilmesi, bazı unsurları ihtiva etmesine bağlıdır. Arabuluculuk anlaşma belgesinden bahsedilebilmesi için anlaşma belgesinin arabuluculuk faaliyeti sonucunda düzenlenmiş olması gerekir¹⁹. Arabuluculuk fa-

¹² Ekmekçi, Özekes, Atalı ve Seven, *Arabuluculuk*, 108; Taşpolat Tuğsavul, "Anlaşmanın Hukuki Niteliği", 344; Baş, "Anlaşma Belgesinin İptali", 178; İlhan, *Arabuluculuk Sözleşmesi*, 254; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medenî Usûl Hukuku*, 649; Koçyiğit ve Bulur, *Dava Şartı Arabuluculuk*, 43; Özekes, *Pekcanitez Usûl*, 2844; Ermenek, *Zayıf Tarafın Korunması*, 219; Kekeç, *Temel Aşamalar ve Taktikler*, 197; Aydın, *Dava Şartı Arabuluculuk*, 256.

¹³ Kurt Konca ve Badur, "İcra Edilebilirlik Şerhi", 543; Pınar Akan, *Arabuluculuk ve Deniz Hukuku'na İlişkin İhtilaflarda Uygulanması* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 129.

¹⁴ Ekmekçi, Özekes, Atalı ve Seven, *Arabuluculuk*, 109; Kekeç, *Temel Aşamalar ve Taktikler*, 205.

¹⁵ Betül Azaklı Arslan, *Medenî Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 234; Taşpolat Tuğsavul, *Arabuluculuk*, 183.

¹⁶ Ferhat Büyüka, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 101.

¹⁷ Badur, "Anlaşma Belgesi", 63; Kurt Konca ve Badur, "İcra Edilebilirlik Şerhi", 548.

¹⁸ Ermenek, *Zayıf Tarafın Korunması*, 219.

¹⁹ Badur, "Anlaşma Belgesi", 59; Büşra Kazmaz Tepe, "Arabuluculuk Anlaşma Belgesine İlişkin İcra Edilebilirlik Şerhi Taleplerinde Yargılama Usûlü", *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, Y. 5, S. 1

aliyeti yürütülmeksizin tarafların aralarında yapmış olduğu sözleşmeyi arabulucuya imzalatmış olmaları, bu sözleşmeyi anlaşma belgesi hâline getirmez²⁰. Zira Kanun'da anlaşma belgesinin arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenleneceğine açıkça işaret edilmektedir (HUAK m.18/1). Bununla birlikte, bir arabuluculuk faaliyeti için görevlendirilmemiş olan arabulucunun, tamamen tarafların aralarında yapmış oldukları sözleşmeyi imzalamasının makûl bir izahı da yoktur.

Anlaşma belgesinin arabulucu tarafından da imzalanması gerekir. Arabulucu uyuşmazlığın ve dolayısıyla anlaşma belgesinin tarafı değildir. Ancak, arabulucunun anlaşma belgesini imzalaması, tarafların arabuluculuk süreci sonucunda anlaşmaya vardıklarını göstermesi açısından zorunludur. Ayrıca anlaşma belgesinin varlığından bahsedilebilmesi için bu belgenin arabulucu tarafından imzalanması gerekir²¹. Nitekim HUAK m.18/1'de anlaşma belgesinin arabulucu tarafından imzalanacağı açıkça belirtilmiştir. O hâlde, arabulucunun imzasını taşımayan bir belge arabuluculuk anlaşma belgesi olarak nitelendirilemez. Buna karşın, imzasının bulunması, taraflar arasındaki anlaşmanın geçerlilik şartı değildir. Diğer bir ifade ile, arabulucunun imzasını taşımayan belge anlaşma belgesi olarak nitelendirilemese dahi, taraflar arasında yapılan anlaşma, borçlar hukukuna tâbi bir sözleşme olarak geçerlidir²².

Anlaşma belgesinin konusu olan uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olması gerekir. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları arabuluculuğa elverişlidir (HUAK m.1/2). Arabuluculuğa elverişli olmayan bir hususta anlaşma sağlanması üzerine hazırlanan belge, arabuluculuk anlaşma belgesi olarak nitelendirilemez²³.

Arabuluculuk anlaşma belgesinin içeriği sözleşme serbestisi sınırları içerisinde belirlenebilir²⁴. Bu bağlamda, anlaşma belgesi düzenlenirken TBK'nın 27/1 maddesi uyarınca, emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olan ve konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin hükümsüz olacağına

(2018): 125-150, 140; Ersin Erdoğan ve Büşra Cömert, "Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler", *Terazi Hukuk Dergisi* 13, S. 138 (2018): 27-47, 42; Süleyman Burak Gündoğdu, "Kira Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması Üzerine Bazı Düşünceler", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, S. 2 (2023): 851-880, 868.

²⁰ Aynı yönde bkz. Badur, "Anlaşma Belgesi", 59; Karaca Öz, "Anlaşma Belgesinin İptali", 1410. Aksi yönde bkz. Büyükkay, *Anlaşma Belgesi*, 104.

²¹ Erdoğan ve Cömert, "Hukuki Çareler", 34; Eminoğlu ve Erdoğan, *İhtiyari ve Dava Şartı Arabuluculuk*, 83; Çelikoğlu, "Arabuluculuk Yoluna Başvurulması", 706; Karaca Öz, "Anlaşma Belgesinin İptali", 1412; Büyükkay, *Anlaşma Belgesi*, 123.

²² Badur, "Anlaşma Belgesi", 64; Büyükkay, *Anlaşma Belgesi*, 104.

²³ Badur, "Anlaşma Belgesi", 72; Karaca Öz, "Anlaşma Belgesinin İptali", 1410; Korkmaz, "Arabuluculuk İncelemesi", 1370.

²⁴ Ermenek, *Zayıf Tarafın Korunması*, 90; Badur, "Anlaşma Belgesi", 71; Kurt Konca ve Badur, "İcra Edilebilirlik Şerhi", 546; Karaca Öz, "Anlaşma Belgesinin İptali", 1410; Gündoğdu, "Bazı Düşünceler", 868.

dikkat edilmelidir. Arabulucunun sözleşme serbestisi sınırlarına uyulup uyulmadığını denetlemesi ve uyulmaması hâlinde tarafları uyarması ve belgeyi imzalamaktan imtina etmesi gerekir²⁵. Söz konusu uyuşmazlıklarda arabuluculuk süreci yürütülmemelidir²⁶. Taraflar kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi sözleşmeye ilişkin olarak anlaşmaya varsalar dahi, mahkemece anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmemelidir²⁷.

Yukarıda da belirtildiği üzere tarafların arabuluculuk müzakereleri sonucunda yapmış oldukları anlaşma için şekil şartı öngörülmemiştir. Ancak anlaşma belgesi düzenlenirken Kanun'da öngörülen kurallara uyulmalıdır. Örneğin, işe iade talebine ilişkin olarak yürütülen arabuluculuk faaliyeti sonucunda düzenlenen anlaşma belgesinin geçerli olması için İş Kanunu m.21/7'de belirtilen hususları²⁸ içermesi gerekir.

Anlaşma belgesini imzalayacak taraflar tam ehliyetli olmalıdır. Aksi durumda, tam ehliyetli olmayan tarafların, kanuni temsilcileri, arabuluculuk sürecine katılarak anlaşma belgesini imzalayabilir²⁹. Tarafların ve vekillerinin anlaşma belgesinin düzenlenmesine yönelik ehliyetli olması, anlaşma belgesinin geçerli olabilmesi bakımından önem taşır³⁰. Bu nedenle, anlaşma belgesine imza atacak olan vekilin vekâletnamesinin süreli olup olmadığı, kendisine arabuluculuğa başvurma ve anlaşmaya ilişkin yetkinin verilir verilmemesinin kontrol edilmesi gerekir. Anlaşmanın geçerliliği bakımından temsilcilerin yetki sınırlarının denetlenmesi arabulucunun sorumluluğundadır³¹.

D. ANLAŞMA BELGESİNİN DÜZENLENMESİNİN ZORUNLU OLMADIĞI MESELESİ

Arabuluculuk sürecinde iradilik ilkesi geçerlidir. Bu nedenle taraflar, anlaşma, anlaşmama veya kısmen anlaşma şeklinde süreci sonlandırabilirler. HUAK m.18/1 uyarınca, "Arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir; anlaşma belgesi düzenlenmesi hâlinde bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır". Söz konusu düzenlemeye göre, tarafların anlaşması hâlinde bir anlaşma belgesi düzenleme zorunluluğu bulunmamaktadır³².

²⁵ Badur, "Anlaşma Belgesi", 71; Kurt Konca ve Badur, "İcra Edilebilirlik Şerhi", 548.

²⁶ Ermenek, *Zayıf Tarafın Korunması*, 91.

²⁷ Ermenek, *Zayıf Tarafın Korunması*, 92.

²⁸ "Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların, işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları hâlinde; a) İşe başlatma tarihini, b) Üçüncü fıkrada düzenlenen ücret ve diğer hakların parasal miktarını, c) İşçinin işe başlatılmaması durumunda ikinci fıkrada düzenlenen tazminatın parasal miktarını belirlemeleri zorunludur. Aksi takdirde anlaşma sağlanamamış sayılır ve son tutanak buna göre düzenlenir". (İş Kanunu m.21/7).

²⁹ Badur, "Anlaşma Belgesi", 56.

³⁰ Kurt Konca ve Badur, "İcra Edilebilirlik Şerhi", 544.

³¹ Badur, "Anlaşma Belgesi", 56-57.

³² Büyükkay, *Anlaşma Belgesi*, 98.

Bununla birlikte Kanun'da, düzenlenen anlaşma belgesinin taraflar ve arabulucu tarafından imzalanacağı belirtilmiştir.

Anlaşma belgesinin düzenlenip düzenlenmeyeceği her zaman tarafların takdirinde değildir. HUAK m.17/B/3'te ve m.18/B/2'de arabuluculuk süreci sonunda tarafların anlaşması hâlinde anlaşma belgesi düzenleneceği belirtilmiştir³³. Hüküm emredici nitelikte olduğundan, bu hüküm kapsamında yürütülen arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşma sağlanmışsa, anlaşma belgesi düzenlenmesi zorunludur. O hâlde, taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklarda, kiralanın taşınmazların 2004 sayılı Kanuna göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler hariç olmak üzere, kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, taşınır ve taşınmazların paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda, Kat Mülkiyeti Kanunu'ndan kaynaklanan uyuşmazlıklarda, komşu hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklarda, tarafların anlaşması hâlinde anlaşma belgesinin düzenlenmesi zorunlu tutulmuş, bunun dışındaki uyuşmazlıklar üzerinde yapılan anlaşmalar bakımından ise anlaşma belgesi düzenlenmesi taraf iradesine bırakılmıştır.

Kanaatimizce Kanun'da her ne kadar taraf iradesine üstünlük tanınıyor olsa dahi, arabuluculuk süreci sonunda ifanın derhâl gerçekleştirilmediği durumlarda, tarafların anlaşma sağlanan hususlara ilişkin olarak anlaşma belgesi düzenlenmesinde fiilî bir zorunluluk bulunmaktadır. Zira anlaşma sağlanmasına rağmen anlaşma belgesinin düzenlenmemiş olması, uygulamada bazı problemlerin ortaya çıkmasına neden olabilecek niteliktedir. Örneğin, edimlerin ifası sırasında veya ifa edilmemesi hâlinde anlaşmanın kapsamı ve içeriğinin açık ve kesin bir şekilde belirlenmesi mümkün olmaz. Anlaşma belgesinin düzenlenmemesi hâlinde, uyuşmazlığın tarafı, icra edilebilirlik şerhi alarak anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge olmasını sağlama ve buna dayanarak ilamlı icra takibi yapma imkânından mahrum kalır. Bununla birlikte, arabuluculuğa başvurunun amaçlarından biri de, tarafların arabuluculuk süreci sonunda anlaşmalarını sağlayarak uyuşmazlıkları sona erdirmek ve mahkemenin iş yükünü azaltmaktır. Anlaşma sağlanmasına rağmen anlaşma belgesi düzenlenmemesi ise, tarafların anlaşmasının kapsamının belirlenmesi, bunun içeriğinin nasıl ispat edileceği, mahkemeye başvurulmasının mümkün olup olmadığı gibi bazı hususlar bakımından başka ihtilafların çıkmasına neden olabilecek niteliktedir. Bu nedenle, başka ihtilaf konularının ortaya çıkmasına engel olmak amacıyla, Kanun'da anlaşma belgesinin ihtiyarî olarak düzenlenebileceğine ilişkin hükmün değiştirilerek, taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklarda olduğu gibi anlaşma belgesinin düzenlenmesinin zorunlu olduğuna ilişkin bir hüküm konulması kanaatimizce yerinde olur.

³³ Anlaşma belgesi düzenlenmesiyle, taşınmaz hukukuna ilişkin hukukî rejimin korunması ve olası hak kayıplarının önlenmesi amaçlanmaktadır (7445 sayılı Kanun madde gerekçesi). Gerekçe için bkz. <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y6/T2/WebOnergeMetni/b7ba55be-5858-4208-904c-731a3b425ac6.pdf>.

E. ANLAŞMA BELGESİ DÜZENLENMEMESİNİN SAKINCALARI

1. Anlaşma İçeriğinin Tespit Edilememesi

Arabuluculuk süreci sonunda taraflar aralarındaki uyuşmazlıklarının tamamı veya bir kısmı üzerinde anlaşmaya varmış olabilir. Anlaşma sağlanmışsa, anlaşmanın kapsamı ve içeriğine ilişkin bir anlaşma belgesi düzenlenebilir. Tarafların anlaşması hâlinde düzenlenen anlaşma belgesi basit ve kolayca anlaşılabilir olmalıdır³⁴. Anlaşma belgesinde tarafların hakları ve yükümlülükleri, herhangi bir çelişkiye yer vermeyecek netlikte belirtilmelidir³⁵. Örneğin, hangi tarafın, ne zaman, ne şekilde ifade bulunacağı gibi hususların açık bir şekilde anlaşma belgesinde yer alması gerekir. İfanın birden fazla şekilde gerçekleştirilmesi mümkünse, bu husus da açıkça yazılmalıdır³⁶. Anlaşma belgesi, taraflarca varılan anlaşmanın kapsamını ve içeriğini belirleme ve ileride uyuşmazlık çıkmasına engel olma işlevi görür³⁷. Bu nedenle, anlaşma belgesi taraflar bakımından bir güvence teşkil eder. Ayrıca anlaşma belgesinin açık bir şekilde düzenlenmesi, başvuru hâlinde mahkemenin icra edilebilirlik şerhi verilmesine ilişkin yargılamada, anlaşma belgesinin içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığını değerlendirebilmesi bakımından da önemlidir.

Yukarıda belirtildiği üzere³⁸ tarafların kural olarak, anlaşma belgesi düzenleme zorunluluğu yoktur. Taraflar birbirine güvendikleri ve anlaşmanın gereklerinin süresi içinde yerine getirileceğine inandıkları için böyle bir belge düzenlemek istemeyebilirler. Ancak anlaşma belgesinin bulunmaması, olumsuz sonuçlara neden olabilir. Örneğin, taraflar arasında bir uyuşmazlık ortaya çıktığında, anlaşma belgesi mevcut olmadığı için, arabuluculuk sürecinde hangi hususlarda ne şekilde anlaşmaya varıldığını belirlemek mümkün değildir. Arabuluculuk sürecinde gizlilik ilkesi geçerli olduğundan, arabulucunun veya sürece katılan diğer kişilerin tanıklığına da başvurulamaz. Anlaşma belgesinin düzenlenmemesi hâlinde, aslında anlaşmayla sonuçlanan bir arabuluculuk sürecinde tarafların anlaşmasının içeriğinin belirlenmemesi sorunuyla karşılaşılabilir. Bu durum, taraflar arasında sona eren uyuşmazlığın Kanun nazarında devam etmesine yahut yeniden mahkeme önüne getirilebilmesine sebebiyet verebilecek niteliktedir. Diğer bir ifade ile, uyuşmazlık fiilen sona ermesine rağmen hukuken devam ediyor gibi değerlendirilebilir.

³⁴ Kekeç, *Temel Aşamalar ve Taktikler*, 199.

³⁵ Özkes, *Pekcanitez Usûl*, 2844; Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven, *Arabuluculuk*, 109; Kekeç, *Temel Aşamalar ve Taktikler*, 199; Taşpolat Tuğsavul, *Arabuluculuk*, 192; Azaklı Arslan, *Zorunlu Arabuluculuk*, 235; İlhan, *Arabuluculuk Sözleşmesi*, 254; Akan, *Arabuluculuk*, 130; Büyükay, *Anlaşma Belgesi*, 102; Koçyiğit ve Bulur, *Dava Şartı Arabuluculuk*, 43; Gündoğdu, "Bazı Düşünceler", 875; Yazıcı Tıktık, *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*, 60; Çelikoğlu, "Arabuluculuk Yoluna Başvurulması", 706; Aydın, *Dava Şartı Arabuluculuk*, 257; Çiçek, *Zorunlu Arabuluculuk*, 135.

³⁶ Özkes, *Pekcanitez Usûl*, 2844; Kekeç, *Temel Aşamalar ve Taktikler*, 200; Taşpolat Tuğsavul, *Arabuluculuk*, 183.

³⁷ Özkes, *Pekcanitez Usûl*, 2844; Büyükay, *Anlaşma Belgesi*, 98.

³⁸ Bkz. § 1. D.

2. İcra Edilebilirlik Şerhi Alınmaması

Taraflar arabuluculuk süreci sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini mahkemeden talep edebilirler. Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden, davanın görülmesi sırasında ise davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir³⁹. Bu şerhi içeren anlaşma, ilam niteliğinde belge sayılır (HUAK m.18/2).

Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi talep edildiğinde mahkeme, anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığını inceler⁴⁰. Ayrıca mahkeme, yapacağı incelemede, anlaşma içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığını yanı sıra taşınmazın devri veya taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak kurulmasıyla ilgili olarak kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslara uyulup uyulmadığını da denetler (HUAK m.17/B/4).

Taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklarda, kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, taşınır ve taşınmazların paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda, Kat Mülkiyeti Kanunu'ndan kaynaklanan uyuşmazlıklarda, komşu hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklarda, arabuluculuk faaliyeti sonucunda tarafların anlaşması hâlinde anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerhin alınması zorunludur (HUAK m.17/B/4; m.18/B/3). Bu uyuşmazlıklarda anlaşma belgesi düzenlenmesine dair zorunluluğun bir yansıması olarak şerh alınması da zorunlu kılınmıştır. Böylece, taşınmaza ilişkin kanunlarda öngörülen sınırlamalara, usul ve esaslara uyulup uyulmadığı da denetlenmektedir⁴¹.

³⁹ Taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk faaliyeti sonucunda tarafların anlaşması hâlinde anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh, taşınmazın bulunduğu yer sulh hukuk mahkemesinden alınır (HUAK m.17/B/4). Kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, taşınır ve taşınmazların paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda, Kat Mülkiyeti Kanunu'ndan kaynaklanan uyuşmazlıklarda, komşu hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklarda, düzenlenen anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh, taşınmazla ilgili anlaşma belgeleri bakımından taşınmazın bulunduğu yer, diğer anlaşma belgeleri bakımından ise arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden alınır (HUAK m.18/B/3).

⁴⁰ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda mahkemenin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişlilik noktasında inceleme yapacağı belirtilmişse de doktrinde bu hususa ilişkin farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, mahkeme bu bağlamda anlaşma belgesinin içerik bakımından incelemesini yapamaz (Serkan Odaman, "Arabuluculuk Tutanağına İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesine İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, Özel Sayı (2017): 1753-1766, 1759; Eminoğlu ve Erdoğan, *İhtiyari ve Dava Şartı Arabuluculuk*, 71; Ekmekçi, Özekes, Atalı ve Seven, *Arabuluculuk*, 112). Benzer yönde başka görüşe göre, mahkemenin inceleme yaparken iptal edilebilirlik sebeplerini kendiliğinden dikkate alması mümkün değildir (Erdoğan ve Cömert, "Hukuki Çareler", 41). Başka bir görüşe göre ise, mahkeme anlaşma belgesinin içeriğinin emredici hükümlere ve kamu düzenine aykırı olup olmadığını inceleyebilir (Ermenek, *Zayıf Tarafın Korunması*, 222). İsviçre hukuku doktrininde bir görüşe göre, mahkeme anlaşma belgesinin emredici hukuk kurallarına aykırı olup olmadığını inceleyebilir (Oberhammer, Domej ve Haas, *ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung*, Art.217, N. 7).

⁴¹ Kurt Konca ve Badur, "İcra Edilebilirlik Şerhi", 554.

İcra edilebilirlik şerhi alınması her durumda zorunlu değildir⁴². Taraflar yükümlülüklerini yerine getirmişlerse icra edilebilirlik şerhine gerek kalmaz. Ayrıca mevzuatta icra edilebilirlik şerhi alınmasının zorunlu kılındığı haller hariç, taraflar ve avukatları ile arabulucunun, ticari uyumsuzluklar bakımından ise avukatlar ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır (HUAK m.18/4). Bu hâllerde de icra edilebilirlik şerhi alınması gerekmez.

Taraflar yükümlülüklerini yerine getirmemiş ise icra edilebilirlik şerhinin alınması gerekir. Zira anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge sayılması için kural olarak icra edilebilirlik şerhi alınması şarttır. Taraflar arasında bir anlaşma sağlanması hâlinde bu anlaşmaya icra edilebilirlik şerhi alınabilmesi, her şeyden önce bir anlaşma belgesinin mevcut olmasını gerektirir⁴³. Arabuluculuk faaliyeti sonucunda taraflar arasında yapılan anlaşmaya icra edilebilirlik şerhi verilebilmesi için anlaşmanın yazılı olarak yapılması ve taraflar ile arabulucu tarafından imzalanması gerekir⁴⁴. Tarafların veya arabulucunun imzasının eksik olması hâlinde ortada şerh verilecek bir anlaşma belgesi mevcut olmadığından şerh verilmesi talebi reddedilmelidir⁴⁵. Ayrıca taraflar anlaşma belgesi düzenlememişlerse, anlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, bu anlaşmaya icra edilebilirlik şerhi alma imkânından yararlanamaz. O hâlde, anlaşma belgesinin düzenlenmemiş olması, arabuluculuğa başvurarak mahkemede yapılacak yargılamaya göre daha hızlı sonuç elde eden alacaklı taraf için dezavantaj oluşturmaktadır.

3. İlamlı İcra Takibi Yapılamaması

Arabuluculuk süreci sonunda tarafların anlaşmaya varmaları hâlinde, bir anlaşma belgesi düzenlenebilir. Mahkeme tarafından anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verildiğinde veya kanunda belirtilen istisnai durumlarda icra edilebilirlik şerhine gerek olmaksızın anlaşma belgesi ilam niteliğinde belge sayılır. Bunun üzerine alacaklı, bu belgeye dayanarak ilamlı icra takibi yapabilir⁴⁶. Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi alınabilmesi ve ilamlı takip yapılabilmesi için anlaşma belgesinin

⁴² Taşpolat Tuğsavul, "Anlaşmanın Hukuki Niteliği", 344; Koçyiğit ve Bulur, *Dava Şartı Arabuluculuk*, 42; Büyükay, *Anlaşma Belgesi*, 129. İsviçre hukukunda taraflar arasındaki anlaşmanın mahkemenin onayı ile bağlayıcı olacağına ilişkin bkz. Karl Spühler, Luca Tenchio ve Dominik Infanger, *Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, 3. Auflage (Zürich: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2017), Art.217, N. 3.

⁴³ Kazmaz Tepe, "Yargılama Usûlü", 139; Korkmaz, "Arabuluculuk İncelemesi", 1370; Aydın, *Dava Şartı Arabuluculuk*, 256.

⁴⁴ Bu şekil şartının anlaşma için geçerlilik şartı olduğuna ilişkin bkz. Taşpolat Tuğsavul, "Anlaşmanın Hukuki Niteliği", 354; Kazmaz Tepe, "Yargılama Usûlü", 139.

⁴⁵ Erdoğan ve Cömert, "Hukuki Çareler", 42.

⁴⁶ İlâm niteliğinde belgeye dayanarak ilamlı icra takibi yapılması hakkında bkz. Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özekes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 9. Baskı, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 307 vd; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku*, 8. Baskı, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 485 vd.

içeriğinin edimin ifasına ilişkin olması gerekir⁴⁷. Örneğin, para veya para dışındaki edimlerin ifasına yönelik olarak ilamlı icra takibi yapılabilir. Bununla birlikte, eda hükmü içermeyen, sadece tespit hükmü içeren anlaşma belgeleri için icra edilebilirlik şerhi alınmayacağı gibi ilamlı takip de yapılamaz⁴⁸.

Taraflar arasında anlaşmaya varılmasına rağmen anlaşma belgesi düzenlenmemiş olması ilamlı icra takibi bakımından da sorun teşkil eder. Anlaşma belgesi mevcut olmadığı için icra edilebilirlik şerhi alınarak anlaşmaya ilam niteliğinde belge vasfı kazandırılması ve buna dayanarak ilamlı icra takibi başlatılması mümkün değildir. Uyuşmazlığın tarafı, anlaşma belgesinin mevcut olmaması nedeniyle, dava açılmasına kıyasla daha kısa bir süre içerisinde ilam niteliğinde belge elde ederek ilamlı icra takibi yapabileme imkânından mahrum kalır. Bu durum ise, anlaşma sağlanması hâlinde anlaşma belgesinin düzenlenmesinin gerekliliğini ortaya koymaktadır.

II. ANLAŞMA BELGESİ DÜZENLENMEMESİNİN DAVA AÇMA YASAĞI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. DAVA AÇMA YASAĞI

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m.18/5 uyarınca, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz⁴⁹. Tarafların anlaşma sağladıkları hususlara ilişkin olarak dava açmaması, “dava açma yasağı” olarak nitelendirilir⁵⁰. Kanun’da yer alan “dava açılmaz” ifadesi, kanun yapma tekniğine uygun değildir⁵¹. Bu ifadenin tam olarak nasıl anlaşılması gerektiği belirsizdir. Gerekli unsurları taşıyan bir dava dilekçesinin tevzi bürosunda reddedilmesi mümkün olmayıp dilekçenin işleme alınması gerekir⁵². Dava açma yasağı ile, tarafların üzerinde anlaştıkları ve anlaşma belgesinde düzenledikleri hususların mahkemeye yeniden esasa girilerek

⁴⁷ Taşpolat Tuğsavul, *Arabuluculuk*, 192; Kurt Konca ve Badur, “İcra Edilebilirlik Şerhi”, 552; Azaklı Arslan, *Zorunlu Arabuluculuk*, 235; Tanrıver, *Arabuluculuk*, 135; Eminoğlu ve Erdoğan, *İhtiyari ve Dava Şartı Arabuluculuk*, 71; Yazıcı Tıktık, *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*, 64; Erdoğan ve Cömert, “Hukuki Çareler”, 36.

⁴⁸ Eminoğlu ve Erdoğan, *İhtiyari ve Dava Şartı Arabuluculuk*, 71; Ermenek, *Zayıf Tarafın Korunması*, 225; Taşpolat Tuğsavul, “Anlaşmanın Hukuki Niteliği”, 356; Kurt Konca ve Badur, “İcra Edilebilirlik Şerhi”, 552; Keleş, *Temel Aşamalar ve Taktikler*, 200.

⁴⁹ Düzenlemenin yerinde olmadığına ilişkin eleştiriler için bkz. Özkes ve Atalı, “Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler”, 105 vd; Atalı, “Sorunlar”, 144-146; Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven, *Arabuluculuk*, 113-115; Azaklı Arslan, *Zorunlu Arabuluculuk*, 244-245; Eminoğlu ve Erdoğan, *İhtiyari ve Dava Şartı Arabuluculuk*, 74. Düzenlemenin mahkemeye erişim hakkını ihlâl ettiğine ilişkin bkz. Ermenek, *Zayıf Tarafın Korunması*, 228; Taşpolat Tuğsavul, “Anlaşmanın Hukuki Niteliği”, 363-364.

⁵⁰ 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m.24 gerekçesi. Gerekçe için bkz. <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D26/Y2/T1/WebOnergeMetni/eaef5f699-d297-49cc-8405-64435805a0f3.pdf>, Erişim Tarihi: 13.02.2024.

⁵¹ Aydın, *Dava Şartı Arabuluculuk*, 279.

⁵² Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven, *Arabuluculuk*, 114; Aydın, *Dava Şartı Arabuluculuk*, 279.

incelenememesi amaçlanmaktadır⁵³. Bu bağlamda dava açma yasağının, hiç dava açılmaması şeklinde değil, mahkemenin anlaşma sağlanan hususlarda esasa yönelik inceleme yapamaması ve karar verememesi olarak anlaşılması gerekir⁵⁴.

Dava açma yasağının düzenlenmesinin sebebine HUAK'ta ve hüküm gerekçesinde yer verilmemiştir. Bununla birlikte, dava açma yasağının mahkemenin iş yükünü azaltma amacına hizmet ettiği ifade edilebilir⁵⁵. Yine tarafların icra edilebilirlik şerhi alması üzerine veya Kanun'da belirtilen bazı hallerde bu şerh alınmaksızın, düzenlenen anlaşma belgesi ilam niteliğinde belge sayıldığı ve ilamlı icra takibine konu edilebildiği için artık anlaşma sağlanan hususlarda dava açılmasında hukukî yarar bulunmadığı ileri sürülebilir⁵⁶. Dava açma yasağının düzenlenmesinin diğer bir sebebi, anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge sayılması hâlinde, doğrudan takibe konulması mümkünken, aynı konuda çelişkili kararlar verilmesine engel olunmak istenmesidir⁵⁷. Gerçekten de tarafların anlaşma sağladığı hususlarda dava açılması hâlinde, mahkemenin anlaşma hükmünden farklı karar vermesi ihtimâl dâhilindedir.

Dava açma yasağına rağmen dava açılması hâlinde mahkemenin ne şekilde karar vereceğine ilişkin Kanun'da ve madde gerekçesinde herhangi bir açıklama yer almamaktadır. Bununla birlikte, yasağına rağmen dava açılması üzerine verilebilecek kararlara ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, böyle bir durumda davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına ilişkin bir karar verilmesi gerekir⁵⁸. Diğer görüşe göre, dava açma yasağı, davacının, dava açmakta hukukî yararının bulunması biçiminde dava şartının özel görünümüdür. Bu nedenle, yasağına rağmen dava açılması hâlinde mahkeme esasa girmeksizin dava şartı eksikliğinden usulden ret kararı vermelidir⁵⁹. Başka bir görüşe göre, anlaşma belgesinin henüz ilam niteliğinde belge sayılmaması

⁵³ Mine Akkan, "Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, S. 2 (2018): 1-31, 3; Eminoğlu ve Erdoğan, *İhtiyari ve Dava Şartı Arabuluculuk*, 73.

⁵⁴ Akkan, "Dava Açma Yasağı ve Sonuçları", 3, 9; Aydın, *Dava Şartı Arabuluculuk*, 280.

⁵⁵ Akkan, "Dava Açma Yasağı ve Sonuçları", 5.

⁵⁶ Tanrıver, *Arabuluculuk*, 137; Akkan, "Dava Açma Yasağı ve Sonuçları", 6; Koçyigit ve Bulur, *Dava Şartı Arabuluculuk*, 44; Ermenek, *Zayıf Tarafın Korunması*, 226; Büyükkay, *Anlaşma Belgesi*, 118; Gündoğdu, "Bazı Düşünceler", 875; Aydın, *Dava Şartı Arabuluculuk*, 280.

⁵⁷ Eminoğlu ve Erdoğan, *İhtiyari ve Dava Şartı Arabuluculuk*, 73; Erdoğan ve Cömert, "Hukuki Çareler", 37. Dava açma yasağına ilişkin hükmün uygulanabilmesi bakımından anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilip verilmemesi önem taşımaz (Büyükkay, *Anlaşma Belgesi*, 119).

⁵⁸ Fahrettin Korkmaz ve Emre Kiyak, "7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunuyla 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi", *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 4, S. 1, Haziran (2018): 31-56, 47.

⁵⁹ Akkan, "Dava Açma Yasağı ve Sonuçları", 10; N. Tuğçe Bahadır, *Hak Arama Hürriyeti Perspektifinden Arabuluculuk* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 175. Anlaşma sağlanan hususlarda dava açılması hâlinde davanın hukukî yarar yokluğundan reddine ilişkin ayrıca bkz. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku*, 797; Çiçek, *Zorunlu Arabuluculuk*, 135. Söz konusu hükmün hukukî yararın özel görünümü olarak değerlendirilemeyeceğine ilişkin bkz. Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven, *Arabuluculuk*, 114.

ve anlaşma sağlanan hususlara ilişkin dava açılması hâlinde mahkeme davanın konusuz kalması sebebiyle esas hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararı vermelidir. İlâm niteliğinde belge sayılan anlaşma belgesine dayanılarak dava açılması hâlinde ise hukukî yarar yokluğundan davanın usûlden reddi gerekir⁶⁰.

Kanaatimizce sahtelik, aşırı yararlanma, irade fesatlığı gibi anlaşma belgesinin esasına etki ederek iptalini gerektiren durumlar söz konusu değilse, anlaşma sağlanan hususlara ilişkin dava açılması hâlinde hukukî yarar yokluğundan davanın usûlden reddine karar verilmesi gerekir. İlâm niteliğinde belgeler kesin hüküm teşkil etmez. Ancak bu belgeye dayanarak ilamlı icra takibi yapılabildiği için, anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge sayılması hâlinde dava açılmasında hukukî yarar yoktur. Aynı şekilde anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge sayılmaması hâlinde de istisnalar dışında dava açmakta hukuki yararın bulunmadığının kabullü gerekir.

B. DAVA AÇMA YASAĞININ İSTİSNALARI

Dava açma yasağı mutlak bir yasak değildir⁶¹. Diğer bir ifade ile, tarafların arabuluculuk sürecinde anlaşması ve anlaşma sağlanan hususları açık bir şekilde anlaşma belgesine yazması hâlinde dahi, dava açılmasını gerektiren durumlar ortaya çıkabilir. Söz konusu hâllerde, taraflar anlaşmaya varmış olmalarına rağmen dava açılması mümkündür. Dava açılmasının mümkün olduğu hâllerden biri anlaşma belgesine karşı irade fesadının ileri sürülmesidir. Tarafların anlaşmaya varılan hususlar bakımından irade fesadı hâllerine dayanması sebebiyle anlaşma belgesinin iptal edilmesi için dava açılması mümkündür⁶². Böyle bir durumda davanın konusu,

⁶⁰ Tanrıver, *Arabuluculuk*, 139.

⁶¹ Akkan, "Dava Açma Yasağı ve Sonuçları", 3; Baş, "Anlaşma Belgesinin İptali", 185; "Dava açma yasağının mutlak biçimde kabul edilmesi düşünülemez. Arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmaya varılması durumunda anlaşma belgesi düzenlenmiş ve anlaşmaya varılan hususlar açık ve net bir şekilde ortaya konmuş olsa da, yine de çözümlenen uyuşmazlık hakkında dava açılmasının mümkün olduğu çeşitli ihtimaller bulunmaktadır. Bunlardan ilki anlaşma belgesine karşı ileri sürülebilecek irade fesadı halleridir. Bu durumda anlaşmaya varılan hususlarla ilgili olarak bu sözleşmenin iptali TBK (m.30 vd., m.39) hükümleri çerçevesinde talep edilerek dava açılabilir. Elbette anlaşma belgesinin ehliyetsizlik, emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, ahlaka, kişilik haklarına ve şekle aykırılık gibi sebeplerle mutlak butlanla sakatlanması da düşünülebilir. Böyle bir durumda butlanın tespiti mahkemeden istenebilir. Bu anlamda, TBK'nun 27. maddesindeki kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmelerin kesin hükümsüzlüğüne dayanılabilir. Aşırı yararlanmanın koşulları varsa bu konuda da mahkemede dava açılabilir (TBK m.28). İkinci ihtimal, arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmaya varılması durumunda düzenlenen anlaşma belgesinin sahteliğinin ileri sürülmesidir." İzmir BAM 9. HD, 21.10.2019, E. 2019/2343, K. 2019/1223 (Badur, "Anlaşma Belgesi", 69, dn 51).

⁶² Tanrıver, *Arabuluculuk*, 139; Akkan, "Dava Açma Yasağı ve Sonuçları", 22; Kekeç, *Temel Aşamalar ve Taktikler*, 203; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku*, 797; Atalı, "Sorunlar", 145; Ermenek, *Zayıf Tarafın Korunması*, 94; Eminoğlu ve Erdoğan, *İhtiyari ve Dava Şartı Arabuluculuk*, 82; Badur, "Anlaşma Belgesi", 70; Baş, "Anlaşma Belgesinin İptali", 182; Taşpolat Tuğsavul, *Arabuluculuk*, 198; Kazmaz Tepe, "Yargılama Usûlü", 128; Mustafa Gökso, *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, 69; Gündoğdu, "Bazı Düşünceler", 875; Bahadır, *Hak Arama Hürriyeti*, 178; Çiçek, *Zorunlu Arabuluculuk*, 138.

tarafaların anlaşma belgesinde yer verdiği uyuşmazlıklar değil, anlaşma belgesinde yer alan iradenin oluşumundaki sakatlıktır. Bu nedenle, HUAK m.18/5 kapsamında dava açma yasağı söz konusu durumda geçerli değildir⁶³. Anlaşma belgesinin geçersizliğine karar verilmesi üzerine ise, uyuşmazlık dava konusu yapılabilir⁶⁴.

Dava açma yasağının istisnalarından bir diğeri, aşırı yararlanma hâlidir. Aşırı yararlanma, taraflardan birinin, diğer tarafın zor durumda kalmasından, deneyimsizliğinden ya da düşüncesizliğinden faydalanarak sözleşmedeki edimler arasında açık orantısızlık yaratılmasıdır⁶⁵. Doktrinde bir görüşe göre⁶⁶, aşırı yararlanmanın bir tarafın zor durumda kalmasından düşüncesizliğinden veya deneyimsizliğinden yararlanarak gerçekleşmesi gerekir. Arabulucunun görevini gereği gibi yerine getirmesi hâlinde, böyle bir durum ortaya çıkmaz. Arabulucu, tarafı gerektiğinde vekilden yararlanması hususunda uyarır. Bu nedenle, anlaşma belgesinde aşırı yararlanmanın söz konusu olması mümkün değildir. Kanaatimizce olması gereken bakımından değerlendirme yapıldığında bu sonuca ulaşmak mümkündür. Ancak arabulucunun görevini gereği gibi yapmaması hâlinde, aşırı yararlanma durumunun ortaya çıkması ihtimâli vardır. Bu durum, arabulucunun sorumluluğunu doğursa dahi, arabulucunun sorumluluğuna gidilmesi ile anlaşma belgesinin aşırı yararlanma nedeniyle iptal edilmesi birbirinden farklı durumlardır. Bu nedenle, doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere⁶⁷, aşırı yararlanma sebebiyle anlaşma belgesinin iptal edilmesi yoluna gidilebilir.

Anlaşma belgesinin geçersizliği ve sahteliği ileri sürülerek de dava açılması mümkündür⁶⁸. Aynı şekilde, anlaşma belgesinin emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, ahlaka, kişilik haklarına aykırı olduğu, ehliyetsizlik ve şekle aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz olması hâlinde kesin hükümsüzlüğün tespiti için mahkemeye başvurulabilir⁶⁹.

Anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belgeye dönüşmeden önce, uyuşmazlığın tarafının yükümlülüklerini yerine getirmemesi hâlinde dava açılıp açılmayacağı-

⁶³ Ermenek, *Zayıf Tarafın Korunması*, 94; Büyükcay, *Anlaşma Belgesi*, 119.

⁶⁴ Eminoğlu ve Erdoğan, *İhtiyari ve Dava Şartı Arabuluculuk*, 82.

⁶⁵ Baş, "Anlaşma Belgesinin İptali", 183; Karaca Öz, "Anlaşma Belgesinin İptali", 1415.

⁶⁶ Büyükcay, *Anlaşma Belgesi*, 304.

⁶⁷ Erdoğan ve Cömert, "Hukuki Çareler", 45; Ermenek, *Zayıf Tarafın Korunması*, 94; Akkan, "Dava Açma Yasağı ve Sonuçları", 22; Badur, "Anlaşma Belgesi", 70; Kazmaz Tepe, "Yargılama Usûlü", 128; Karaca Öz, "Anlaşma Belgesinin İptali", 1409; Baş, "Anlaşma Belgesinin İptali", 183; Göksu, *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, 69. "... Somut olayda taraflar arasında düzenlenen arabuluculuk tutanağındaki edimler arasında aşırı nispetsizlik hali bulunmakla arabuluculuk tutanağınının 6098 sayılı Yasa'nın 28. maddesi hükümleri gereği gabin nedeniyle de iptali gerekmiştir", Ankara BAM 9. HD, 14.03.2023, E. 2023/6, K. 2023/935, (Legalbank, Erişim Tarihi: 22.02.2024). Aşırı yararlanma sebebiyle anlaşma belgesinin iptali hakkında ayrıca bkz. Karaca Öz, "Anlaşma Belgesinin İptali", 1420 vd.

⁶⁸ Ermenek, *Zayıf Tarafın Korunması*, 227; Akkan, "Dava Açma Yasağı ve Sonuçları", 3, 22; Atalı, "Sorunlar", 145; Badur, "Anlaşma Belgesi", 70; Bahadır, *Hak Arama Hürriyeti*, 178; Büyükcay, *Anlaşma Belgesi*, 119.

⁶⁹ Akkan, "Dava Açma Yasağı ve Sonuçları", 22.

nın değerlendirilmesi gerekir. Doktrinde bir görüşe göre⁷⁰, alacaklı anlaşma belgesi gereğince yükümlülüklerin yerine getirilmemesi üzerine anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi için sulh hukuk mahkemesine başvurmalıdır. Böyle bir durumda, anlaşma belgesine dayanarak ilamsız icra takibi yapılması ve takibe itiraz üzerine ise itirazın iptali davası açılmasında hukukî yarar yoktur. Aynı şekilde alacaklının ifa amacıyla doğrudan eda davası açmasında hukuki yararı bulunmamaktadır. Diğer görüşe göre⁷¹, anlaşma belgesinde yer alan edimlerin ifa edilmemesi hâlinde dava açılıp açılmayacağı anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi alınıp alınmamasına göre belirlenmelidir. İcra edilebilirlik şerhi alınmışsa veya Kanun'da öngörülen hâllerde bu şerh alınmasa dahi, anlaşma belgesi ilam niteliğinde belge sayılacağı için ilamlı icra takibi yapılabilir. Bu nedenle, söz konusu hâllerde dava açılmasında hukukî yarar yoktur. Buna karşılık icra edilebilirlik şerhi alınmamışsa ve anlaşma belgesi ilam niteliğinde belge niteliğine sahip değilse dava açmak mümkün olmalıdır. Kanaatimizce de anlaşma uyarınca edimlerin ifa edilmemesi hâlinde, şayet anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi alınmamışsa veya Kanun uyarınca anlaşma belgesi ilam niteliğinde belge vasfına sahip olamamışsa dava açılabilir. Zira dava açma yasağı, doğrudan ilamlı icra takibine başvurma imkânı varken, tarafların aralarında çözmüş olduğu uyuşmazlığı yeniden mahkeme önüne getirmesini engelleme amacına hizmet eder. İlam niteliğinde belge vasfını taşımayan bir anlaşma belgesine dayanarak ise ilamlı takip yapılması mümkün değildir.

C. ANLAŞMA BELGESİ DÜZENLENMEYEN HÂLLERDE DAVA AÇMA YASAĞININ UYGULANABİLİRLİĞİ

1. Geçerli Bir Anlaşma Belgesinin Mevcut Olmaması Bakımından

Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılacak hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz (HUAK m.18/5). Dava açma yasağının söz konusu olabilmesi için arabuluculuk faaliyeti sonucunda düzenlenen, anlaşmaya varılan hususların açık ve net bir şekilde yer aldığı, arabulucu, taraflar veya avukatları tarafından imzalanmış olan anlaşma belgesinin bulunması gerekir⁷². Diğer bir ifade ile dava açma yasağı, ancak geçerli bir şekilde düzenlenmiş anlaşma belgesinin mevcut olması hâlinde söz konusu olmaktadır. Bu nedenle, anlaşma belgesinin hiç düzenlenmemiş olması veya belirli unsurları bünyesinde barındırmadığı için geçerli bir anlaşma belgesi olarak nitelendirilemeyen bir belgenin mevcut olması hâlinde dava açma yasağı geçerli olmaz⁷³.

⁷⁰ Büyükay, *Anlaşma Belgesi*, 120-121.

⁷¹ Ermenek, *Zayıf Tarafın Korunması*, 229. Aynı yönde ayrıca bkz. Akkan, "Dava Açma Yasağı ve Sonuçları", 24.

⁷² Akkan, "Dava Açma Yasağı ve Sonuçları", 17.

⁷³ Karaca Öz, "Anlaşma Belgesinin İptali", 1410; "... usulüne uygun bir arabuluculuk başvurusunun ve görüşmesinin yapılmadığı gibi mevzuat hükümleri çerçevesinde arabuluculuk anlaşma belgesinin düzenlenmediği sonucuna varılmaktadır. Tüm bu tespitler karşısında; dava tarihi itibarıyla

Anlaşma belgesinin düzenlenmesi kural olarak tarafların takdirindedir. Taraflar, aralarında yapmış oldukları anlaşmayı yazıya dökmemeyi tercih edebilir. Tarafların arabuluculuk süreci sonunda anlaşmaya varmalarına rağmen bunu yazılı hâle getirmemeleri durumunda, yapılan anlaşma bağlayıcı değildir⁷⁴. Anlaşma belgesinin mevcut olmaması, arabuluculuk sürecinin anlaşmama ile sonuçlanması anlamına gelir ve taraflar yargı yoluna başvurabilir⁷⁵.

2. Son Tutanağın İçeriği Bakımından

Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaştıkları, anlaşmadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı bir tutanak ile belgelendirilir (HUAK m.17/2). Arabuluculuk faaliyeti sonucunda arabuluculuk son tutanağının düzenlenmesi zorunludur. Ancak anlaşma belgesi bakımından her durumda böyle bir zorunluluk söz konusu olmadığından, tarafların aralarındaki uyuşmazlıklar üzerinde anlaşmaya varmalarına rağmen anlaşma belgesi düzenlenmemiş olması ihtimâl dâhilindedir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m.18'in gerekçesinde arabuluculuğun anlaşma ile sonuçlanması hâlinde, faaliyetin sonunda tutulan tutanağın bir anlaşma belgesi niteliğinde olduğu belirtilmiştir⁷⁶. Kanaatimizce, bu tespit her zaman doğru sonuç doğurmaz. Taraflar anlaşma belgesi düzenlemek yerine aralarındaki anlaşmanın içeriğinin son tutanağa eklenilmesini isteyebilir. Nitekim Kanun'da arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen son tutanağa, faaliyetin sonuçlanması dışında hangi hususların yazılacağına tarafların karar vereceği düzenlenmiştir (HUAK m.17/3). O hâlde, anlaşma belgesinde yazabilecek hususların arabuluculuk son tutanağına geçirilmesine bir engel bulunmamaktadır⁷⁷. Böyle bir durumda madde gerekçesindeki ifadenin yerinde olduğu söylenebilir. Ancak arabuluculuk son tutanağında sadece tarafların hangi uyuşmazlıkları müzakere ettikleri ve hangi uyuşmazlıklar üzerinde anlaşmaya varıldığı yer alıyorsa, düzenlenen arabuluculuk son tutanağının anlaşma belgesi sayılmasına imkân yoktur. Zira anlaşma belgesinin fonksiyonu sadece tarafların hangi uyuşmazlıklar

taraflar arasında 6325 sayılı Kanun hükümleri dikkate alındığında, yapılan işlemler geçerli ihtiyari arabuluculuk faaliyeti olarak nitelendirilemez. Kanun hükümlerine göre usulüne uygun bir başvuru olmadığı, arabuluculuk görüşmelerinin hiç yapılmadığı ve mevzuat hükümleri çerçevesinde usulüne uygun, geçerli bir tutanak düzenlenmediği ... dikkate alınarak, davaya konu ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık izin ücreti yönünden işin esasına girilerek sonuca gidilmesi gerekirken, hukuken geçerli bir anlaşmanın varlığı kabul edilerek "arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılan konularda dava açılmayacağı" yönündeki gerekçeyle davanın usulden reddi hatalı olup...", Yargıtay 9. HD, 11.06.2019, E. 2019/3695, K. 2019/13041 (Legalbank, Erişim Tarihi: 22.02.2024).

⁷⁴ Akan, *Arabuluculuk*, 133.

⁷⁵ Akan, *Arabuluculuk*, 133; Karaca Öz, "Anlaşma Belgesinin İptali", 1410.

⁷⁶ Gerekçe için bkz. <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D24/Y2/T1/WebOnergeMetni/b210f9e6-294d-4603-8179-1be38025af41.pdf>, Erişim Tarihi: 13.02.2024.

⁷⁷ Aynı yönde bkz. Badur, "Anlaşma Belgesi", 55; İlhan, *Arabuluculuk Sözleşmesi*, 254; Özekes, *Pekcanitez Usûl*, 2843; Çelikoğlu, "Arabuluculuk Yoluna Başvurulması", 705.

üzerinde anlaşmaya vardıklarını belirlemek değildir. Bu anlaşmanın içeriğinin ve kapsamının ne olduğu, edimlerin ne şekilde yerine getirileceği gibi hususlarında anlaşma belgesinde yer alması gerekir. Bu nedenle arabuluculuk son tutanağında taraflar arasında anlaşma sağlanan hususların belirtilmiş olması tek başına bir anlam ifade etmez.

Arabuluculuk süreci sonunda tarafların anlaşmaya varmalarına rağmen ayrı bir anlaşma belgesi düzenlenmemesi ve arabuluculuk son tutanağında sadece müzakere edilip anlaşmaya varılan uyuşmazlıkların belirtilmesi dava açma yasağı bakımından değerlendirilmelidir. Kanaatimizce Kanun'da yer alan "üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz" ifadesinin dar yorumlanmaması gerekir. Diğer bir ifade ile, arabuluculuk son tutanağında tarafların anlaşmaya varmış oldukları uyuşmazlıkların belirtilmiş olması, dava açma yasağının geçerliliği bakımından tek başına yeterli olmamalıdır. Zira dava açma yasağı, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı çözmeleri üzerine bunun yeniden mahkeme önüne getirilmemesini amaçlar. Oysa taraflar, arabuluculuk son tutanağına göre anlaşmaya varmış olarak görünseler dahi, bu anlaşmanın içeriği, kapsamı, edimlerin ne zaman ve nasıl ifa edileceği gibi pek çok husus bakımından açıklık mevcut değildir. Dolayısıyla taraflar arasında birçok yeni ihtilaf konusu ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, söz konusu durumlarda, edimler ifa edilmediği sürece, taraflar şeklen anlaşmış olsalar dahi düzenlenen son tutanağın anlaşamama son tutanağı olarak kabulü gerekir. Tarafların anlaşmanın içeriği ve ifasına yönelik ihtilaf yaşaması hâlinde, dava açma yasağı geçerli olmaz.

Gelinen noktada üzerinde durulması gereken diğer bir husus ise, tarafların üzerinde anlaşma sağladığı uyuşmazlıkların arabuluculuk son tutanağında eksik olarak gösterilmesi ve anlaşma sağlanan hususlara ilişkin anlaşma belgesi düzenlenmemesidir. Tarafların üzerinde anlaşmış oldukları uyuşmazlıkların son tutanakta eksik gösterilmesi hâlinde, düzenlenmiş bir anlaşma belgesi olmadığından bu uyuşmazlıklar bakımından dava açma yasağı geçerli olmaz. Burada bir ayırım yapılması gerekir. Arabuluculuk son tutanağında müzakere edilen hususlar tam olarak yer almasına rağmen anlaşma sağlanan hususlar eksik olarak belirtilmişse, esasen anlaşma sağlanmış ancak yazılmamış uyuşmazlıklar bakımından anlaşma sağlanmadığı kabul edilmelidir. Son tutanakta müzakere edildiği belirtildiği için geçerli bir arabuluculuk süreci yürütülmüş olur. Bunun üzerine başvuru taraf davasını açabilir. Arabulucunun, anlaşma sağlanan uyuşmazlıkların müzakere edildiğini ve bunlar üzerinde tarafların anlaşmış olduğunu son tutanağa yazmaması hâlinde ise, taraflar anlaşma sağlamış olsalar dahi, anlaşma belgesi düzenlenmediğinden ve arabuluculuk son tutanağında bu uyuşmazlıkların müzakere edildiği yazmadığından, geçerli bir arabuluculuk sürecinin yürütülmediği kabul edilmelidir. Bu nedenle, başvurunun bu uyuşmazlıklar için yeniden arabuluculuk başvurusu yapması gerekir.

3. Hak Arama Özgürlüğü Bakımından

Tarafların anlaşmaya varmalarına rağmen anlaşma belgesi düzenlenmemiş olmaları, anlaşma uyarınca yükümlülük altına giren tarafın, yükümlülüğünü yerine getirmemesi hâlinde, diğer tarafın hakkının tehlikeye girmesi söz konusu olabilir. Bu nedenle, arabuluculuk sürecinin tarafların anlaşmasıyla sonuçlanması üzerine, son tutanak anlaşma olarak düzenlense dahi, anlaşma belgesinin düzenlenmemesi hâlinde dava açma yasağı geçerli olmaz. Şayet anlaşma belgesi düzenlenmemesine rağmen son tutanakta anlaşma sağlandığı belirtilen hususlarda dava açılmayacağı kabul edilirse, yükümlülüğünü yerine getirilmemesi hâlinde tarafın mahkemeye başvurması engellenmiş olur. Ayrıca mevcut bir anlaşma belgesi olmadığı için icra edilebilirlik şerhi alamayan taraf ilamlı icra takibi de yapamaz. O hâlde, böyle bir durumda dava açma yasağının geçerli olduğunun kabul edilmesi, hak arama özgürlüğünün ihlâl edilmesi anlamına gelir⁷⁸. Dava açma yasağı ise, hak arama özgürlüğünü engelleyen bir yasak olarak kabul edilemez⁷⁹.

Taraflar anlaşma sağlamış oldukları hususlarda anlaşmanın gerekleri yerine getirilmemesi hâlinde, şayet para alacağı söz konusu ise ilamsız icra takibi yapılabilirler. Zira ilamsız icra takibi, para alacakları söz konusu olduğunda başvurulabilen bir takip yoludur. Alacaklının elinde herhangi bir belge bulunmasına gerek olmaksızın bu takip yoluna başvurulabilir⁸⁰. Ancak anlaşma belgesi düzenlenmemiş olması bu ihtimâlde de sorun teşkil eder. Borçlu ödeme emrine itiraz ederse, alacaklının ya icra mahkemesinden itirazın kaldırılmasını istemesi ya da genel mahkemelerde itirazın iptali davası açması gerekir. Borçlunun itirazının kaldırılması için sadece İcra ve İflâs Kanunu'nda öngörülen belgelere dayanılabilir⁸¹. Arabuluculuğa başvuran tarafın önceden bu belgelerden birine sahip olmaması hâlinde itirazın kaldırılması yolundan bir sonuç alması mümkün değildir.

Gelinen noktada dava açma yasağının geçerli bir anlaşma belgesi düzenlenmesi ve bu belgenin ilam niteliğinde belge sayılması⁸² hâlinde geçerlilik kazanacağını, son tutanakta, üzerinde anlaşma sağlandığı belirtilen hususların dava açılmasına engel olmayacağını belirtmek gerekir. Zira anlaşma belgesi mevcut olmamasına rağmen anlaşma son tutanağından hareketle anlaşma sağlanan hususlarda dava açılmayacağını kabulü, alacaklı konumunda olan tarafın hakkını aramasına engel teşkil ettiği için hak arama özgürlüğüne açıkça aykırıdır.

⁷⁸ Aynı yönde bkz. Eminoğlu ve Erdoğan, *İhtiyari ve Dava Şartı Arabuluculuk*, 73.

⁷⁹ Akkan, "Dava Açma Yasağı ve Sonuçları", 3; Tanrıver, *Arabuluculuk*, 137-138; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, *Medenî Usûl Hukuku*, 649; Ermenek, *Zayıf Tarafın Korunması*, 227; Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven, *Arabuluculuk*, 113. Dava açma yasağının hak arama özgürlüğünü ihlâl etmediğine ilişkin bkz. Bahadır, *Hak Arama Hürriyeti*, 174.

⁸⁰ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes, *İcra ve İflâs Hukuku*, 93; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku*, 152.

⁸¹ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku*, 234.

⁸² İlâm niteliğinde belge sayılmayan anlaşma belgesi mahkeme dışı sulh olarak kabul edilir. Mahkeme dışı sulhe dayanarak dava açılmayacağını kabul edilmesi ise hak arama özgürlüğüne aykırıdır (Tanrıver, *Arabuluculuk*, 137-138).

SONUÇ

Arabuluculuk sürecinde uyuşmazlıkların, tarafların kendi aralarında yapacağı anlaşma ile sona erdirilmesi amaçlanır. Taraflar, uyuşmazlık konuları üzerinde sözlü olarak da anlaşma sağlayabilirler. Zira taraflar arasında yapılacak anlaşma kural olarak şekle tâbi değildir. Nitekim Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m.18/1 hükmünden de anlaşılacağı üzere tarafların arabuluculuk sürecinde anlaşması hâlinde bir anlaşma belgesi düzenlemesi kural olarak zorunlu değildir.

Tarafların müzakereler sonunda anlaşmaya varmaları hâlinde bir anlaşma belgesi düzenlenmesi büyük önem taşır. Zira anlaşma hükümlerinin yazılı hale getirilmemesi pek çok problemin ortaya çıkmasına neden olabilir. Anlaşma belgesinin düzenlenmemesi hâlinde, tarafın hangi yükümlülükleri, ne zaman ve ne şekilde ifa edeceği hususunda ihtilaf çıkması ihtimâl dâhilindedir. Ayrıca, edimlerin ifası sırasında veya ifa edilmemesi hâlinde anlaşmanın kapsamı ve içeriğinin açık ve kesin bir şekilde belirlenmesi mümkün olmaz.

Anlaşma belgesi düzenlenmemiş olması, anlaşma uyarınca alacaklı olan tarafın bazı imkânlardan mahrum kalmasına neden olur. Alacaklı taraf, anlaşma belgesi düzenlenmemesi hâlinde, anlaşmaya icra edilebilirlik şerhi alarak ilam niteliğinde belge vasfını kazandıramaz. Ayrıca böyle bir durumda, alacaklının elinde ilam niteliğinde belge olmadığı için ilamlı icra takibi yapabilmesi de mümkün olmaz. Bu durum ise, davaya kıyasen daha hızlı bir şekilde sonuç aldığı hâlde, alacaklıyı dezavantajlı duruma getirir. O hâlde, arabuluculuk süreci sonunda tarafların anlaşması hâlinde, anlaşmanın hükümlerini içeren bir anlaşma belgesi düzenlenmesinde fiilî bir zorunluluk bulunmaktadır.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaştıkları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı bir tutanak ile belgelendirilir. Arabuluculuk son tutanağına, faaliyetin sonuçlanması dışında hangi hususların yazılacağına taraflar karar verebilir. Taraflar, müzakereler sonucunda anlaşmaya varmışlar ise, anlaşmanın kapsam ve içeriğinin ayrı bir anlaşma belgesi yerine son tutanakta düzenlenmesini tercih edebilirler. Böyle bir durumda arabuluculuk son tutanağı, anlaşma belgesi niteliğine sahip olur.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz. Bu durum, “dava açma yasağı” olarak nitelendirilmektedir. Dava açma yasağının söz konusu olabilmesi, her şeyden önce bir anlaşma belgesinin mevcut olmasını gerektirir. Anlaşma belgesi düzenlenmemesi hâlinde, anlaşma son tutanağı düzenlense dahi, dava açma yasağı geçerli olmaz. Zira aksinin kabul edilmesi hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil eder.

KAYNAKÇA

- Akan, Pınar. *Arabuluculuk ve Deniz Hukuku'na İlişkin İhtilaflarda Uygulanması*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- Akkan, Mine. “Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, S. 2 (2018): 1-31.
- Alexander, Nadja. “Mediation in Practise: Common Law and Civil Law Perspectives Compared”, *International Trade and Business Law Annual* Vol. 6, (2001): 1-18.
- Arslan, Ramazan, Yılmaz, Ejder, Taşpınar Ayvaz, Sema ve Hanağası, Emel. *İcra ve İflâs Hukuku*. 8. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Atalı, Murat, Ermenek, İbrahim ve Erdoğan, Ersin. *Medeni Usûl Hukuku*. 6. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Atalı, Murat. “Zorunlu Arabuluculuğun Yargılama Hukuku Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorunlar”, *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu*, Ankara: Pozitif Matbaacılık, 2018: 137-154.
- Aydın, İsmail. *Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Azıklı Arslan, Betül. *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Badur, Emel. “Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Y. 9, S. 18, Aralık (2021): 49-87.
- Bahadır, N. Tuğçe. *Hak Arama Hürriyeti Perspektifinden Arabuluculuk*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Baş, Seda. “6325 Sayılı Kanun ile Öngörülen Dava Açma Yasağının Bir İstisnası Olarak Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin İptali”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, S. 1 (2022): 176-189.
- Brown, Henry ve Marriot, Arthur. *ADR Principles and Practice*. 2. Baskı, London: Sweet & Maxwell, 1999.
- Büyükkay, Ferhat. *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Çelikoğlu, Cengiz Topel. “6325 Sayılı HUAK’a Göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usulleri ile İlişkisi”, *Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan*, Cilt 1, Ankara: Yetkin Yayınları, (2014): 669-723.
- Çiçek, Mustafa, *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk*. 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Ekmekçi, Ömer, Özekes, Muhammet, Atalı, Murat ve Seven, Vural. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*. 2. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Eminoğlu, Cafer ve Erdoğan, Ersin. *Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Erdoğan, Ersin ve Cömert, Büşra. “Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler”, *Terazi Hukuk Dergisi* 13, S. 138 (2018): 27-47.

- Ermenek, İbrahim. *Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Göksu, Mustafa. *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim*. 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Gündoğdu, Süleyman Burak. “Kira Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması Üzerine Bazı Düşünceler”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, S. 2 (2023): 851-880.
- İlhan, Onur. *Arabuluculuk Sözleşmesi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Karaca Öz, Ayşe. “Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Aşırı Yararlanma Sebebiyle İptali”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, S. 2, Aralık (2023): 1406-1428.
- Kazmaz Tepe, Büşra. “Arabuluculuk Anlaşma Belgesine İlişkin İcra Edilebilirlik Şerhi Taleplerinde Yargılama Usûlü”, *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, Y. 5, S. 1 (2018): 125-150.
- Kekeç, Elif Kısmet. *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*. 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.
- Koçyiğit, İlker ve Bulur, Alper. *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*. Ankara: Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, 2019.
- Korkmaz, Cansu. “Davaların Yığılmasında Dava Şartı Arabuluculuk İncelemesi”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Y. 7, S. 2 (2022): 1365-1406.
- Korkmaz, Fahrettin ve Kıyak, Emre. “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunuyla 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 4, S. 1, Haziran (2018): 31-56.
- Kurt Konca, Nesibe ve Badur, Emel. “Taşınmazın Aynına İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 14, S. 56, Ekim (2023): 539-568.
- Oberhammer, Paul, Domej, Tanja ve Haas Ulrich. *ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung*. Zürich: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2013.
- Odaman, Serkan. “Arabuluculuk Tutanağına İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesine İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, Özel Sayı (2017): 1753-1766.
- Özekes, Muhammet ve Atalı, Murat. “7036 Sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler”, *Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Toplantısı* (23 Aralık 2017), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018: 41-122.
- Özekes, Muhammet. *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*. 15. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Pekcanitez, Hakan, Atalay, Oğuz ve Özekes, Muhammet. *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*. 11. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023.
- Pekcanitez, Hakan, Atalay, Oğuz, Sungurtekin Özkan, Meral ve Özekes, Muhammet. *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*. 9. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Spühler, Karl, Tenchio, Luca ve Infanger, Dominik. *Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*. 3. Auflage, Zürich: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2017.

- Tanrıver, Süha. *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*. 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Taşpolat Tuğsavul, Melis. “Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1 (2019): 333-379.
- Taşpolat Tuğsavul, Melis. *Türk Hukukunda Arabuluculuk*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.
- Yazıcı Tıktık, Çiğdem, *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013.

İnternet Kaynakları

- Erişim Tarihi: 13.02.2024, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D26/Y2/T1/WebOnergeMet/ni/eae5f699-d297-49cc-8405-64435805a0f3.pdf>.
- Erişim Tarihi: 13.02.2024, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D24/Y2/T1/WebOnergeMet/ni/b210f9e6-294d-4603-8179-1be38025af41.pdf>.
- Erişim Tarihi: 22.02.2024, Legalbank.

ALMAN HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK İFLÂS İDARE MEMURUNUN SEÇİMİ VE GÖREVLENDİRİLMESİ^(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Ramazan KORKMAZ^(**)**

Öz

Ekonomik ve politik gelişmeler ticaret hayatını doğrudan etkilemektedir. Küresel ve bölgesel ölçekte ortaya çıkan belirsizlikler ve ekonomik bozulmalar nedeniyle bazen gerçek veya tüzel kişilerin nakit akışında sıkıntı ortaya çıkıp borçlarını kendi rızalarıyla ödeyemedikleri durumlar yaşanabilir. Borçlunun mal varlığının bir kül hâlinde tasfiyesini amaçlayan iflâs hukuku, modern anlayışta her ne kadar borçlunun hukukî varlığının devamlılığının sağlanmasını amaç edince de klasik iflâs hukuku tasfiyesinde borçlu, müflis sıfatını kazanmakta ve borçlunun parayla ölçülebilir nitelikteki mal varlığı değerleri, iflâsın açılması ile birlikte müflisin tasarruf alanından çıkıp iflâs masasına dahil olmaktadır. Müflisin alacaklılarının eşit oranda tatmin edilmesini sağlayan bu sistemde, masaya dahil olan mal varlığı değerlerinin yönetimi ve tasfiye süreci boyunca işletilmesi amacıyla iflâs idaresi teşekkül etmekte, bu idareye üye aday seçimlerini alacaklılar toplantısı yapsa da iflâs idare memuru görevlendirmesini icra mahkemesi yapmaktadır. Tasfiyenin başarılı bir şekilde ilerlemesi ve sonuçlandırılması açısından bu idareye seçilecek olan iflâs idare memurlarının belirlenmesi "iflâs tasfiyesinin kaderini belirler" nitelikte önemlidir. Zira müflisin tasarruf yetkisini ortadan kaldırıp bu yetkiyi masanın temsilcisi konumundaki iflâs idaresine vererek alanında uzman olmayan iflâs idare memurları eliyle tasfiyenin ipi çekilebilir. İşte bu mahzurlu sonucun ortaya çıkmaması adına iflâs idare memurlarının bilhassa somut olaya uygun olarak, tecrübeli, alana hâkim ve iflâs tasfiye sürecini hukukî ve malî açıdan bilen kişilerden seçilmesi önemlidir. Fakat yapılacak seçimde, adı geçen bu kriterler kadar saydamlık ve bağımsızlık da bir o kadar dikkate şayandır. Bu çalışmada, iflâs tasfiyesinin başarılı bir şekilde yürütülerek alacaklılar arası eşitlik prensibine uygun bir dağıtımın yapılıp başarıyla sürecin yönetilmesi ve sonlandırılması bakımından önem arz eden iflâs idare memurluğu müessesesi, iflâs idare memurunun görevleri, seçimi ve görevlendirilmesi açısından ele alınmıştır. Çalışmada özellikle iflâs idare memurlarının seçimi konusunda getirilen yeni bir düzenleme olan Yönetmelik hükümlerine yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler

İflâs Tasfiyesi, İflâs İdare Memuru, İflâs İdare Memurunun Seçimi, İflâs İdare Memurunun Görevleri, İflâs İdare Memurunun Nitelikleri.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 27.02.2024 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 20.05.2024, DOI No: <https://doi.org/10.54704/akdhfd.1443290>.

Çalışmada kullanılan Almanca eserler, TÜBİTAK 2219 Yurt Dışı Doktora Sonrası Araştırma Bursu kapsamında Trier Üniversitesi'nde temin edilmiştir. Desteği için TÜBİTAK'a teşekkür ederim.

^(**) Pamukkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı / Denizli, Türkiye.

E-posta: ramazankorkmaz123@gmail.com,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-1433-0567>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

SELECTION AND APPOINTMENT OF BANKRUPTCY ADMINISTRATOR IN COMPARISON WITH GERMAN LAW

Abstract

Economic and political developments directly affect business life. Due to uncertainties and economic deteriorations that arise on a global and regional scale, situations may sometimes occur where real or legal persons have cash flow difficulties and are unable to pay their debts of their own accord. Although bankruptcy law, which aims to liquidate the debtor's assets in a state of ashes, aims to ensure the continuity of the debtor's legal existence in the modern understanding, in the liquidation of classical bankruptcy law, the debtor acquires the title of bankrupt and the debtor's property values, which can be measured in money, leave the bankrupt's domain with the opening of bankruptcy, is included in the bankruptcy estate. In this system, which ensures equal satisfaction of the bankrupt's creditors, a bankruptcy administration is established in order to manage the asset values included in the table and operate them throughout the liquidation process. Although the creditors' meeting elects the candidate members of this administration, the bankruptcy administrator is appointed by the enforcement court. In terms of the successful progress and completion of the liquidation, the determination of the bankruptcy administrators to be elected to this administration is important as it "determines the fate of the bankruptcy liquidation". Because the bankruptcy administration can eliminate the bankrupt's power of disposition and give it to the bankruptcy administration, which is the representative of the table, and the liquidation can be pulled by the bankruptcy administrators who are not experts in their field. In order to prevent this undesirable outcome from occurring, it is important that the bankruptcy administrators be selected, especially in accordance with the concrete case, from people who are experienced, have knowledge of the field, and have legal and financial knowledge of the bankruptcy liquidation process. However, in the election to be held, transparency and independence are as important as these criteria. In this study, the bankruptcy administrator institution, which is important in terms of successfully carrying out the bankruptcy liquidation and making a distribution in accordance with the principle of equality among creditors and successfully managing and finalizing the process, is discussed in terms of the duties, selection and assignment of the bankruptcy administrator. In the study, the provisions of the regulation, which is a new regulation regarding the selection of bankruptcy administrators, are especially included.

Keywords

Bankruptcy Liquidation, Bankruptcy Administrator, Selection of Bankruptcy Administrator, Duties of the Bankruptcy Administrator, Qualifications of the Bankruptcy Administrator.

Extended Abstract

Economic and political developments directly affect business life. Due to uncertainties and economic disruptions that arise on a global and regional scale, situations may sometimes occur where real or legal persons have cash flow difficulties and are unable to pay their debts of their own accord. This situation, which we encounter especially in commercial companies and can affect the commercial and economic order due to non-payment of debts, causes, in addition to enforcement proceedings, bankruptcy proceedings or direct bankruptcy cases, which we have witnessed a lot in recent times and which we will encounter a lot in the future. Although bankruptcy law, which aims to liquidate the debtor's assets into ashes, aims to ensure the continuity of the debtor's legal existence in the modern understanding, in the classical bankruptcy law liquidation, the debtor becomes bankrupt and the debtor's property values, which can be measured in money, leave the bankrupt's domain with the opening of bankruptcy. is included in the bankruptcy estate. In this system, which ensures equal satisfaction of the bankrupt's creditors, the bankruptcy administration is established in order to manage the assets included in the table and operate them throughout the liquidation process. Although the creditors' meeting elects the candidate members of this administration, the bankruptcy administration officer is appointed by the enforcement court. In terms of the successful progress and completion of the liquidation, the determination of the bankruptcy administrators to be elected to this administration is important as it "determines the fate of the bankruptcy liquidation". Because, by eliminating the bankrupt's power of disposition and giving it to the bankruptcy administration, which is the representative of the table, the liquidation can be pulled by bankruptcy administrators who are not experts in their field. In order to prevent this undesirable result from occurring, it is important to select bankruptcy administrators, especially in accordance with the concrete case, from people who are experienced, knowledgeable in

the field and familiar with the bankruptcy liquidation process. However, in the election to be held, transparency and independence are as important as these criteria. In this study, the bankruptcy administrator institution, which is important in terms of successfully carrying out the bankruptcy liquidation and making a distribution in accordance with the principle of equality among creditors and successfully managing and finalizing the process, is discussed in terms of the duties, selection and assignment of the bankruptcy administrator. In the study, the provisions of the regulation, which is a comprehensive regulation regarding the election of bankruptcy administrators, are included.

GİRİŞ

Cebrî icra hukukunun alt türü olarak İcra ve İflâs Kanunu'nda (İİK) yer alan iflâs kavramı, borçlunun haczi kabil tüm malvarlığından, borçlunun tüm alacaklılarının hukuken tatmin edilmesini amaçlayan ve şartları, sınırları, hükümleri Kanun¹ tarafından belirlenen küllî takip yoludur. İcra hukukunda borçlu olan bir veya birkaç gerçek ya da tüzel kişinin karşısında bir veya duruma göre birden fazla alacaklı yer almakta ve genellikle önce takip başlatan alacaklının alacağını tam olarak aldığı, sonra gelen alacaklı veya alacaklıların ise genellikle alacaklarına kavuşmadığı cüzî bir sistem yer alır. İflâs hukuku ise Latince'de "*par conditio creditorum*" olarak adlandırılan ve günümüz modern iflâs hukukunda "*alacaklılar arası eşitlik ilkesi*" olarak yer edinen ilkenin de sonuçlarından biri olarak tüm alacaklıların alacağını, borçlunun malvarlığı yettiği ölçüde tamamen, yetersiz kaldığı durumlarda ise garameten (oransal) ve eşit olarak (aynı oranda) almaya çalıştıkları sürecin kurallarının, hüküm ve sonuçlarının düzenlendiği alandır². Alman hukukunda 1999 yılına gelene kadar iflâs hukukunun amacı (tıpkı Türk hukukunda olduğu gibi) normatif

¹ Bu çalışmada geçen "Kanun" ibaresi -aksi belirtilmedikçe- 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nu, "m." kısaltması ile belirtilen maddelerse İcra ve İflâs Kanunu'ndaki ilgili maddeyi, "Yönetmelik" veya "Yön." ibareleri 27.12.2023 tarihli ve 32412 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan İflâs İdare Memurluğu Yönetmeliği'ni ifade etmek üzere kullanılmıştır.

² İlhan E. Postacıoğlu, *İflâs Hukuku İlkeleri Cilt: 1. İflâs*, (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti., 1978), 5; Mustafa Reşit Belgesay, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, İkinci Cilt İflâs Yolu ile Takip*, (İstanbul: M. Sıralar Matbaası, 1955), 353; Necmeddin M. Berkin, *İflâs Hukuku*, (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1972), 16 vd.; Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş 2. Baskı, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2013), 1081 vd. (Kuru, *El Kitabı*); Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku*, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2016), 488-489; Bilge Umar, *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi*, (İzmir: İstiklâl Matbaası, 1973), 18; Saim Üstündağ, *İflâs Hukuku (İflâs-Konkordato-İptal Davaları)*, 8. Bası, (İstanbul: Yayıncılık, 2009), 5; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanagasi, *İcra ve İflâs Hukuku*, Güncellenmiş 9. Baskı, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2023), 556; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özekes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 10. Baskı, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023), 389 vd.; Mehmet Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, *İcra ve İflâs Hukuku*, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2015), 333; Murat Atal, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 7. Baskı, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2023), 519-520; Hamide Özden Özkaya-Ferendeci, *İflâs Hukukunda Takas*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013), 9-11; Ömer Ulukapı, *İcra ve İflâs Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 6. Baskı, (Konya: Mimoza Yayıncılık, 2014), 174-176; Abdurrahim Karslı, *İcra ve İflâs Hukuku*, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, (İstanbul: Alternatif Yayıncılık, 2014), 457; Ahmet Başözen, *Müflisin Tasarruf Yetkisi*, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2005), 7, (Başözen, *Tasarruf Yetkisi*); Senai Olgaç, *İcra-İflâs, İkinci Cilt*, (Ankara: Olgaç Matbaası, 1978), 1313; Yakup Oruç, *İflâs İdaresi*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 29 vd.

düzenleme ile belirlenmiş değildir fakat öğreti ve yargı kararlarında tanımlamalar yapılmaktaydı. Yaklaşık 20 yıllık bir “çalışmalar silsilesinin sonucu” olarak ortaya çıkan ve 01.01.1999’da yürürlüğe giren Alman Aciz Kanunu (Insolvenzordnung-InsO), 1877 tarihli Alman İflâs Kanunu’nu (Konkursordnung-KO), 1935 tarihli Konkordato Kanunu’nu (Vergleichordnung-VerglO) ve birleşme sonrasında bazı icra ve iflâs uygulamaları hakkındaki düzenlemeleri ilga ederek (1985 tarihli Fransız kanunundan etkilenerek) ilk maddesinde iflâs hukukunun amacının “borçlunun tüm alacaklılarını aynı anda tatmin etmek” olduğunu açıklamıştır³.

İcra hukukunun cüzî niteliğinin de bir yansıması olarak borçlu, herhangi bir kişi olabilirken iflâsın pasif tarafı, başka bir ifadeyle borç ilişkisindeki edimi veya edimleri ifa etmediği için aleyhine iflâs takibi başlatılan yahut doğrudan iflâs davası⁴ açılan taraf, mevzuatın belirlediği üzere sadece iflâsa tâbi gerçek veya tüzel kişiler olabilmektedir. Tüzel kişiler içerisinde ise sadece belli bir grubun (özellikle ticaret şirketlerinin) iflâs yoluyla takibine yahut aleyhine iflâs davası açılabilmesine imkân tanınmıştır. Bu nedenle, her alacaklının icra hukukundaki aslı ve talî icra organları ile karşı karşıya kalması mümkün olabilmekteyken, iflâs hukukundaki organlarla her borçlunun temasa geçebilmesi mümkün değildir. Nitekim sadece tacir veya tacir gibi sorumlu olan gerçek veya tüzel kişi borçlu yahut borçlular, iflâsın organlarınca takip edilebilecek yahut haklarında işlemler yapılabilecektir⁵.

³ Walter Gerhardt, *Jaeger Insolvenzordnung Großkommentar*, Erste Auflage, Erster Band §§ 1-55, (Berlin: De Gruyter Recht, 2004), § 1, Rn. 1-4, (Gerhardt, *Erster Band*); Hans Haarmeyer ve Frank Frind, *Insolvenzrecht*, 5. aktualisierte Auflage, (Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 2018), 1; Hanns Prütting, *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 3. völlig neubearbeitete und wesentlich ergänzte Auflage, (Münster: 2009), Rn. 1; Harald Hess, *Insolvenzrecht Großkommentar*, Band 1 §§ 1-112 InsO, (Heidelberg-München-Landsberg-Berlin: C.F. Müller Wirtschaftsrecht, 2007), § 1, Rn. 1, (Hess, *Insolvenzrecht Großkommentar*); Wolfram Henckel, *Jaeger Insolvenzordnung Großkommentar, Erster Band §§ 1-51*, Erste Auflage, (Berlin: De Gruyter Recht, 2007), § 1, Rn. 1; Peter Busch, „Die Bestellung des Insolvenzverwalters nach dem „Detmolder Modell““, *DZWIR*, J. 2004, H. 9, (2004), 353; Andreas Schmidt, *Sanierungsrecht - Außergerichtliche Sanierung - Präventive Restrukturierung - Insolvenzordnung Kommentar*, 2. Auflage, (Köln: Carl Heymanns Verlag, 2019), § 1, Rn. 1; Stefan Ludwig, *Braun Insolvenzordnung (InsO) Kommentar*, 9. Aufl., (München: C.H. Beck Verlag, 2022), § 1, Rn. 2; Rolf Stürmer, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, 4. Aufl., Band 1 §§ 1-79, (München: C.H. Beck Verlag, 2019), § 1, Rn. 1; Andreas Schmidt, *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht*, 6. Auflage, (Köln: Carl Heymanns Verlag, 2017), § 1, Rn. 17, (Schmidt, *Hamburger Kommentar*); Christoph Thole, *Insolvenzordnung Heidelberg Kommentar*, 11. neu bearbeitete Auflage, (Heidelberg: C.F. Müller, 2023), Einl., Rn. 1, 3; Hans Friedhelm Gaul, „Federal Alman Cumhuriyetinde Yeni Külli Takip Hukuku (Çev.: Nevhis Deren-Yıldırım)“, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Y. 1996, C. 55, S. 1-2, İstanbul: 1996, s. 465; Seyithan Deliduman, “Yeni Alman Aciz Kanunu Genel Hükümleri”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2000, C. IV, S. 1-2, Erzincan: 2000, s. 618; Cenk Akil, “Alman Aciz Kanunu’nun Bakiye Borçtan Kurtulma Prosedürü ve Tüketici Aczine İlişkin Hükümleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2012, S. 61 (3), Ankara: 2013, s. 1207.

⁴ Söz konusu davanın, özellikle İİK m.156 ve 158’de geçen iki farklı kavram (iflâs talebi-iflâs davası) nedeniyle çekişmesiz yargı işi şeklinde anlaşılabilirdiği, söz konusu kullanım farklarının bilinçli olmadığı, borçlunun iflâsına karar verilen talebin çekişmeli yargı işi olup dava kabul edildiği doktrinde Atalı, Ermenek ve Erdoğan tarafından dile getirilmiştir. Ayrıntı için bkz. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 546 vd.

⁵ Berkin, *İflâs Hukuku*, 40-43; Kuru, *El Kitabı*, 1082-1083; Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku*, 498 vd.; Umar, *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi*, 12;

Alman hukukunda ise özellikle yeni Aciz Kanunu (InsO) çerçevesinde yapılan değişiklikler ile Türk hukukunda sayılan kişi ya da kişi gruplarının yanı sıra “tüketici iflâsı” da denilen (*Verbraucherinsolvenz*) ve ticarî kimliği olmayan kişilerin, hatta Alman mahkemelerinin yetkili olması koşuluyla yabancı gerçek kişilerin de iflâs hükümlerinden faydalanarak borçlarını tasfiye etmesine imkân sağlanmıştır⁶. Bu doğrultuda Alman hukukundaki iflâs hükümlerinin uygulama alanı, Türk hukukundakinden “daha geniş bir kişi grubuna” hitap eder niteliktedir.

Külli icra hukukunun kendine özgü kuralları ve ilkeleri olduğundan, borçluların iflâs yoluyla takibinde farklı aşamalar ve organlar ihdas edilmiştir. İflâsın resmî ve özel organları olarak da adlandırılabilen bu organlar vasıtasıyla alacaklı veya alacaklılar, borçlunun haczedilebilen tüm malvarlığı değerlerinden alacaklarını alabilmektedir. İflâsın resmî organları icra dairesi, iflâs dairesi, icra mahkemesi, asliye ticaret mahkemesi ve Yargıtay’ın ilgili hukuk dairesidir. En az resmî organlar kadar önemi ve onlar kadar çok görevi bulunan özel organlar ise iflâs bürosu, alacaklılar toplantısı ve iflâs idaresidir⁷. Alman iflâs hukukunda da benzer organlar yer almaktadır. Özellikle iflâs idaresi (*Insolvenzverwaltung*), seçimi, görevleri ve sorumlulukları bakımından Türk hukukuna benzemektedir. Bu çalışmanın ana konusunu oluşturması nedeniyle iflâs idaresi, ayrı ve büyük bir öneme sahiptir.

İflâs idare memurları, yeni çıkarılan Yönetmelik⁸ hükümlerinden önce icra mahkemeleri tarafından ve alacaklılar toplantısının belirlediği altı aday arasından, pek

Üstündağ, *İflâs Hukuku (İflâs-Konkordato-İptal Davaları)*, 12-19; Ejder Yılmaz, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2016), 855 (Yılmaz, *Şerh*); Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayyavaz ve Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku*, 565-571; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 392-400; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *İcra ve İflâs Hukuku*, 342-349; Timuçin Muşul, *İcra ve İflâs Hukuku Esasları*, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 729-734; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 524 vd.; Ulukapı, *İcra ve İflâs Hukuku*, 184-190; Karslı, *İcra ve İflâs Hukuku*, 457, 472-472; Olgaç, *İcra-İflâs, İkinci Cilt*, 1310-1311.

⁶ Henckel in Jaeger, § 1, Rn. 1; Haarmeyer ve Frind, *Insolvenzrecht*, Rn. 17; Harald Bruschardt, *Braun Insolvenzordnung (InsO) Kommentar*, 9. Aufl., (München: C.H. Beck Verlag, 2022), § 11, Rn. 6-8; Hess, *Insolvenzrecht Großkommentar*, § 1, Rn. 20; Mihai Vuia, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, 4. Aufl., Band 1 §§ 1-79, (München: C.H. Beck Verlag, 2019), § 11, Rn. 10 vd.; Schmidt, *Hamburger Kommentar*, § 1, Rn. 2-3; Thole, *Insolvenzordnung Heidelberger Kommentar*, Einl., Rn. 6; Deliduman, s. 619; Varol Karaaslan, *Tacir Olmayan Gerçek Kişilerin Borç Tasfiye Usulü (Tüketici İflâsı)*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), s. 31 vd.; Özlem Yazar, *Alman Hukukunda Tüketici İflâsı ve Bakiye Borçtan Kurtulma İmkânı*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, (Eskişehir, 2022), s. 12 vd.

⁷ Postacıoğlu, *İflâs Hukuku İlkeleri Cilt: I. İflâs*, 9; Berkin, *İflâs Hukuku*, 44 vd.; Kuru, *El Kitabı*, 1086-1088; Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku*, 493-494; Üstündağ, *İflâs Hukuku (İflâs-Konkordato-İptal Davaları)*, 127; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayyavaz ve Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku*, 558-562; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 401-405; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *İcra ve İflâs Hukuku*, 439; Muşul, *İcra ve İflâs Hukuku Esasları*, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, 735; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 533; Ulukapı, *İcra ve İflâs Hukuku*, 176-182; Karslı, *İcra ve İflâs Hukuku*, 509; Sema Taşpınar Ayyavaz, “7327 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde İflâs İdaresinin Seçimi”, *Prof. Dr. Selçuk Öztekin’e Armağan, C. III*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022), 2188.

⁸ *İflâs İdare Memurluğu Yönetmeliği*, Resmî Gazete S. 32412, T. 27.12.2023.

fazla objektif kriter de öngörülmeden seçilmekteydi. Özellikle aranan hususların, iflâs eden gerçek veya tüzel kişi müflisin alacaklısı yahut alacaklıların belirlediği ve müflisin çalışma alanı hakkında bilgi sahibi olan üçüncü kişi olunması olarak karşımıza çıktığını görmekle birlikte, uygulamada genellikle alacaklı vekillerinin bu işi yaptığı gözlemlenmektedir. Ne Kanun'da ne de diğer alt mevzuatta açık bir sınırlama yahut nitelik belirleme söz konusu olmadığından, masanın en iyi şekilde idare ve tasfiyesini yapabilecek nitelikteki alacaklılar, alacaklı vekilleri ya da o alanda nitelikleri olan üçüncü kişiler bu idarede yer alabilmektedir⁹. Fakat, çıkarılan yeni yönetmelik ile artık herkes iflâs idare memuru olamayacak, iflâs idare memuru olacak kişilerde, Yönetmelik hükümlerinin aradığı niteliklerin bulunması kural olacaktır.

Alman hukukunda (Türk hukukuna benzer şekilde) salt iflâs idare memurlarının görev ve sorumluluklarını düzenleyen özel bir kanun bulunmamaktadır. Almanya'daki iflâs uygulaması, iflâs idaresi ve bu idarede yer alan memurlarla ilgili olarak özellikle Alman Aciz Kanunu'nun § 56 ve devamında "iflâsın organları" başlığı altında düzenlemeler getirmiş ve bu hükümlere göre işlem yapmaktadır. Türk hukukunun Alman hukukundan farklı yönü ise özel bir yönetmelik ile iflâs idare memurlarının seçim ve sorumluluklarını belirtmiş olmasıdır.

Ayrıca, bu çalışmada karşılaştırmalı inceleme yapılması bakımından sadece Alman hukuku uygulaması esas alınmıştır. Her ne kadar mehaz İsviçre hukuku ve orada kullanılan küllî takip kanunu (Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs) olsa da söz konusu kanuna kıyasla çok daha yeni tarihli Alman Kanunu ele alınmış ve incelenmiştir. Kaynak kanunda Türk hukukuna benzer düzenlemeler yer alsa da hukukumuzda yeni getirilen düzenlemelerin "daha güncel bir hukuk sistemi (Alman Hukuku) ile karşılaştırılması" öncelikle amaçlanmıştır.

I. İFLÂS TASFİYESİ VE İFLÂS İDARESİNİN OLUŞTURULMASI

A. GENEL OLARAK İFLÂS TASFİYESİ VE TÜRÜNÜN BELİRLENMESİ

İflâs idare memurunun¹⁰ görevleri ile sorumluluklarının, iflâs idaresinin hangi kıymeti haiz olduğunun anlaşılabilmesi için iflâs tasfiyesine ve bu tasfiyenin aşamalarına kısaca değindikten sonra iflâs idaresinin oluşumuna yer vermek gerekecektir. Zira iflâs idare memuru, iflâs tasfiyesinin -genellikle- en önemli öznesi olarak bu tasfiyeyi yöneten ve şekillendiren kişi konumundadır.

⁹ Kuru, *El Kitabı*, 1302; Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku*, 614; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku*, 641; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 483; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *İcra ve İflâs Hukuku*, 448; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 612; Ulukapı, *İcra ve İflâs Hukuku*, 250. İflâs idaresine alacaklıların seçilememelerinin gerektiği hususunda bkz.: Üstündağ, *İflâs Hukuku (İflâs-Konkordato-İptal Davaları)*, 150.

¹⁰ "İflâs idare memuru" kavramının aslında doğru kullanılmadığı, kastedilenin "İflâs idaresi üyesi" olduğu ve bu şekilde anlaşılması gerektiği konusundaki tarihi gelişmeler ve görüş için bkz.: Taşpınar Ayvaz, 2195.

İster takipli isterse de takipsiz iflâs olsun, tüm iflâs türlerinde asliye ticaret mahkemesinin verdiği iflâsın açılması kararından sonra mahkeme, iflâs hakkındaki kararını iflâs dairesine bildirir ve iflâs dairesi İİK m.166/1-2 gereğince bu kararı derhal (bir internet haber sitesinde veya ilan talep tarihinde, tirajı ellibinin (50.000) üzerinde olan ve yurt düzeyinde dağıtımı yapılan gazetelerden biri ile birlikte iflâs edenin muamele merkezinin bulunduğu yerdeki bir gazetede ve Ticaret Sicili Gazetesinde) ilan eder ve gerekli tüm yerlere (tapuya, ticaret sicil memurluğuna, gümrük ve posta idarelerine, Türkiye Bankalar Birliğine, mahalli ticaret odalarına, sanayi odalarına, taşınır kıymet borsalarına, Sermaye Piyasası Kuruluna ve diğer lazım gelenlere) bildirimini yapar. Ayrıca iflâs dairesi, tüm bu işlemlerle eş zamanlı olarak artık müflis sıfatını alan borçlunun mallarının defterini tutar ve gereken diğer muhafaza tedbirlerini alır (İİK m.208/1)¹¹. Müflisin mallarının defterinin tutulması, tasfiyenin şeklinin belirlenmesi ve bilhassa iflâs idaresinin oluşturulması bakımından önemlidir. Zira İİK m.208/3'e göre iflâs dairesi, iflâs kararının kendisine tebliğinden sonraki iki ay¹² içerisinde iflâs tasfiyesinin şekline karar vermek zorundadır. Bu tespit neticesinde, adı tasfiyeden başka bir tasfiye türü belirlenirse ve alacaklılardan biri -yahut birkaçı- adı tasfiye masraflarını ödemeyi kabul etmezse, iflâs idaresi oluşturulmayacağından iflâs idare memuru da görev alamaz¹³. İİK m.164/2'ye göre, ikinci alacaklılar toplanmasına kadar yapılacak işlemlerde iflâs kararının kesinleşmesine gerek yoktur ve tüm bu işlemleri iflâs dairesi başlatsa da tasfiyeyi devam ettirmek görevi, iflâs idaresinin seçiminden itibaren iflâs idaresindedir.

¹¹ Kuru, *El Kitabı*, 1277 vd.; Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku*, 598 vd.; Üstündağ, *İflâs Hukuku (İflâs-Konkordato-İptal Davaları)*, 129; Ejder Yılmaz, *İflâs İdaresi*, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1976), 1; Yılmaz, *Şerh*, 867 vd.; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 477 vd.; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *İcra ve İflâs Hukuku*, 439 vd.; Muşul, *İcra ve İflâs Hukuku Esasları*, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, 804 vd.; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 599 vd.; Ulukapı, *İcra ve İflâs Hukuku*, 243 vd.; Karslı, *İcra ve İflâs Hukuku*, 511-512.

¹² İki aylık süre, 7101 sayılı Kanun ile değiştirilmeden evvel üç ay olarak uygulanmaktaydı. 7101 sayılı Kanun'un Tasarı metninde 5. madde olarak düzenlenen değişikliğin gerekçesinde "... *ülkemizde iflâs tasfiyelerinin uzun sürmesi nedeniyle iflâs kararının tebliğinden sonra tasfiyenin adi veya basit şekilde yapılacağına karar verme süresi üç aydan iki aya indirilerek tasfiyenin daha kısa sürede tamamlanması amaçlanmaktadır.*" denilerek hızlı bir karar alma süreci getirilmek istenmiştir. 7101 sayılı Kanun'un genel gerekçesi ve madde gerekçeleri için ayrıca bkz.: <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss524.pdf>, Erişim Tarihi: 09.02.2024. Sürenin üç aydan iki aya indirilmesi ile ilgili görüşler ve zaman bakımından uygulanması hakkındaki açıklamalar için ayrıca bkz.: Hülya Taş Korkmaz, "7101 sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Zaman İtibariyle Uygulanması", *7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında getirilen Yenilikler* (Editör: Prof. Dr. Muhammet Özkes), (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 19-20.

¹³ Postacıoğlu, *İflâs Hukuku İlkeleri Cilt: I. İflâs*, 57; Kuru, *El Kitabı*, 1285-1289; Üstündağ, *İflâs Hukuku (İflâs-Konkordato-İptal Davaları)*, 136; Yılmaz, *Şerh*, 1037; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku*, 630 vd.; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 479-480; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *İcra ve İflâs Hukuku*, 448; Muşul, *İcra ve İflâs Hukuku Esasları*, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, 804-805; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 533; Ulukapı, *İcra ve İflâs Hukuku*, 246; Karslı, *İcra ve İflâs Hukuku*, 511-512.

Alman hukukunda uygulanan sistem de aslında Türk hukukuna benzemektedir. Alman Aciz Kanunu'nun § 2-5 maddeleri arasında düzenlenen hükümlere uygun yerdeki¹⁴ mahkemelerde açılan dava neticesinde iflâs kararı verilince, bu karar tebliğ ve ilan edilir. Borçlunun malvarlığı değerlerini güvence altına almak ve korumak, aynı zamanda alacaklıların taleplerinin karşılanmasını sağlamak için geçici iflâs idaresi (*vorläufige Insolvenzverwaltung*) seçilir. Bu geçici idare, borçlunun mallarının yönetimi ve temsil edilmesi noktasında yetkilendirilir. Ayrıca Alman Aciz Kanunu'nun § 22a maddesinde yazılı olan şartlardan en az ikisi gerçekleşirse iflâsa karar verecek olan mahkeme geçici alacaklılar kurulu (*vorläufiger Gläubigerausschuss*) da oluşturur. İflâs mahkemesi, geçici iflâs idaresi oluşturulunca, borçlunun malvarlığı değerleri üzerinde uygulanan sınırlamalarla birlikte bu durumu ilan eder¹⁵.

İcra ve İflâs Kanunu'nun sistematığı incelendiğinde iflâs tasfiyesinin 4 aşamasının olduğu kabul edilebilecektir: masanın teşkili (m.208-220), masanın idaresi (m.221-240), masaya dahil olan malların paraya çevrilmesi (m.241-246) ve masa mallarının satışından elde edilen paraların paylaşılması (m.247-253)¹⁶. Bu aşamalardan özellikle ikincisinde ve devamında iflâs idaresi, tasfiyenin yapılması ve iflâs masasının temsili noktasında ana özne konumundadır. Yani masayı dışa karşı temsil etmek de masanın tasfiye sürecinde idaresi ve işletilmesi işlerini yerine getirmek de iflâs idaresinin görevidir.

İflâs kararının iflâs dairesine bildiriminden sonra iflâs dairesince oluşturulan defter yardımıyla ortaya çıkan adi tasfiyede masanın teşkili süreci, alacakların masaya kaydedilmesi ile ilerler ve masa teşekkül ettikten sonra (şartları oluşmuşsa) adi tasfiye ilan edilir¹⁷. Özellikle İİK m.221 ve devamı maddelerinde düzenle-

¹⁴ Sönke Rüter, *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht*, 6. Auflage, (Köln: Carl Heymanns Verlag, 2017), § 2-3; Hess, *Insolvenzrecht Großkommentar*, § 2-3; Sternal Werner, *Insolvenzordnung Heidelberger Kommentar*, 11. neu bearbeitete Auflage, (Heidelberg: C.F. Müller, 2023), § 2-3; Deliduman, s. 620; Hans Gerhard Ganter ve Alexander Bruns, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, 4. Aufl., Band 1 §§ 1-79, (München: C.H. Beck Verlag, 2019), § 3, Rn. 4-6, iflâs talebinin iflâs mahkemesine yapılması akabinde, alacaklı veya borçlunun talebi olup olmadığına bakılmaksızın yer ve konu bakımından yetkili mahkeme kuralları araştırılır. Burada özellikle Alman Medenî Usûl Kanunu'nda (Zivilprozessordnung-ZPO) düzenlenen (yer ve konu bakımından) yetki kuralları da uygulanır.

¹⁵ Henckel in Jaeger, § 22, 23; Gerhardt, *Erster Band*, § 2-3; Hans Haarmeyer ve Charlotte Schildt, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, 4. Aufl., Band 1 §§ 1-79, (München: C.H. Beck Verlag, 2019), § 22, Rn. 11 vd.

¹⁶ Berkin, *İflâs Hukuku*, 304; Kuru, *El Kitabı*, 1277; Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku*, 598; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 477; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 600.

¹⁷ Kuru, *El Kitabı*, 1278; Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku*, 607-608; Üstündağ, *İflâs Hukuku (İflâs-Konkordato-İptal Davaları)*, 140 vd.; Yılmaz, *Şerh*, s. 1039; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku*, 635; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 480; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *İcra ve İflâs Hukuku*, 443; Muşul, *İcra ve İflâs Hukuku Esasları*, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, 806; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 601 vd.; Karslı, *İcra ve İflâs Hukuku*, 511-512.

nen ve “masanın idare edilmesi” şeklinde de ifade edilebilen bu süreçte bilhassa iflâs idaresi ile alacaklılar toplantısı özel önemi haizdir. Zira, masanın teşkili konusunda asıl görevli organ, resmî organ olan iflâs dairesi iken artık teşekkül etmiş masanın idaresi, mallarının yönetimi, satılması ve malların satışından elde edilen paraların paylaşılması yönünden görevli organlar, özel organ niteliğindeki iflâs idaresi ve alacaklılar toplantısıdır.

B. İFLÂS İDARESİNİN SEÇİLMESİ

1. Birinci Alacaklılar Toplantısının Yapılması

İİK m.221'e göre, teşekkül eden iflâs masasının idaresi ve tasfiyesi için gerekli kararları vermek için iflâs alacaklıları (*Insolvenzgläubiger*) bir araya gelir ve alacaklıların ortak kararıyla masanın geleceği hakkında kararlar alınır. Birinci alacaklılar toplantısında iflâs müdürü veya iflâs müdür yardımcısı o toplantının başkanıdır. Kendileri yahut temsilcileri hazır bulunan alacaklıların, bilinen alacaklar toplamının dörtte birini karşıladığı anlaşılınca toplantı başlar. Bu toplantıda bulunan alacaklı sayısı beşten az ise de bu defa alacakların yarısından fazlasının bu beşten az kişinin payıyla karşılanmış olması koşuluyla toplantı başlayabilir (m.221/2). Toplantıda kararlar, alacak tutarının çoğunluğu ile alınır. Eğer bu çoğunluk sağlanamazsa durum bir tutanakla belirlenir ve iflâs dairesi, ikinci alacaklılar toplantısına kadar görevine devam ederek masanın idaresini ve temsilini yapar (m.222)¹⁸.

Birinci alacaklılar toplantısının görevleri kanunla belirlenmiştir. Bu toplantının en önemli görevi, iflâs idaresine aday göstermektir¹⁹. Bilhassa müflisin sanat veya ticaretinin devamı, fabrikaları, imalathaneleri ve üretime yönelik sair yerleriyle mağazalarının, eşya depolarının, perakende satış dükkânlarının faaliyetlerine devam edip etmemesi, muallak davalar ve pazarlıkla satışlar hakkında müstacel kararlar verebilmesini de içeren diğer görevleri ise m.224'te gösterilmiştir²⁰.

¹⁸ Berkin, *İflâs Hukuku*, 317-319; Kuru, *El Kitabı*, 1298-1299; Üstündağ, *İflâs Hukuku (İflâs-Konkordato-İptal Davaları)*, 143; Yılmaz, *Şerh*, 1041 vd.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku*, 638-639; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 454-455; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *İcra ve İflâs Hukuku*, 481-482; Ulukapı, *İcra ve İflâs Hukuku*, 248; Karslı, *İcra ve İflâs Hukuku*, 522, 523 vd.

¹⁹ Postacıoğlu, *İflâs Hukuku İlkeleri Cilt: I. İflâs*, 53; Berkin, *İflâs Hukuku*, 320; Yılmaz, *İflâs İdaresi*, 5; Yılmaz, *Şerh*, 1044; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku*, 639; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *İcra ve İflâs Hukuku*, 447; Muşul, *İcra ve İflâs Hukuku Esasları*, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, 809; Ulukapı, s. 249.

²⁰ Kuru, *El Kitabı*, 1300; Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku*, 613; Üstündağ, *İflâs Hukuku (İflâs-Konkordato-İptal Davaları)*, 146-150; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku*, 639-640; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 482-483; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *İcra ve İflâs Hukuku*, 447; Muşul, *İcra ve İflâs Hukuku Esasları*, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, 809; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 608; Ulukapı, *İcra ve İflâs Hukuku*, 249; Karslı, *İcra ve İflâs Hukuku*, 525; Güray Erdönmez, *İflâsta Alacaklılar Toplanmasının Yetkileri*, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2005), 53 vd.

Alacaklılar toplanmasının kararlarından dolayı her alacaklı tarafından yedi gün içinde icra mahkemesine şikâyet olunabilir. İcra mahkemesi iflâs dairesinin mütalaasını aldıktan ve icabında şikâyet edeni ve dinlenmelerini isteyen alacaklıları da dinledikten sonra kısa bir zamanda kararını verir (m.225).

Alman hukukunda da alacaklılar toplantısı (*Gläubigerversammlung*) yapılmaktadır. Alacaklılar toplantısı, iflâs hukuku kapsamında bir “özyönetim (*Selbstverwaltung*)” organı olup dış etkisi görülmeyen iç karar alma mekanizmasıdır²¹. Alacaklılar kurulu (*Gläubigerausschuss*) ile arasında herhangi bir hiyerarşi/ast-üst ilişkisi de yoktur²². Alman Aciz Kanunu’nun (InsO) § 74 düzenlemesine göre alacaklılar toplantısını toplanmaya çağırma yetkisi iflâs mahkemesine (*Insolvenzgericht*) aittir²³. Alacaklılar toplantısına imtiyazlı alacaklılar, bütün iflâs alacaklıları (masa alacaklıları hariç²⁴), iflâs idaresi memuru, alacaklılar kurulu üyeleri ile borçlunun katılma yetkisi vardır²⁵. Alacaklılar toplantısının yapılacağı yer, zaman ve toplantı gündemi ilan edilir²⁶.

InsO § 75’te alacaklılar toplantısının yapılabileceği diğer şartları, toplantıya çağrı hakkı bulunan kişileri düzenlemiştir. İflâs mahkemesi, alacaklılar toplantısına başkanlık eder (InsO 76)²⁷ ve toplantıya katılıp oy kullanan alacak miktarının yarıdan fazla olması koşuluyla karar alır²⁸.

2. İflâs Bürosunun Oluşturulması

Masanın idaresi ile görevlendirilen iflâs müdürü, alacaklı oldukları tercihan ellerinde noter veya ipotek senedi gibi resmi senetle yahut 68/b ve 150/ı maddelerinde belirtilen belgelerle sabit olan kişilerden bir veya iki alacaklı veya tem-

²¹ Dirk Herzig, *Braun Insolvenzordnung (InsO) Kommentar*, 9. Aufl., (München: C.H. Beck Verlag, 2022), § 74, Rn. 1; Hess, *Insolvenzrecht Großkommentar*, § 74, Rn. 1; Martin Ahrens, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, 4. Aufl., Band 1 §§ 1-79, (München: C.H. Beck Verlag, 2019), § 74, Rn. 2. Yazara göre alacaklılar toplantısı “devlet kontrolündeki alacaklı özerkliği” fikrine dayanmakta olup alacaklılar iflâs tasfiyesindeki haklarını bizzat kendilerinin de gözetmesi amacına da hizmet eder.

²² Herzig, *Braun Insolvenzordnung (InsO) Kommentar*, 9. Aufl., § 74, Rn. 2.

²³ Herzig, *Braun Insolvenzordnung (InsO) Kommentar*, 9. Aufl., § 74, Rn. 3-4; Hess, *Insolvenzrecht Großkommentar*, § 74, Rn. 3; Roland Preß, *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht*, 6. Auflage, (Köln: Carl Heymanns Verlag, 2017), § 74, Rn. 3; Alexander Riedel, *Insolvenzordnung Heidelberger Kommentar*, 11. neu bearbeitete Auflage, (Heidelberg: C.F. Müller, 2023), § 74, Rn. 3.

²⁴ Kanunun lafzından dolayı masa alacaklılarının bu toplantılara katılma haklarının olmadığı yönünde bkz.: Preß, *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht*, 6. Auflage, § 74, Rn. 13.

²⁵ Herzig, *Braun Insolvenzordnung (InsO) Kommentar*, 9. Aufl., § 74, Rn. 11; Preß, *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht*, 6. Auflage, § 74, Rn. 11; Riedel, *Insolvenzordnung Heidelberger Kommentar*, 11. neu bearbeitete Auflage, § 74, Rn. 14; Hess, *Insolvenzrecht Großkommentar*, § 74, Rn. 17.

²⁶ Hess, *Insolvenzrecht Großkommentar*, § 74, Rn. 6; Riedel, *Insolvenzordnung Heidelberger Kommentar*, 11. neu bearbeitete Auflage, § 74, Rn. 6. İlanların yayınlanacağı internet sitesi için bkz.: www.insolvenzbekanntmachung.de.

²⁷ Herzig, *Braun Insolvenzordnung (InsO) Kommentar*, 9. Aufl., § 76, Rn. 3.

²⁸ Herzig, *Braun Insolvenzordnung (InsO) Kommentar*, 9. Aufl., § 76, Rn. 10.

silcileriyle birlikte bir büro teşkil eder (m.221/1) ki bu topluluğa “İflâs bürosu” adı verilir. İflâs bürosunun iflâs tasfiyesindeki görevi, toplantıda kullanılan oyların geçerliliğine karar vermektir²⁹. İflâs bürosunun vermiş olduğu bu kararlara karşı, toplantı tarihinden itibaren yedi günlük süre içerisinde icra mahkemesine şikâyette bulunulabilir. Karar çoğunluğunun bozulması halinde şikâyet sebebi yerinde görülerek iflâs bürosunun verdiği karar icra mahkemesi tarafından ortadan kaldırılabilir. Aksi halde şikâyet reddedilir (m.221/4)³⁰.

3. İflâs İdaresinin (Memur Adaylarının) Belirlenmesi

İflâs masasının tasfiye sürecindeki idarecisi ve temsilcisi iflâs idaresidir (m.226)³¹. Müflisin masaya dahil olan mal ve haklarının yönetilmesi ve bu mal ve haklardan elde edilen paranın alacaklılara “eşit bir şekilde” ödenmesini sağlamakla yükümlü olan iflâs idaresi, masanın menfaatlerini gözetmek, korumak ve tasfiyeyi yapmakla da yükümlüdür (m.226)³².

Kanun’da belirlenen görevleri yapan iflâs idaresi, esasen birinci alacaklılar toplantısında belirlenen adaylar arasından seçilir. Birinci alacaklılar toplantısında Kanun’da (m.221/2-3) belirtilen nisaplar gerçekleştiği takdirde iflâs idaresi için altı üye aday seçilir. Altı üyenin dördü, alacak tutarına göre miktar bakımından çoğunluğu oluşturan kişilerce seçilir (m.223/1). Burada aranan şart, parasal açıdan bakıldığında, en çok parasal çoğunluğu sağlayan alacaklıların Kanun’daki nisabı sağlamasıdır, bu hususta alacaklı sayısına bakılmaz. Dört adayın belirlenmesinde alacaklı sayısı, diğer iki aday belirleyen kriterdeki alacaklı sayısından

²⁹ Postacıoğlu, *İflâs Hukuku İlkeleri Cilt: I. İflâs*, 53; Berkin, *İflâs Hukuku*, 317; Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku*, 612; Üstündağ, *İflâs Hukuku (İflâs-Konkordato-İptal Davaları)*, 141; Yılmaz, *Şerh*, s. 1041-1042; Muşul, *İcra ve İflâs Hukuku Esasları*, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, 809; Ulukapı, *İcra ve İflâs Hukuku*, 248; Karlı, *İcra ve İflâs Hukuku*, 522; Şükran Ekecik ve Osman Duran, “İflâs Bürosu (İİK m.221/1 ve 221/4)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, 2596.

³⁰ Kuru, *El Kitabı*, 1299; Üstündağ, *İflâs Hukuku (İflâs-Konkordato-İptal Davaları)*, 142; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku*, 639; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 482; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 609-610.

³¹ Postacıoğlu, iflâsın açılmasından sonra müflisin, malları üzerindeki tasarruf hakkı ortadan kaldırıldığından başsız kalan bu mamelek topluluğunda, borçlunun (yani müflisin) yerine geçmek üzere seçilen kimselerin, eski Ticaret Kanunu zamanında Fransızcadan gelen bir kavram olarak “syndic” yani “sendik” adı altında adlandırıldıklarını, iflâs idare memurlarının da bunlara benzediklerini beyan etmiştir. Detaylı açıklamalar için bkz.: Postacıoğlu, *İflâs Hukuku İlkeleri Cilt: I. İflâs*, 56.

³² Postacıoğlu, *İflâs Hukuku İlkeleri Cilt: I. İflâs*, 52-53, 55-56; Berkin, *İflâs Hukuku*, 315-321; Kuru, *El Kitabı*, 1308; Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku*, 614; Üstündağ, *İflâs Hukuku (İflâs-Konkordato-İptal Davaları)*, 150-151; Yılmaz, *İflâs İdaresi*, 5; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku*, 641-642; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 483-485; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *İcra ve İflâs Hukuku*, 448-449; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 612; Muşul, *İcra ve İflâs Hukuku Esasları*, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, 810; Ulukapı, *İcra ve İflâs Hukuku*, 251 vd.; Başözen, *Tasarruf Yetkisi*, 8; Olgaç, *İcra-İflâs, İkinci Cilt*, 1654.

az da olabilir. Diğer iki aday ise sayı itibarıyla çoğunluğu oluşturan adaylar tarafından seçilir (m.223/1)³³.

Alacaklılar toplantısında iflâs idare memuru adaylarının seçilmesi zorunlu olmakla³⁴ birlikte iflâs idaresine seçilecek olan üye adaylarının alacaklı olması şart değildir. Müflis ve iflâs dairesi çalışanları hariç olmak üzere kural olarak herkes bu üye adayları arasına seçilebilir. Müflisin iflâs idaresine seçilmesi “müflisin mallarını ve haklarını en iyi bilen ve dolayısıyla en iyi yönetecek olanın yine müflisin kendisi olduğu” bir an için düşünülse bile alacaklıların ve masanın menfaatinin korunması noktasında sakıncalı olduğundan müflis, iflâs idaresine üye aday olarak seçilemez³⁵. Yine, Kanun’da açık bir düzenleme bulunmamasına karşın, iflâs idaresini denetim görevi iflâs dairesine verildiğinden (m.223/5), iflâs dairesi görevlileri de iflâs idaresine üye aday olamaz³⁶. Zira bir kişi, yapılan bir işlemin hem karar vericisi hem uygulayıcı hem de hukukî anlamda denetleyicisi olamaz³⁷.

Alman hukukunda iflâs idare memurunun belirlenmesi ve görevleri ile ilgili düzenlemeler InsO § 56 ve devamında düzenlenmiştir. Fakat Türk hukukundan farklı olarak InsO § 21 ve devamında geçici iflâs idaresine yer verilmiştir³⁸. Buna göre iflâs mahkemesi, iflâs konusundaki başvuru karara bağlanıncaya kadar, borç-

³³ Kuru, *El Kitabı*, 1302-1303; Üstündağ, *İflâs Hukuku (İflâs-Konkordato-İptal Davaları)*, 146; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayyavaz ve Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku*, 639; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 483; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 612; Ulukapı, *İcra ve İflâs Hukuku*, 249-250; Oruç, *İflâs İdaresi*, 132 vd.

³⁴ Yılmaz, *İflâs İdaresi*, 62.

³⁵ Berkin, *İflâs Hukuku*, 324-325; Kuru, *El Kitabı*, 1302; Üstündağ, *İflâs Hukuku (İflâs-Konkordato-İptal Davaları)*, 150; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayyavaz ve Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku*, 641; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 483; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *İcra ve İflâs Hukuku*, 448; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 612-613; Ulukapı, *İcra ve İflâs Hukuku*, 250; Oruç, *İflâs İdaresi*, 119-122.

³⁶ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayyavaz ve Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku*, 641; Muşul, *İcra ve İflâs Hukuku Esasları*, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, 810; Oruç, *İflâs İdaresi*, 117.

³⁷ Umar ise alacaklılar toplanması tarafından iflâs idaresinin görevlerini iflâs dairesinin yerine getirilmesi kararlaştırılırsa, tasfiyeyi yapma görevinin iflâs dairesine verilebileceğini savunmaktadır. Yazara göre, iflâs dairesinin iflâs idaresi üzerindeki denetim yetkisi kanun koyucu tarafından pek önemli görülmemiştir. Ayrıca kanun koyucu, birinci alacaklılar toplantısında iflâs idaresi [*memuru adaylarının*] seçilememesi halinde iflâs idaresinin görevlerini iflâs dairesine verdiğine göre pekâlâ alacaklılar toplanması da bu görevleri iflâs dairesine verebilecektir. Hatta kanun koyucu, iflâs dairesinin iflâs idaresi görevini yapamayacağını öngörseydi, bunu açıkça mevzuatta düzenlerdi ya da iflâs idaresinin alacaklılar toplanması ile değil de mesela mahkemece seçilmesini emredebilirdi. Tüm bu sebeplerden ötürü iflâs dairesinin [*memurlarının*] iflâs idaresi [*memuru*] olarak seçilebilmesi gerekir. Ayrıntı için ayrıca bkz.: Umar, *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi*, 260-261. Umar ile aynı yönde görüş için bkz.: Berkin, *İflâs Hukuku*, 325.

³⁸ Gerhardt, *Erster Band*, § 22, Rn. 1; Wilhelm Uhlenbruck, *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 3. völlig neubearbeitete und wesentlich ergänzte Auflage, (Münster: 2009), 161, (Uhlenbruck, *Kölner Schrift*); Hess, *Insolvenzrecht Großkommentar*, § 21; Holger Blümle, *Braun Insolvenzordnung (InsO) Kommentar*, 9. Aufl., (München: C.H. Beck Verlag, 2022), § 56, Rn. 1; Haarmeyer ve Schildt, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, § 21, Rn. 11-14; Jens-Sören Schröder, *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht*, 6. Auflage, (Köln: Carl Heymanns Verlag, 2017), § 22. Rn. 1-2.

lunun malî durumunda alacaklıları zarara uğratabilecek işlemleri engellemek amacıyla gerekli görülen her türlü tedbiri alır³⁹. Alınan bu tedbirler iyi niyetli üçüncü kişilerin hak kazanımlarını da engellemek adına InsO § 23 gereği ilan edilir. Söz konusu tedbirlerden biri de § 22 gereğince belirlenen geçici iflâs idare memurlarının görevlendirilmesidir. InsO § 22'ye göre iflâs mahkemesi, alacaklıların haklarını korumak için borçlunun mallarının idarecisi ve temsilcisi niteliğinde geçici bir iflâs idare memuru belirler ve borçlunun tüm tasarruf yetkisi bu kişiye devredilir⁴⁰. Bu geçici memur, Türk hukukundaki iflâs idare memuru gibi, borçlunun mallarını korumak ve gözetmek, işletmesinin devamlılığı bakımından önemli olan ve borçlunun mallarının azalmasına sebebiyet verecek işlemlerden sakınmak, borçlunun mallarının tasfiye giderlerini karşılayıp karşılamayacağını araştırmak gibi görevlerle donatılmıştır⁴¹. Bu kişiler daha sonra iflâs idaresine de seçilebilmektedir.

Alman iflâs hukukunda iflâs idare memurunun seçimiyle ilgili olarak, InsO'nun kabulünden sonraki süreçte "iflâsın kaderini belirleyecek soru [sorun]" olarak iflâs mahkemesi tarafından iflâs idare memurunun seçilmesi dile getirilmiştir⁴². Alman Aciz Kanunu'nun uygulanmaya başlamasından üç yıl gibi çok kısa bir süre içerisinde ve özellikle Almanya Adalet Bakanlığı'nın toplantısında konunun gündeme getirilmiş olması, Türk hukukunda olduğu kadar Alman iflâs hukukunda da iflâs idare memurunun yaptığı işin önemini bir kez daha gözler önüne sermektedir.

³⁹ Gerhardt, *Erster Band*, § 21, Rn. 3 vd.; Haarmeyer ve Schildt, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, § 21, Rn. 11.

⁴⁰ Türk hukukunda aynı amacı sağlamaya yönelik bir düzenleme yer almasa da İİK m.159'un uygulanması suretiyle benzer bir sonuca ulaşılabilir. Zira Alman hukukundaki geçici iflâs idare memuru, borçlunun malları hakkındaki kötü niyetli işlemleri engellemek amacıyla görevlendirilir. Türk hukukundaki m.159 uygulaması genellikle borçlunun mallarının defterinin tutulması şeklinde (açıkça m.161 ve devamında düzenlendiği için) ortaya çıkmaktaysa da tıpkı Alman hukukunda olduğu gibi geçici iflâs idaresinin görevlendirilmesi düşünülebilir. Çünkü m.159, iflâs davasına bakan mahkemeye "alacaklıların menfaatini korumak için her türlü tedbiri almak" hususunda çok geniş bir yetki vermiştir. Kanımızca, bu konuda yeni bir kanunî düzenleme yapılarak geçici iflâs idaresinin getirilmesi uygun olacaksa da mevcut hükmün bunu yapmayı engellemeyeceği de göz önüne alınarak, alacaklıların menfaatini koruyacak bir geçici iflâs idaresinin, Yönetmelik hükümlerine uygun olarak atanması yanlış olmayacaktır. Hatta bu ihtimalin söz konusu olması halinde m.159/2'de aranan teminat şartı da kanımızca aranmamalıdır.

⁴¹ Gerhardt, *Erster Band*, § 22, Rn. 20 vd.; Haarmeyer ve Schildt, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, § 22, Rn. 45 vd.; Schröder, *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht*, § 22, Rn. 30 vd.

⁴² Busch, „Die Bestellung des Insolvenzverwalters nach dem „Detmolder Modell““, 353; Schmidt, *Hamburger Kommentar*, § 56, Rn. 6; Frank Frind, *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht*, 6. Auflage, (Köln: Carl Heymanns Verlag, 2017, § 56, Rn. 1, (Frind, *Hamburger Kommentar*). İflâs idare memurunun yaptığı işin bu denli önemsenmesinin en önemli nedeni, kanımızca, iflâs tasfiyesi sürecinde iflâs idare memurlarının masa mallarının yönetimi hakkında elde etmesi, müflisin yerine geçerek o mallarla ilgili işlemler yapabilmesi, masa mallarının yerinde ve sürece uygun değerlendirilmemesi halinde zarar görebilecek olması, tasfiye süresince alacakların ödenmesinin bu yöneticilerin işlemleriyle mümkün olabilmesi, kötü yönetim senaryolarında ise hem borçlunun borçlarını tamamen ödeyememesi hem de alacaklıların daha az tatmini tehlikesinin ortaya çıkmasıdır. Yani seçilen bu kişiler, öyle kişiler olmalıdır ki tasfiyenin kanunda belirtilen amaçlarına uygun bir süreç işletilmeli ve yapılandırma yahut tasfiye başarıya ulaşmalıdır.

4. Konkordato Komiserinin İflâs İdare Memuru Olarak Görevlendirilmesi

Malî durumu bozulan şirketlerin genellikle başvurduğu konkordatoda, İcra ve İflâs Kanunu özel bir düzenleme getirerek konkordatonun tasdik edilmemesini ve bu nedenle borçlunun iflâs etmesi sonucunu ayrıca belirtmiştir. Eğer konkordato sürecinde bulunan bir borçlu, aynı zamanda iflâsa tâbi olan kişilerden biriyse, doğrudan doğruya iflâs sebeplerinin var olması şartıyla asliye ticaret mahkemesi bu borçlunun iflâsına karar verebilecektir. Mahkeme bu kararını m.308/1 gereğince resen verecektir

Konkordato süreci iflâsla da sonuçlanabilir (m.308/2). Yani konkordato süreci, konkordato projesinde belirtilen ve borçlunun, konkordato kapsamındaki borçlarının ödenemeyeceğinin anlaşılması ile iflâs kararı ile son bulabilir. Böyle bir durumun ortaya çıkması halinde, iflâsın açılmasına karar veren mahkeme tasfiyenin de adı veya basit tasfiye usûlü ile yapılmasını da kararında yazacaktır. Eğer asliye ticaret mahkemesi, konkordato süreci içerisinde, iflâsa tâbi borçlunun iflâsına karar verip de tasfiyenin adı tasfiye şeklinde yapılmasını kararına yazmışsa, tasfiyenin komiserler eliyle yapılmasını da aynı karara ekler. Bu durumda komiserler, iflâs idare memurluğu görevini mahkeme kararı gereğince kendiliğinden elde ederler.

C. İFLÂS İDARESİNİN GÖREVLERİ

İflâs idaresinin iflâs tasfiyesi içerisindeki görevlerinin neler olduğunu kanun koyucunun m.226 vd. hükümlerinde ayrıca ve açıkça düzenlediği görülmektedir⁴³. Buna göre iflâs idaresinin m.226/1 hükmü gereğince masa menfaatlerini gözetmek ve masanın menfaatine olmayan işlemleri tespit edip bu konuda ilgili işlemleri yapmak mecburiyeti vardır. Masanın kanunî temsilcisi niteliğinde olan iflâs idaresi, masanın yaptığı işlemlerde ve masaya karşı yapılan taleplerde tutanak düzenlemek durumundadır (m.227/1). Ayrıca iflâs idaresi, 7101 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme ile iflâs masasına kabul edilen alacaklılara, talepleri hâlinde iflâs tasfiyesinin seyri ile müteakip işlemlerin planı ve takvimi hakkında bilgi vermekle yükümlüdür (m.227/2). İflâs idaresi bunlardan başka, alacak ve istihkak iddialarını incelemek ve bu konuda karar vermek, masa adına dava açmak ve icra takipleri başlatmak, masa mallarının paraya çevrilmesini sağlamak, iflâs alacaklarının incelenerek sıra cetvelini düzenlemek, sıra cetveli ile ilgili işlemleri yapmak, paraları paylaşmak, gerektiğinde aciz belgesi düzenlemek ve iflâsın kapanmasını talep etmek gibi görevleri de yerine getirmektedir⁴⁴.

⁴³ Alman hukukunda iflâs idaresinin görevleri hakkında bkz.: InsO, § 74; genel açıklama örnekleri için Ahrens, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, § 74, Rn. 13.

⁴⁴ Postacıoğlu, *İflâs Hukuku İlkeleri Cilt: I. İflâs*, 58 vd.; Belgesay, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, İkinci Cilt İflâs Yolu ile Takip*, 418 vd.; Berkin, *İflâs Hukuku*, 329 vd.; Kuru, *El Kitabı*, 1308 vd.; Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku*, 615 vd.; Üstündağ, *İflâs Hukuku (İflâs-Konkordato-İptal Davaları)*, 156 vd.; Yılmaz, *İflâs İdaresi*, 85 vd.; Yılmaz, *Şerh*, 1050 vd.; Arslan,

İflâs idaresinin görevleri özellikle Yönetmelik'te ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre iflâs idaresinin en temel görevleri a) İflâs masasının kanuni mümessilliğini yapmak, b) İflâs masasının menfaatlerini gözetmek, masanın aktifini muhafaza etmek ve mallarını paraya çevirmek suretiyle tasfiyeyi gerçekleştirmek, c) İflâs masasına alacak kaydı yaptırılan alacak hakkında karar vermek, ç) Her alacak iddiası hakkında mümkün ise müflisin beyanını sormak, d) İflâs masasına dâhil olan mallar üzerindeki istihkak iddiaları hakkında karar vermek, e) İflâs masası yararına gerekli olan dava ve takipleri açmak, daha önce açılmış olanları takip etmek, f) Muhafaza altına alınan malların muhafazası için gerekli olan tedbirleri almak, g) İflâs masası menfaatine olan sözleşmeleri yapmak, ğ) Müflis adına gelen mektupları açmak, h) Kıymeti düşecek veya muhafazası masraflı olacak şeyleri gıciktirmeksizin satmak, ı) Kanununun 226. maddesinin ikinci fıkrasında yazılı alacak tutarı için doğrudan doğruya, daha fazla alacaklar için alacaklılar toplanmasının vereceği yetki ile sulh ve tahkim yoluna başvurmak, i) İflâs masasına kabul edilen alacaklıların bilgi almaları amacına yönelik olarak, iflâs tasfiyesinin süreci ile müteakip işlemlerin planı ve takvimi hakkında altı aylık periyotlarla rapor tanzim etmek, j) Sıra cetvelini hazırlamak, k) Sıra cetveline kabul etmediği alacakları ret sebepleriyle birlikte gerekçeli olarak göstermek, l) Sıra cetvelini ve ikinci alacaklılar toplanmasını ilan etmek, m) Sıra cetvelinin kesinleşmesi hâlinde pay cetvelini ve son hesabı yapmak, n) Alacağının tamamını alamamış olan her alacaklıya ödenmemiş miktar için aciz vesikası vermek, o) Gerekli gördüğü durumlarda yeniden alacaklılar toplanması için davet yapmak, ö) İflâs içi konkordatoda, konkordato komiserine ilişkin görevleri yerine getirmek, p) İflâs içi konkordatoda konkordatonun onaylanması durumunda asliye ticaret mahkemesinden iflâsın kaldırılmasını talep etmek, r) Paralar dağıtıldıktan sonra iflâs kararı veren mahkemeye tasfiye süreci ile ilgili son bir rapor vermek, s) İflâs masasına alacaklı olarak müracaat eden ve Bakanlıkça çıkarılan tarifede gösterilen yazı ve tebliğ masraflarını avans olarak yatıran alacaklılara, iflâs idaresince alınacak kararları tebliğe göndermek, ş) Mevzuattan kaynaklanan diğer görevleri yerine getirmektir.

İflâs idare memurları, yukarıda zikredilen Kanun ve Yönetmelik'le belirlenen görevlerini bizzat ve özenle yerine getirmek durumundadır. İflâs idaresi, bu görevi yerine getirirken iflâs idare memurlarının tamamının katılımı ile toplanır, kararlarını çoğunlukla alır, alınan kararlarla ilgili gerekçeli olarak toplantı tutanağı tanzim edilir, karara muhalif olan üye muhalefet şerhini gerekçeli olarak bu tutanağa yazar. Bu tutanağın bir nüshası iflâs dairesi müdürünün havalesi ile iflâs dosyasına konulur (Yön. m.11/2).

Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku*, 641 vd.; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 485 vd.; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *İcra ve İflâs Hukuku*, 450 vd.; Muşul, *İcra ve İflâs Hukuku Esasları*, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, 810 vd.; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 615 vd.; Ulukapı, *İcra ve İflâs Hukuku*, 251 vd.; Karşlı, *İcra ve İflâs Hukuku*, 516 vd.; Olgaç, *İcra-İflâs, İkinci Cilt*, 1658 vd.; Oruç, *İflâs İdaresi*, 187 vd.

Toplantıya her üç iflâs idare memurunun da katılmaması hâlinde iflâs dairesi müdürü, iflâs idaresinin görevini yüklenir ve iflâs idaresi adına tek başına karar alır. Toplantıya iflâs idaresi memurlarından birinin veya ikisinin iştiraki hâlinde iflâs dairesi müdürü de bu toplantıya katılır. Karar alınmaması hâlinde iflâs dairesi müdürünün oyu doğrultusunda işlem yapılır. İflâs idare memuru, görevi kapsamında ihtiyaç duyduğu bilgi ve belgeleri, özel ve kamu kurum ve kuruluşları ile ilgililerden talep edebilir, doğrudan yazışma yapabilir, iletişim kurabilir ve bu taleplerini iflâs dairesi aracılığıyla da ilgili kişi ya da kuruma gönderebilir (Yön. m.11/3-5). İflâs idare memurlarına, Bakanlık tarafından hazırlanan ve iki yılda bir yenilenen ücret tarifesine göre ücret ödenir (Yön. m.12/1)⁴⁵.

II. İFLÂS İDARE MEMURUNUN SEÇİLMESİ VE GÖREVLENDİRİLMESİ

İflâs idare memurlarının seçilmesi hakkında hem Kanun'da hem de Yönetmelik'te özel düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemelere bakıldığında, iflâs idaresi memurlarının seçimi hususunda aşağıda açıklanmaya çalışılan şu beş hususun önem kazandığı görülecektir:

A. İFLÂS İDARE MEMURUNUN SEÇİLME ZAMANI

İflâs idaresine memur adayı gösterilmesi hakkı, birinci alacaklılar toplantısına aittir⁴⁶. Bu nedenle, iflâs idare memurunun aday olarak gösterileceği ilk toplantıda (teorik olarak) seçilme zamanı tespit edilmiş sayılabilir. Fakat bu toplantıda gösterilen adayların, toplantı karar tutanağında isimlerinin geçmesi ile göreve başlayamayacakları aşîkârdır. Zira bu toplantıda gösterilen adaylar arasından iflâs idare memurunu atama yetkisi icra mahkemesindedir. Başka bir ifadeyle iflâs idare memurları, aday gösterildikleri anda değil gösterilen altı aday arasından icra mahkemesince seçildikleri anda iflâs idare memuru olurlar⁴⁷.

İflâs idaresine üye seçilmesi zamanı, kural olarak birinci alacaklılar toplantısıdır. Fakat birinci alacaklılar toplantısı, adî tasfiye ilanında belirtilen süre (tasfiye ilanından sonraki on gün) içinde bir araya gelemezlerse yahut alacaklılar toplanmakla birlikte m.221'de aranan toplantı nisabı oluşmazsa, birinci alacaklılar toplantısı gerçekleşmeyeceğinden iflâs idaresine memur adayı seçimi

⁴⁵ İflâs idare memurlarına ödenecek ücretlerle ilgili güncel tarife için bkz.: Resmî Gazete, S. 32411, T. 26.12.2023.

⁴⁶ Postacıoğlu, *İflâs Hukuku İlkeleri Cilt: I. İflâs*, 53; Kuru, *El Kitabı*, 1302; Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku*, 613; Üstündağ, *İflâs Hukuku (İflâs-Konkordato-İptal Davaları)*, 146; Yılmaz, *Şerh*, 1044; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku*, 640-641; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 483; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *İcra ve İflâs Hukuku*, 447; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 612; Muşul, *İcra ve İflâs Hukuku Esasları*, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, 809; Ulukapı, *İcra ve İflâs Hukuku*, 249.

⁴⁷ Alacaklıların iflâs idaresine aday göstermesine ve gösterilen adayların içerisinde mahkeme tarafından iflâs idare memuru görevlendirilmesine aynı anda "seçim" demenin yanlışlığı hususunda bkz.: Taşpınar Ayvaz, s. 2199-2200.

de yapılamaz. Eğer toplantı nisabı oluşmadığı yahut toplantı nisabı oluşmakla birlikte bu konuda bir karar alınamadığı için iflâs idaresine memur aday seçimi yapılamazsa, durum bir tutanakla tespit edilir ve ikinci alacaklılar toplantısına kadar iflâs idaresinin (yukarıda⁴⁸ ana hatları çizilen) görevlerini iflâs dairesi yerine getirir (m.222)⁴⁹. İkinci alacaklılar toplantısında tasfiyenin devamına karar verilmesi durumunda ise birinci alacaklılar toplantısında seçilemeyen memur adayları mutlaka bu toplantıda seçilir. Başka bir ifadeyle, iflâs idare memuru için aday seçme işi en erken birinci alacaklılar toplantısında, en geç ikinci alacaklılar toplantısında gerçekleştirilmiş olur⁵⁰.

İflâs idare memurluğuna aday olarak gösterilmiş kişilerin görevlendirilmesi, Yönetmelik'te belirlenen şartların sağlanamaması nedeniyle gerçekleşmeyebilir. Bu nedenle ortaya çıkan yeniden görevlendirmede eğer alacaklılar kurulunun seçtiği adayların diğerlerinde de görevlendirmeye engel bir durum varsa ve iflâs idare memuru atanamıyorsa, bu duruma özgü olmak üzere icra mahkemesi hâkimi Yönetmelik'in 6/5. maddesi uyarınca iflâs dairesine alacaklıların yeniden toplanması için çağrı yapılması görevini verir. Böyle bir ihtimalde iflâs idare memuru, yapılacak bu ikinci toplanmada seçilmiş olabilir. Doktrinde **Kuru**⁵¹ tarafından "birinci alacaklılar toplantısının ikinci defa yapılmasının mümkün olmaması nedeniyle" iflâs dairesinin ikinci alacaklılar toplantısına kadar görev yapacağı hususu da özellikle Yönetmelik'in 6/5. maddesi uyarınca "alacaklıları yeniden toplanmanın mümkün kılınması" nedeniyle ortadan kalkmıştır. İflâs idare memuru adayları arasında Kanun'a ve Yönetmelik hükümlerine uyan aday kalmayınca birinci alacaklılar toplantısı tekrar edilebilecek ve tekrar edilen bu toplantıda belirlenen üye adayları arasından icra mahkemesince seçim yapılabilecektir. Fakat bu ihtimalin, özellikle birinci alacaklılar toplantısında alacaklılara, Yönetmelik'e uygun aday önerme ve seçme konusunda düzenleyici direktiflerde bulunan 5. maddesi uyarınca çok istisnaî olarak ortaya çıkabileceği ortadadır.

⁴⁸ I. C.

⁴⁹ Kuru, *El Kitabı*, 1303; Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku*, 613; Umar, *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi*, 260; Yılmaz, *İflâs İdaresi*, 63; Yılmaz, *Şerh*, 1042-1043; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku*, 640; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 482-483; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *İcra ve İflâs Hukuku*, 446; Ulukapı, *İcra ve İflâs Hukuku*, 248.

⁵⁰ Aslında bu konuda Kanun hükümlerinde sınırlayıcı açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Fakat birinci alacaklılar toplantısındaki toplanma ve karar yeter sayılarının oluşmadığı durumları düzenleyen m.222 hükmündeki "Alacaklılar toplanması mümkün olmazsa veya karar nisabı oluşmazsa durum tespit olunur. Bu hâlde daire, ikinci alacaklılar toplanmasına kadar masayı idare eder. ..." ifadesi, iflâs tasfiye süreci içinde iflâs dairesinin görev alabileceği üst sınırı belirlemiştir. Bu nedenle iflâs idaresinin en geç ikinci alacaklılar toplantısında seçilebileceğinin kabulü kanımızca doğru olacaktır. Bu kabul, özellikle ikinci alacaklılar toplantısı ve sonrasındaki tasfiye sürecinde iflâs idaresinin görevlerinin yerine getirilmesi bakımından da ayrıca önemlidir.

⁵¹ Kuru, *El Kitabı*, 1303. *Yılmaz'a* göre ise iflâs idaresi adayları, birinci toplantıda seçilememişse ikinci alacaklılar toplantısında da seçilebilir. Yönetmelik'in m.6/5 hükmü de aslında *Yılmaz'*ın bu görüşünü destekler niteliktedir. Anılan görüş için bkz.: Yılmaz, *İflâs İdaresi*, 63-64.

Eğer asliye ticaret mahkemesi, konkordato süreci içerisinde, iflâsa tâbi borçlunun iflâsına karar verip de tasfiyenin de adi tasfiye şeklinde yapılmasını kararına yazmışsa, tasfiyenin komiserler eliyle yapılmasını da aynı karara ekler. Bu durumda komiserler, iflâs idare memurluğu görevini mahkeme kararı gereğince kendiliğinden elde ederler. Böyle bir ihtimalde iflâs idaresi, mahkeme kararının verildiği zamanda seçilmiş olur.

Alman hukukunda iflâs idare memurunun seçim zamanı, iflâs mahkemesinin iflâs idare memurunu atadığı tarihtir⁵². InsO § 56/2'ye göre bu memur, atandığı tarihte bir belge alır ve görevi bitince bu belgeyi iade etmek zorundadır.

B. İFLÂS İDARE MEMURUNUN SEÇİLME ŞEKLİ

İflâs idaresi memurunu seçme yetkisi kural olarak icra mahkemesine aittir. Birinci alacaklılar toplantısındaki kişilerin seçimi, iflâs idare memurunun seçilmesi olmayıp iflâs idare memuru olabilecek adayların seçimidir. Bu husus, özellikle uygulama açısından önemlidir. Başka bir ifadeyle icra mahkemesinin seçeceği iflâs idaresi, bu altı kişilik liste arasından seçilecek iflâs idare memurlarından oluşur.

Açıklandığı üzere, iflâs idaresinin seçimini yapmak, m.308/2'deki durum istisna bırakılırsa, icra mahkemesinin görevidir. Bu seçimi yaparken mahkemenin nelere dikkat etmesi gerektiği Kanun'da ve Yönetmelik'te açıkça düzenlenmiştir.

Öncelikle, iflâs idare memuru olacak kişilerin kural olarak birinci alacaklılar toplantısı sonunda düzenlenen tutanakta iflâs idare memuru aday olarak ismen zikredilmesi gerekir. Bu tutanakta aday olarak gösterilebilecek kişilerin nasıl belirlendiğini ise m.223/1 "*Toplanan alacaklıların yapacağı seçimde, bu sayının iki katı, bu konuda yeterli bilgi ve tecrübeye sahip kişi aday gösterilir. Bu adaylardan dört adedi alacak tutarına göre ekseriyeti teşkil edenlerce, iki adedi ise alacaklılar sayısı itibarıyla ekseriyeti teşkil edenlerce seçilir ve icra mahkemesine bildirilir. İcra mahkemesi, iflâs idaresini teşkil edecek üç kişiden ikisini alacak ekseriyetine sahip olanların gösterdiği dört aday, birini ise alacaklı ekseriyetinin gösterdiği iki aday arasından seçer.*" şeklindeki düzenlemesiyle açıklamaktadır⁵³.

Birinci alacaklılar toplantısına katılan alacaklılar, iflâs dairesi müdürü başkanlığında toplandıktan sonra ve fakat seçime geçilmeden önce bir hazırun listesi düzenlenir. Hazırun listesine toplantıya katılan tüm alacaklılar, kanuni temsilciler veya avukat olan vekiller ile diğer gerekli bilgiler yazılır (Yön. m.5/5).

⁵² Schmidt, *Hamburger Kommentar*, § 56, Rn. 49-53; Hess, *Insolvenzrecht Großkommentar*, § 56, Rn. 138; Gerhardt, *Zweiter Band*, § 56, Rn. 39; Riedel, *Insolvenzordnung Heidelberger Kommentar*, 11. neu bearbeitete Auflage, § 56, Rn. 1; Blümle, *Braun Insolvenzordnung (InsO) Kommentar*, § 56, Rn. 29; Graeber, *Münchener Kommentar*, § 56, Rn. 17-20.

⁵³ İflâs idare memuru sayısının üç olarak belirlenmesinin isabetli olmadığı, 3222 sayılı Kanun tasarısında geçtiği şekliyle "alacaklıların kararıyla bu sayının belirlenmesinin daha doğru olacağı" yönündeki açıklamalar için bkz.: Taşpınar Ayvaz, s. 2196.

Kanun'un 221. maddesi uyarınca toplantı nisabının oluştuğunun tespit edilmesi ve iflâs bürosu tarafından yapılan değerlendirme üzerine alacaklılar tarafından aday gösterme işlemine başlanır (Yön. m.5/6). Alacaklılar tarafından gösterilen adayların kimlik bilgileri toplantı tutanağına yazılır. Gösterilen adaylar oylanır (Yön. m.5/7). Alacak tutarına göre çoğunluğu teşkil eden alacaklılar tarafından dört adayın, alacaklılar sayısı itibarıyla çoğunluğu teşkil eden alacaklılar tarafından iki adayın seçimi yapılır (Yön. m.5/8). Liste dışından aday gösterilmek istenilmesi hâlinde bu talep gerekçeleriyle toplantı tutanağına yazılır. Liste dışından gösterilen adayın niteliğinde bir kimsenin listede bulunup bulunmadığı kontrol edilir. Bu nitelikte bir adayın listede bulunması hâlinde, liste dışından aday gösterilmesi talebi kabul edilmeyerek alacaklıya listeden bir aday göstermesi gerektiği bildirilir. Buna rağmen listedeki kişilerden birinin aday gösterilmemesi hâlinde bu alacaklının aday göstermediği kabul edilerek işlemlere devam edilir (Yön. m.5/9). Aday gösterme aşamasında ve oylama sonucunda icra mahkemesine bildirilecek adayların, şartları taşıyıp taşımadığı ile eş zamanlı olarak beşten fazla dosyada iflâs idare memuru olarak görevlendirilip görevlendirilmediği hususları iflâs dairesi tarafından kontrol edilir (Yön. m.5/9). Yapılan oylamalar sonucunda alacak tutarına göre çoğunluğu teşkil edenlerce seçilen dört aday ile alacaklılar sayısı itibarıyla çoğunluğu teşkil edenlerce seçilen iki aday icra mahkemesine bildirilir. Oylamalar sonucunda, icra mahkemesine bildirilecek adayların oylarının eşit olması hâlinde bu adayların tamamı bildirilir ve bu konuda yapılan tüm işlemler ayrıntılı bir şekilde toplantı tutanağına yazılır (Yön. m.5/11-12).

İflâs idare memurluğuna seçim hususunda getirilen Yönetmelik hükümlerine uygun iflâs idare memuru adayı (bu çalışmanın hazırlandığı tarihte) henüz ülkemizde mevcut değildir. Zira Yönetmelik tarafından belirlenen eğitim şartını yerine getirecek kurum veya kuruluşlar ile eğitim hususunda henüz yeni bir gelişme olmadığından, iflâs idare memurluğu eğitimleri de (Yönetmelik kapsamındaki yeni düzenlemelere uygun olarak) verilmeye başlamadığından, seçim yapılırken (Yön.Geç. m.1 gereğince) bu konu dikkate alınmayacak, eğitim almayan veya (henüz oluşturulmadığı için) listede olmayan kişiler de iflâs idare memuru olabilecektir. Ayrıca, m.308/2 gereğince görevlendirilen konkordato komiserleri de iflâs idare memuru olabilmektedir. Bu kişilerin söz konusu listeye de kaydının yapıp yapılmadığı ayrıca soru işaretlerine neden olabilecektir.

Alman hukukunda iflâs idare memurları, iflâs mahkemesi tarafından seçilmektedir. Seçimi yapacak olan mahkeme, InsO § 56'da aranan nitelikleri haiz gerçek kişiler arasından seçimini yapar. İflâs hukuku alanında uzmanlaşmış avukatlar ve finans sektöründe çalışmaları yahut tecrübesi olan kişiler iflâs idare memuru (*Insolvenzverwalter*) olarak iflâs idaresinde (*Insolvenzverwaltung*) görev alabilirler. İflâs idare memurluğu, özel bir eğitim sonucu edinilmiş veya edinilebilecek bir unvan olmamakla birlikte hukuk, muhasebe, finans ve ekonomi gibi

alanlarda eğitim alan kişiler, bu iş için kurulmuş şirketler vasıtasıyla bu görevi yerine getirebilirler⁵⁴. Almanya genelinde, iflâs idare memurluğu ve iflâs tasfiyesi sürecinde destek sağlamak için kurulan (ve kendilerine genellikle *Wirtschaftsprüfungsgesellschaft* diyen) şirketler vasıtasıyla yahut herhangi bir oluşuma dahil olmaksızın mahkemenin görevlendirmesiyle iflâs idare memurluğu yapılabilir. Hatta bu kişilerin bir de üst kuruluş niteliğinde bir meslek birliği de vardır: *Verband Insolvenzverwalter und Sachwalter Deutschlands (VID)*. İnternet sitesinde de aktarılan bilgilerine göre “*iflâs hukukunun karmaşık ve zorlu süreçlerinde gereksinim duyulan yüksek profesyonellik ve bağımsızlık kriterlerine sahip iflâs idareleri tesis etmeyi*” amaçlayan birlik, deneyim ve bilginin aktarılmasına yardımcı olmaktadır⁵⁵. Almanya’da iflâs mahkemeleri kendi yetki çevreleri için öngördükleri listelerden iflâs idare memurları seçmektedir⁵⁶.

İflâs idare memurunu seçme görevi her ne kadar iflâs mahkemesinde olsa da InsO § 56a gereğince geçici alacaklılar kurulunun iflâs idare memuru önerme hakkı vardır. Bu kurul tarafından önerilen iflâs idare memurunun, görevi yapabilmek için yeterli olmadığına anlaşılması dışında, iflâs mahkemesi tarafından atanmaması söz konusu olmaz. Ayrıca bu kurul, atanmış iflâs idare memuru yerine başka bir memurun atanması için seçim de yapabilir. Yani InsO § 56a gereğince geçici alacaklılar kurulunun sahip olduğu öneri hakkı aslında “teklif” kavramını da aşar nitelik arz etmektedir. Bir nev’i müdahale hakkı veren bu hüküm, kanımızca, geçici alacaklılar kurulunun iflâs idare memuru atanmasında kilit rol üstlendiğinin kabulünü gerektirir.

C. İFLÂS İDARE MEMURUNUN SAHİP OLMASI GEREKEN NİTELİKLER

1. Genel Nitelikler

a. Türk Hukuku Bakımından

İcra ve İflâs Kanunu’nda 2021 yılında yapılan değişiklikten önce iflâs idaresi üyelerinin kimler olabileceğine yönelik açık bir kanunî düzenleme yer almamakla birlikte iflâs tasfiyesi yapılırken masayı en iyi şekilde yönetebilecek ve temsil edecek kişilerin iflâs idare memuru olarak seçildiği görülmekteydi. Özellikle iflâs tasfiyesinin başarılı bir şekilde sürdürülerek malların yönetiminin yapılması, masa mallarından elde edilen gelirin korunması, iflâs alacaklılarının masaya kötü niyetli işlemler ile zarar vermesinin engellenmesi, kanuna uygun bir dağıtımın yapılması için iflâs idare memurlarının sahip olması gereken nitelikler önem arz etmektedir⁵⁷.

⁵⁴ <https://herrmann-may.de/blog/das-amt-des-insolvenzverwalters.html>, Erişim Tarihi: 19.02.2024.

⁵⁵ <https://www.vid.de/der-verband/ueber-uns/>, Erişim Tarihi: 19.02.2024.

⁵⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi aşağıda verilmiştir. Bkz.: C.1.b ve C.2.b.

⁵⁷ Berkin, *İflâs Hukuku*, 324; Kuru, *El Kitabı*, 1302; Yılmaz, *İflâs İdaresi*, 64-67; Yılmaz, *Şerh*, 1044.

Doktrinde kabul edilen temel eğilim, iflâs idaresine seçilecek üye adaylarının sadece alacaklılardan oluşması bir zorunluluk değildi. Zira, masaya dahil olan malvarlığı değerlerinin özelliklerini ve yönetimini alacaklılarının en iyi bildiği kabul edilse de daha önce yönetimde aldığı kararların bir etkisiyle iflâs etmiş olan müflisin yanında çalışan kişilerin, müflisle hukukî ilişki içinde olan ama alacaklı sıfatı bulunmayan üçüncü kişilerin de tasfiyeyi gereği gibi yapabileceği düşüncesiyle alacaklılar dışındaki kişilerin de masa temsilcisi konumundaki iflâs idare memuru seçildiği görülmekteydi. Hatta uygulamada daha ziyadesiyle, eğer alacaklılar dışında bir üye adayı belirlenecekse bu kişilerin avukat olmasına sıkça rastlanırdı⁵⁸.

2021 yılında yapılan değişiklikten önceki uygulamada, kimlerin iflâs idaresine aday gösterilebileceği konusunda doktrinde görüş birliği olduğu söylenemez. Özellikle de alacaklılardan birinin iflâs idaresine memur aday olarak gösterilmesi halinde, bu alacaklının kendi alacağını kayırmak için idare içinde örtülü veya açık işlemler yapabileceği, sırf kendisi için ayırım yapamasa da kendi alacak grubundaki kişileri özellikle gözetecek kararların alınmasına imza atabileceği düşüncesiyle alacaklının iflâs idare memuru seçimini kabul etmeyen bir görüş vardı. Fakat iflâs idaresi memurları, yapmış oldukları işlemlerde iflâs dairesinin denetimine tabi olacaklarından bu görüşün pek de kabul görmediği anlaşılmakta ve alacaklıların iflâs idaresine memur oldukları da bilinmektedir⁵⁹.

b. Alman Hukuku Bakımından

Alman hukukunda iflâs idare memurlarının hangi niteliklere sahip olması gerektiği InsO § 56'nın ilk fıkrasının ilk cümlesinde genel olarak düzenlenmiştir. Her şeyden önce, iflâs idare memurunun bir tüzel kişi olup olamayacağı tartışılmalı da sadece gerçek kişilerin iflâs idare memuru olarak göreve getirilmesi kabul edilmektedir⁶⁰. Hatta Alman Yargıtay'ının 2013 yılında verdiği bir kararında⁶¹

⁵⁸ Berkin, *İflâs Hukuku*, 324; Kuru, *El Kitabı*, 1302; Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku*, 614; Yılmaz, *İflâs İdaresi*, 65; Yılmaz, *Şerh*, 1045'teki örnek Yargıtay kararı; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku*, 641; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 483; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *İcra ve İflâs Hukuku*, 448; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 612-613.

⁵⁹ Berkin, *İflâs Hukuku*, 324. Berkin, iflâs masası ile iflâs alacaklılarının menfaatlerinin müşterek olması nedeniyle alacaklılardan seçim yapılmasını faydalı görmektedir.; Kuru, *El Kitabı*, 1302; Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku*, 614; Yılmaz, *İflâs İdaresi*, 65; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku*, 641; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 483; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *İcra ve İflâs Hukuku*, 448; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 612. Mevcut düzenlemede alacaklıların iflâs idare memurunu doğrudan belirleyememesinin sonuçları hakkındaki açıklamalar için ayrıca bkz.: Taşpınar Ayvaz, s. 2204-2205.

⁶⁰ Blümle, *Braun Insolvenzordnung (InsO) Kommentar*, § 56, Rn. 9; Hess, *Insolvenzrecht Großkommentar*, § 56, Rn. 2; Riedel, *Insolvenzordnung Heidelberger Kommentar*, 11. neu bearbeitete Auflage, § 56, Rn. 6; Thorsten Graeber, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, 4. Aufl., Band 1 §§ 1-79, (München: Carl Heymanns Verlag, 2019), (Graeber, *Münchener Kommentar*), § 56, Rn. 15-16; Frind, *Hamburger Kommentar*, § 56, Rn. 1b.

⁶¹ BGH, Beschluss vom 19.09.2013, IX AR (VZ) 1/12. Tüzel kişilerin iflâs idare memuru olarak seçilebilmesi hususu Alman doktrininde pek çok kez tartışılmıştır. Özellikle Federal Anayasa

limited şirket şeklindeki bir avukatlık ortaklığının iflâs idaresine seçilememesi hukuka uygun olup temel hakların ihlali anlamına gelmediği belirtilmektedir⁶². Düzenlemeye göre, seçilecek olan iflâs idare memurunun bilhassa şu dört özelliğe sahip olması gerekir:

b.1. Somut Olaya Uygunluk

İşletmenin mal varlığı değerlerinin tasfiyesi yanında işletmenin devamlılığını da sağlamaya yönelik Alman Aciz Hukuku, somut olayda başarıya ulaşabilecek, görevinin niteliklerine uygun davranabilecek memurlar vasıtasıyla sürecin yürütülmesini istemektedir. Bunun yanında, iflâs mahkemesi tarafından yapılacak görevlendirmede, görevlendirme konusu görevi üstlenmeye hazır olmak da bu şart altında değerlendirilebilir. Zira iflâs idare memuru, görevi hazır olduğunu beyan etmekle değil iflâs mahkemesinin somut olayda görevlendirilmesi (görevi kabul mecburiyeti olmasa da) ile göreve gelmiş olur⁶³.

b.2. Ticari Deneyim

Özellikle geçici iflâs idare memuru tayini yapıldıktan sonra ve devamında iflâsın açılması kararının verilmesiyle birlikte, borçlu gerçek veya tüzel kişinin kendi mal varlığı ile ilgili tasarruf ehliyeti kısıtlanacağından, borçlunun mallarının tasfiyesi veya işletmesinin devamlılığının sağlanabilmesi için “borçlunun faaliyet alanında” tecrübeye sahip iflâs idare memurlarının seçilmesi gerekir. Bilhassa iflâs sürecinin borçluyu tamamen yok etmekten ziyade ekonomik ömrünün devamlılığını sağlamaya yönelik bir anlayışta olan InsO, iflâs sürecinde ehil kimselerin yönetime gelmesini istemektedir. İflâs idare memurunun “kişisel kalitesi, deneyimi (*persönliche Qualifikation*)” olarak da adlandırılabilir olan bu kriter, kişinin müflisin çalışma alanıyla ilgili bilgisini, tecrübesini ve davranışlarını kapsar⁶⁴.

İflâs idare memurunun avukat olması, iflâs süreciyle ilgili bilginin bulunması onun ticarî deneyiminin olduğunu tek başına kabule yeterli değildir.

Mahkemesi'nin 2016 yılında yapılan bir anayasa şikâyeti başvurusunu (BVerfG, 1 BvR 3102/13) gerekçe göstermeden reddetmesinin akabinde, EGIInsO § 102a'nın ilk cümlesi uyarınca tüzel kişilerin de iflâs idare memuru olabilmesinin önü açılmış görünse de doktrin, sadece gerçek kişiler açısından görevlendirme yapılabilmesini kabul etmektedir. İlgili tartışmalar için bkz.: Blümle, *Braun Insolvenzordnung (InsO) Kommentar*, § 56, Rn. 12-17.

⁶² Blümle, *Braun Insolvenzordnung (InsO) Kommentar*, § 56, Rn. 10.

⁶³ Schmidt, *Hamburger Kommentar*, § 56, Rn. 29-30, 54-55; Hess, *Insolvenzrecht Großkommentar*, § 56, Rn. 122; Riedel, *Insolvenzordnung Heidelberger Kommentar*, 11. neu bearbeitete Auflage, § 56, Rn. 1; Walter Gerhardt, *Jaeger Insolvenzordnung Großkommentar*, Erste Auflage, Zweiter Band §§ 56-102, (Berlin: De Gruyter Recht, 2007), (Gerhardt, *Zweiter Band*), § 56, Rn. 54-46; Blümle, *Braun Insolvenzordnung (InsO) Kommentar*, § 56, Rn. 79; Graeber, *Münchener Kommentar*, § 56, Rn. 21-24; Oruç, *İflâs İdaresi*, 129.

⁶⁴ Schmidt, *Hamburger Kommentar*, § 56, Rn. 49-53; Hess, *Insolvenzrecht Großkommentar*, § 56, Rn. 138; Gerhardt, *Zweiter Band*, § 56, Rn. 39; Riedel, *Insolvenzordnung Heidelberger Kommentar*, 11. neu bearbeitete Auflage, § 56, Rn. 1; Blümle, *Braun Insolvenzordnung (InsO) Kommentar*, § 56, Rn. 29; Graeber, *Münchener Kommentar*, § 56, Rn. 17-20; Oruç, *İflâs İdaresi*, 129.

“*Geschäftskunde*” olarak belirtilen bu şart, hukukî ve iktisadî olarak işletmenin çalışma sahasına hâkim olan avukat, muhasebeci veya ekonomist kişilerin, borçlunun mallarını yönetebilecek düzeyde bilgi sahibi olmasını tarif eder. Hatta iflâs sürecinin ilerleyişi hakkında bilgi sahibi olunması ayrıca öneme sahiptir⁶⁵. Belirlenecek iflâs idare memuru adayının iflâs mahkemesinin bölgesel listesinde olması, sayılan bu niteliklere kendiliğinden sahip olduğu anlamına da gelmeyecektir.

b.3. Bölgesel Yakınlık

İflâs idare memuru olarak seçilecek kimsenin, iflâs tasfiyesinin yapılacağı yere yakın olması InsO tarafından özellikle aranan bir şarttır. Her ne kadar gelişmiş iletişim ve ulaşım teknolojileri var olsa da tasfiye sürecinin bizzat ve zamanında yapılmasının tasfiyeye sağlayacağı menfaatler düşünüldüğünde, iflâs idare memurlarının iflâs tasfiyesinin yapıldığı yerden veya en azından tasfiyenin yapıldığı yere yakın yerlerden belirlenmesi gerekliliği ön plana çıkarılmıştır⁶⁶.

b.4. Alacaklılardan ve Borçludan Bağımsızlık

Aranan en önemli özellik de diyebileceğimiz “bağımsızlık” kriteri, iflâs idaresinin yürüttüğü görevin önemi ve tasfiyenin sağlıklı ilerlemesi için 1999’da yürürlüğe giren Kanun’a alınmıştır. İflâs idaresi, alacaklının veya müflisin temsilcisi olmayıp iflâs masasının yöneticisi ve temsilcisi olması nedeniyle herhangi bir alacaklıya veya alacaklı grubuna yakınlık hem alacaklılar arası eşitliği zedeler hem de anayasal ve kanuni anlamda tasfiyenin hukuka aykırı ilerlemesine neden olur⁶⁷. Fakat InsO § 56 hükmüne göre, iflâs idaresi memurunun borçlu veya alacaklı tarafından teklif edilmiş olması yahut iflâs başvurusundan önce borçluya “iflâsın gidişatı ve sonuçları hakkında” bilgiler vermiş olması, iflâs idare memurunun bağımsızlığını etkilemez.

“Bağımsızlık” ile ne kastedildiği InsO içerisinde kavramsal olarak belirlenmiş değildir⁶⁸. İflâs idare memurunun bağımsız kalması gerektiği ve istisnâ olarak nele rin bağımsızlığa gölge düşürmeyeceğini belirleyen kanun koyucunun, yorum yoluyla kavramın içinin doldurulabileceğini düşündüğü belirtilebilir. Bu noktada kavramın tarihî gelişimine, sistematik ve mantık çerçevesine bakmak faydalı olacaktır⁶⁹. Kavramın eş anlamlıları kişisel sorumluluk, özgürlük, egemenlik, özerklik terimleri kul-

⁶⁵ Schmidt, *Hamburger Kommentar*, § 56, Rn. 49-50; Riedel, *Insolvenzordnung Heidelberger Kommentar*, 11. neu bearbeitete Auflage, § 56, Rn. 1; Gerhardt, *Zweiter Band*, § 56, Rn. 32, 37, 51-53.

⁶⁶ Schmidt, *Hamburger Kommentar*, § 56, Rn. 49-50; Blümle, *Braun Insolvenzordnung (InsO) Kommentar*, § 56, Rn. 2, 19; Oruç, *İflâs İdaresi*, 129.

⁶⁷ Benzer yönde bkz.: Markus Gehrlein, „Sorgfaltmaßstab der Organ- und Insolvenzverwalterhaftung - Anwendbarkeit der Business Judgement Rule“, *NZG*, J. 2020, H. 21, (2020), 803; Schmidt, *Hamburger Kommentar*, § 1, Rn. 79; Oruç, *İflâs İdaresi*, 130.

⁶⁸ Olaf Spiekermann, „Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters und Sachwalters“, *NZI*, J. 2020, H. 22, (2020), 978; Frank Frind, „Neutralitätsprobleme bei der Insolvenz- und Sachverwaltung“, *NZI*, J. 2023, H. 20, (2023), 808.

⁶⁹ Spiekermann, *Die Unabhängigkeit*, 978.

lanıldığına göre bağımsızlık “iç ve dış etkilerin yokluğu” olarak algılanmalıdır. İflâs idare memurunun bağımsızlığında memur, yapacak olduğu işlemlerde her türlü etkiden uzak, sadece alacaklı ve borçlu değil işçi, işveren, ilgili üçüncü kişi gibi süreçte yer alabilecek herkesin etkide bulunması ihtimalinden arı olması anlaşılır⁷⁰. Elbette ki bu noktada onun “bağımlı”⁷¹ olduğu” tek şey mevzuat ve iflâs mahkemesi olmalıdır. Söz konusu özellik geçici iflâs idare memuru için de geçerlidir⁷².

2. Özel Nitelikler

a. Türk Hukuku Bakımından

Kanun değişikliği ile birlikte getirilen yeni sistemde artık iflâs idare memurlarının niteliği hem Kanun’a yapılan eklemeye hem de çıkarılan Yönetmelik ile netlik kazanmıştır. İflâs tasfiyesi süresince görev alacak olan iflâs idare memurları, aksi kararlaştırılmadığı sürece bilirkişilik bölge kurulları tarafından oluşturulan iflâs idare memurları listesinden seçilir. Bu şekilde seçilen iflâs idare memurlarından birinin yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir, birinin ise hukukçu olması zorunludur (m.223/6). Tıpkı bilirkişilik ve arabuluculuk sistemlerinde olduğu gibi iflâs idare memurluğunda da artık listeden atama usûlü benimsenmiştir. İflâs idaresine üye seçimi yapacak olan alacaklılar, kural olarak, hazırlanan bu listelerden aday göstermek durumundadırlar. Liste dışından aday gösterilmek istenilmesi hâlinde bu talep, gerekçeleriyle toplantı tutanağına yazılır. Liste dışından gösterilen adayın niteliğinde bir kimsenin listede bulunup bulunmadığı kontrol edilir. Bu nitelikte bir adayın listede bulunması hâlinde, liste dışından aday gösterilmesi talebi kabul edilmeyerek alacaklıya listeden bir aday göstermesi gerektiği bildirilir. Buna rağmen listedeki kişilerden birinin aday gösterilmemesi hâlinde bu alacaklının aday göstermediği kabul edilerek işlemlere devam edilir (Yön. m.5/9).

İflâs idare memurluğuna görevlendirilmek istenen memur adayı için getirilen en önemli yenilik hiç şüphesiz ki listeye kayıt olma zorunluluğudur. Söz konusu liste, adayın görev almak istediği bilirkişilik bölge kurulları tarafından tutulmakta ve adayların listeye kaydını bu kurullar yapmaktadır. Yönetmelik’in 4. maddesi, bu listeye kaydolmak isteyen adayların hangi niteliklere sahip olması gerektiğini de açıklamıştır:

(1) *İflâs idare memurunda aşağıdaki nitelikler aranır:*

a) *Türk vatandaşı olmak.*

b) *Tam ehliyetli olmak.*

⁷⁰ Schmidt, *Hamburger Kommentar*, § 1, Rn. 58; Hess, *Insolvenzrecht Großkommentar*, § 56, Rn. 154 vd.; Gerhardt, *Zweiter Band*, § 56, Rn. 42-50; Blümle, *Braun Insolvenzordnung (InsO) Kommentar*, § 56, Rn. 40 vd.; Graeber, *Münchener Kommentar*, § 56, Rn. 25-27.

⁷¹ Söz konusu “bağımlı” kelimesinin “gözetim altında olma” şeklinde anlaşılması kanımızca daha yerinde olacaktır.

⁷² Spiekermann, *Die Unabhängigkeit*, 978-980; Schmidt, *Hamburger Kommentar*, § 56, Rn. 33-39.

c) *Hukukçular; yeminli mali müşavirler veya serbest muhasebeci mali müşavirler arasından seçilecekler için yurt içindeki veya Yükseköğretim Kurulu tarafından denkliği kabul edilen yurt dışındaki lisans düzeyindeki öğretim kurumlarından mezun olmak.*

ç) *Hukukçular; yeminli mali müşavirler veya serbest muhasebeci mali müşavirler dışında seçilecekler için yurt içindeki veya Yükseköğretim Kurulu tarafından denkliği kabul edilen yurt dışındaki ön lisans veya lisans düzeyindeki öğretim kurumlarından mezun olmak.*

d) *Beş yıldan az olmamak üzere mesleki tecrübeye sahip olmak.*

e) *İflâs etmemiş olmak.*

f) *Son üç yıl içinde kendi talebi hariç listeden çıkarılmamış olmak.*

g) *Meslekten veya memuriyetten çıkarılmamış olmak, sanat icrasından veya mesleki faaliyette yasaklı bulunmamak.*

ğ) *Kamu hizmetinden yasaklı olmamak.*

h) *Fiilen yürütmekte olduğu mesleğinin tabi olduğu mevzuatta, iflâs idare memurluğunu yürütmesine engel bir hüküm bulunmamak.*

ı) *26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar; Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar ile zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflâs, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık, gerçeğe aykırı bilirkişilik veya tercümanlık yapma, yalan tanıklık ve yalan yere yemin suçlarından mahkûm olmamak.*

i) *Terör örgütleriyle iltisaklı veya irtibatlı olmamak.*

j) *18 inci madde hükmü saklı kalmak kaydıyla iflâs idare memurluğu eğitimini tamamlamış olmak.*

Söz konusu Yönetmelik hükmü ayrıntılı incelendiğinde, hukukçu ve yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir meslek grubuna özel düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. İflâs tasfiyesinin hukukî ve malî boyutunun fazla olması nedeniyle bu üç meslek grubuna bilhassa yer verilmiş olması, tasfiyede yapılan bir işlemin hukukî ve malî sonucunu bilmeyen, alelade usülle seçilen iflâs idare memurunun zararını önlemek adına isabetli bir karar gibi görünmektedir. Gerçekten de iflâs tasfiyesi içinde iflâs idare memurları, Kanun'da gösterilen görevleri yerine getirirken en azından lisans eğitimi düzeyine hukuk bilgisine ve yine en azından lisans eğitimi seviyesinde malî bilgiye sahip olmalıdır. Örneğin, masa mallarının satılmasına karar verildiğinde bu satışın yapılmasının hukuken

mümkün olup olmadığını yahut bu satışın yapılması halinde tasfiyede elde edilecek gelirin beklenen düzeyde alacağı karşılayıp karşılamayacağını bilgisine sahip olmak, etkin ve daha hızlı bir tasfiye sürecinin yürütülmesine zemin hazırlayabilecektir. Zira, 7327 sayılı Kanun ile 223. maddeye eklenen fıkranın gerekçesinde de aynı durum “... düzenlemeyle ... tasfiye sürecinin daha etkin ve hızlı bir şekilde tamamlanması amaçlanmaktadır.” denilmek suretiyle özetlenmiştir. Zaten iflâs tasfiyesindeki kuralların Kanun’daki getiriliş amacına baktığımızda da adil, eşit, hızlı bir tasfiyenin gerçekleştirilmesinin amaçlandığını görebiliriz⁷³. Kanımızca, bu üç meslek grubuna özel düzenleme yapılması, iflâs idaresinde bu üç meslekten iki kişinin bulunmasının zorunlu olması, kanun koyucunun amacına da uygun düşecektir. İflâs idare memuru olacak kişilerde beş yıllık meslekî tecrübe (kıdem) aranması da bu düşünceyi desteklemektedir.

Burada aranan önemli özel niteliklerden biri de (tıpkı bilirkişilik, konkordato komiserliği ve arabuluculukta olduğu gibi) iflâs idare memurluğu eğitiminin alınmasıdır. Hukuk politikasında son dönemlerde yaygın bir şekilde kabul edilen “temel eğitim” müessesesi (çıkarılan yeni Yönetmelik ile), artık iflâs idare memurları için de kabul edilmektedir. İflâs tasfiyesinin özel bir hukukî, malî ve sektörel bilgiyi gerekli kılması nedeniyle en azından temel eğitim düzeyinde bilgilendirmenin yapılması, bu eğitimlerde en azından iflâs tasfiye sürecinin ve iflâs idaresi toplantılarının niteliğinin artmasına, hızlanmasına, alacaklıların daha fazla para alarak daha fazla hukukî tatmin sağlamasına neden olabileceğinden olumlu karşılanmalıdır. Hele ki hukuk fakültelerinin müfredatında olmasına rağmen gerekli ilgiyi göremeyen, detaylı bilgi aktarımının yapılamadığı bir eğitim sisteminden mezun olan, ömründe az da olsa iflâs işleri ile ilgilenmemiş hukukçuların bu iflâs idarelerine alelâde memur seçildiği gerçeğini göz önüne alırsak, iflâs idare memurluğu temel eğitiminin faydası (hatta gerekliliği) bir kat daha artacaktır.

Yönetmelik’in 15. maddesinde iflâs idare memurluğu temel eğitiminin kapsamını da ayrıca düzenlemiştir. Buna göre temel eğitim, iflâs idare memurluğu görevinin yürütülmesi için gerekli teorik ve pratik bilgileri içerir. Temel eğitim, en az otuz altı ders saatinden oluşmakla birlikte eğitim kuruluşları, Bakanlığın uygun görüşü ile eğitim ders saatini arttırabilirler. Temel eğitim; medenî usûl ve icra iflâs hukuku, medenî hukuk, ticaret hukuku ile işletme, iktisat, maliye ve muhasebe alanında profesör, doçent veya doktor unvanına sahip olanlar tarafından verilir. Temel eğitimin içeriği medenî usûl ve icra iflâs hukuku ile ticaret hukuku genel ilkelerini, icra ve iflâs mevzuatını, işletme, iktisat, maliye ve muhasebe konularını, iflâs idare memurunun taşınması gereken nitelikleri, görevi, yetkisi, yükümlülükleri ile hukukî ve cezaî sorumluluğunu, rapor yazım usûl ve tekniğini kapsar. İflâs idare memuru

⁷³ Benzer Yönde bkz.: Ahmet Başözen, “İflâs Kuralları ve Müflisin Tasarruf Yetkisine İlişkin Güncel Bazı Düşünceler”, *Mihbir 13. Antalya Toplantısı, Yeniden Yapılandırılması Gereken Bir Kurum Olarak İflâs ve Konkordatonun İşlememesinin Sebepleri*, 9-10 Ekim 2015/Antalya, (2015), 110.

olarak görevlendirilmek isteyenlerin, söz konusu içeriği haiz olan temel eğitime katılmaları zorunludur. Eğitim kuruluşlarınca, katılımcıların derslere devam durumunu gösteren çizelge düzenlenir ve derslerin 1/12'sine devam etmeyenlerin eğitim programıyla ilişkisi kesilir. Temel eğitimin içeriği, yöntemi ile usûl ve esasları bu alanlardaki ihtiyaca göre Bakanlık tarafından güncellenebilir.

Temel eğitimin önemli olduğu şüphesiz ki kabul edilmekle birlikte -kanımızca- ders saatinde güncellemelerin yapılması önerilebilir. Zira, sadece temel düzeyde hukuk bilgisi olan bir serbest muhasebeci mali müşavir yahut yeminli mali müşavirin iflâs hukuku gibi spesifik bir alanı anlayabilmesi; yine temel düzeyde mali bilgiye sahip olan bir hukukçunun iflâs tasfiyesi içindeki müflisin ticarî defterlerini okuyabilmesi ve hukukî kararına dayanak teşkil ettirebilmesi otuz altı saat gibi kısa bir eğitimde telafi edilebilecek nitelikte değildir. Arabuluculuk temel eğitiminde olduğu gibi en az seksen dört saatlik bir eğitim planının iflâs idare memurluğu eğitimi için de getirilmesi kanımızca doğru olacaktır. Bu eksiklik, Yönetmelik'in 16. maddesinde düzenlenen yenileme eğitimi ile de kanımızca tamamlanamaz. Zira ekonomi dünyası, kuralları, sükûti ve konuları çok hızlı değişebilen bir alandır. Bilişim çağına da etkisiyle günlük değişebilen bir piyasada iflâs hukuku bilgisinin ve mali bilginin daha detaylı bir programla, iflâs tasfiyesinin ve dolayısıyla iflâsın tüm aktörlerinin (bilhassa alacaklıların) kaderini değiştirebilecek yetkilere sahip iflâs idare memuruna aktarılması yerinde bir tercih olacaktır.

İflâs idare memurunun özel niteliklerinin düzenlendiği Yönetmelik'in 18. maddesine göre, medenî usûl ve icra iflâs hukuku, medenî hukuk, ticaret hukuku ile işletme, iktisat, maliye ve muhasebe alanında profesör, doçent veya doktor unvanına sahip olanlar iflâs idare memurluğu eğitiminden muafır. Fakat bu maddede göre temel eğitimden muaf tutulan kişiler alanlarının çok geniş tutulması kanımızca yerinde bir tercih olmamıştır. Örneğin, en son otuz yıl önce iflâs hukuku dersi almış bir medenî hukuk profesörünün iflâs bilgisi ile çok önemli sorumlulukları olan iflâs tasfiyesi sürecinin yürütülmesi etkin olamayabilir. Bu hükmün kapsamının daraltılmasının yerinde olacağı kanısındayız.

Yönetmelik'in geçici birinci maddesi uyarınca, iflâs idare memurluğu listeleri, bölge kurulları tarafından henüz ilan edilmediğinden "listeden atama" usûlü yerine eski sistem uygulanmaya devam edecektir. Listede bulunmasalar dahi, liste ilan edilmeden evvel iflâs idare memuru olarak atanan kişiler, listeye kaydolmasalar bile görevlendirildikleri dosyayı tamamlayana kadar görevlerine devam edeceklerdir.

Bu konuda değerlendirilmesi gereken bir başka husus da m.308/2 gereğince iflâs idare memuru olarak görevlendirilen kişilerin aslında konkordato komiseri olan kişilerden oluşmasıdır. Her ne kadar konkordato komiserliği için ayrı bir eğitim almış kişilerin konkordato sürecinde komiser olarak görevlendirilmesi söz konusu olsa da bu kişilerin aynı zamanda iflâs idare memurluğu eğitimini de al-

mış olması (her durumda) mümkün olmayabilir. yani kanunun emredici hükmü nedeniyle, aslında iflâs idare memurluğu eğitimi görmeyen kişilerin (konkordato komiserlerinin) iflâs idaresinde görevlendirilmesine rastlanabilir ki bu durum da yetkinlik açısından sorgulanmaya muhtaçtır.

b. Alman Hukuku Bakımından

Alman Aciz Kanunu'nun uygulanmaya başladığı 1999 yılından itibaren bil-hassa iflâs idare memurunun (*Insolvenzverwalter*) seçimi mevzuu hep tartışıl-gelmiştir⁷⁴. İflâs mahkemelerinin seçimi tek başına yapıyor olması, kendi bölge-lerinde geçerli başvurular için kullandıkları listenin olması, çok az sayıda da olsa alacaklılar toplanması tarafından seçimlerin yapılabilirliği gibi hususlar özellikle iflâs idare memurlarının seçimiyle ilgili süreçteki eşitlik ve bağımsızlık açısından ele alınmıştır⁷⁵. Seçim sürecinin net bir şekilde InsO ile düzenlenmeyişi konuyu adeta karanlıkta bırakmaktadır⁷⁶.

İflâs başvurularının Türk hukukundaki kapsamından geniş olması, iflâs ta-kibinin amacının sadece tasfiyeyi değil gerektiğinde borçlunun kendi yönetimi-ne mallar bırakılarak yahut işletmenin devamlılığının (mümkünse) sağlanması yoluyla müflisin hukuki alanda yaşamasını gerçekleştirmek de olduğundan bu sürecin yönetici konumunda olan kişinin yetkin birisi olması gereklidir. Alman uygulamasında “*closed shop*” olarak da anılan ve iflâs idare memurunun genel nitelikleriyle doğrudan bağlantılı olan kavram, iflâs idare memurunun seçimini yapacak olan mahkemeye deneyimli, iş sahasında bilgili, mahkemeye yakın ve süreci yönetebilecek yeteneklerde kişilerin iflâs idare memuru olmasını önermek-tedir. Bu kavram ayrıca, iflâs daire memurlarının tüm taraflara eşit mesafede ola-cak şekilde, tüm tarafların ortak menfaatini gözeterek⁷⁷, mümkün olan en uygun

⁷⁴ Riedel, *Insolvenzordnung Heidelberger Kommentar*, 11. neu bearbeitete Auflage, § 56, Rn. 15 vd.; Marie-Luise Graf-Schlicker, *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 3. völlig neubearbeitete und wesentlich ergänzte Auflage, (Münster: 2009), 235-236; Thorsten Graeber, „Die Vorauswahl der Insolvenzverwalterkandidaten“, *NJW*, J. 2004, (2004), 2716 vd. (Graeber, *Insolvenzverwalterkan-didaten*); Gerhardt, *Zweiter Band*, § 56, Rn. 57. Hatta 1999 tarihinden yürürlüğe giren InsO'dan önceki KO döneminde de bazı tartışmalı hususlar bulunmakla birlikte uzun süren pratik uygula-malarla bu sorunların aşılabildiği yönünde bkz.: Wilhelm Uhlenbruck, „Zur Vorauswahl und Bes-tellung des Insolvenzverwalters“, *NZI*, J. 2006, (2006), 489. Hatta KO zamanında “*İflâs idare memurunun seçimi, iflâsın kaderidir.*” şeklinde bir tanımla ünlü hukukçu Jaeger tarafından yapılmıştır. Bkz.: Ernst Jaeger ve Friedrich Weber, *Konkursordnung*, 8. Auflage, (Einbeck: 1958), § 78, Rn. 7; Volker Römermann, „Die Bestellung des Insolvenzverwalters“, *NJW*, J. 2002, (2020), 3729, (Römermann, *Die Bestellung*); Frind, *Hamburger Kommentar*, § 56, Rn. 1a.

⁷⁵ Graeber, *Insolvenzverwalterkandidaten*, 2715-2716. Listedene seçim usulünün uygulanması hu-susunda Frind, “Seçim, spesifik iflâs işlemlerinin ihtiyaçlarına dayanmalıdır; Prosedür dikkate alınmadan “otomatik liste seçimi” söz konusu değildir.” demek suretiyle otomatikleşmiş bir seçi-min yapılmasını, özellikleri farklı olabilen iflâs tasfiyelerinin sıhhati için uygun bulmadığını açıkla-maktadır. Bilgi için bkz.: Frind, *Hamburger Kommentar*, § 56, Rn. 1.

⁷⁶ Römermann, *Die Bestellung*, s. 3729.

⁷⁷ Schmidt, *Hamburger Kommentar*, § 1, Rn. 59; Alacaklı ve borçlunun menfaatlerinin korunması nokta-sına ayrı bir önem verildiği görülen Alman uygulamasında bu konu, bir Federal Anayasa Mahkemesi

sayıda kişiyle (memurla) sürecin yürütülmesini, iflâs idare memuru enflasyonu yaratarak olumsuz sonuçların doğmamasını sağlamak için de kullanılmaktadır⁷⁸.

Alman hukukunda iflâs idare memurunun seçimi hususu, Alman Aciz Kanunu'nun (InsO) uygulanması sürecinde de tartışılan bir konudur. Özellikle iflâs mahkemesinin seçimlerinin uygulamada farklı oluşu, uygulamadaki işlemlerin alenî (saydam, şeffaf) şekilde yapılmaması ve talebi dikkate alınmayan kişilere hukuki koruma sağlanmaması nedeniyle tartışmalar ortaya çıkmıştır⁷⁹.

Aslında Alman Anayasa Mahkemesi'nin bir kararına da dayanan ve iflâs idare memurunun seçimindeki kriterleri ortaya koyan kavram, kanunî bir dayanağı olmamakla birlikte iflâs mahkemeleri tarafından az çok dikkate alınmaktadır. Alman Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararına⁸⁰ göre hâkimin, iflâs idare memurunu seçmek yönündeki kararı, iflâsla ilgili uyumsuzluğu tümünden çözme yönünde bir karar olmamakla birlikte, vermiş olduğu kararın müflisin potansiyel mesleki faaliyeti üzerinde bir etkisi olduğundan iflâs idare memurunun seçimi konusunda ilgili taraflara (en azından InsO 56'daki şartların sağlanıp sağlanmadığı hususunda) eşit imkânın verilmesi gerekir. Mahkeme tarafından yapılan ön seçim sürecinin keyfi olmayacak şekilde tasarlanması halinde tarafların eşitlik hakkının kullanılacağından bahsedilen karara göre iflâs mahkemesi, objektif olarak ve kanunda aranan kriterlere uygun seçim yapmalıdır. Hâkimin (iflâs idare memurunu) seçim faaliyetinde tarafsız olması, tek başına bağımsız ve tarafsız bir iflâs idare memurunun belirlenmesi için yeterli görülmemelidir⁸¹.

kararı ile de pekiştirilmiştir. Kararın çıkış noktası doğrudan alacaklı ve borçlunun haklarının korunması olmamakla birlikte, iflâs idare memurunun seçimine karşı yapılan bireysel başvuruda yüksek mahkeme "alacaklı ve borçlu menfaati gözeltmeden yapılan seçimin" hukuka uygun sayılmayacağını dile getirmiştir. Kararla ilgili açıklamalar için ayrıca bkz.: Thorsten Graeber, „Kein Konkurrentenschutz für Insolvenzverwalter“, *NZI*, J. 2006, (2006), 500 vd. (Graeber, *Konkurrentenschutz*). İlgili Federal Anayasa Mahkemesi kararının tam metni için bkz.: BVerfG, 1 BvR 2530/04, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2006/05/rs20060523_1bvr253004.html, Erişim Tarihi: 22.02.2024.

⁷⁸ Frind, *Hamburger Kommentar*, § 56, Rn. 10b, 11; Thorsten Graeber, „Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters“, *DZWIR*, J. 2005, H. 5, (2005), 187. Alman Aciz Kanunu InsO'nun ilk uygulandığı yıllarda, iflâs mahkemelerinin kendilerine ait listelerin olduğu ve bu listelerden seçimler yapıldığı, yapılan seçimlerde objektif olarak bir belirleme yapmanın zorluğu, bu durumun anayasal anlamda hak ihlallerine yol açabileceği hususlarında tartışmalar var olmuştur. Hatta bu seçimler nedeniyle ortaya çıkabilecek hukuka aykırılıklar nedeniyle devletin sorumluluğu hususu da tartışılmıştır. İlgili açıklamalar ve görüş için bkz.: Stefan Smid, „Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters durch das Insolvenzgericht als Rechtsfrage betrachtet“, *DZWIR*, J. 2001, H. 12, (2001), 486 vd., (Smid, *Auswahl und Bestellung*); Frank Frind ve Andreas Schmidt, „Insolvenzverwalterbestellung: Auswahlkriterien und Grenzen der Justiziabilität in der Praxis“, *NZI*, J. 2004, (2004), 533 vd.

⁷⁹ Martin Henssler, „Das Berufsbild des Insolvenzverwalters im Wandel der Zeit“, *ZIP*, J. 2002, H. 24, (2002), 1053; Volker Römermann, „Anfechtbarkeit der Verwalterbestellung“, *NZI*, J. 2003, (2003), 134; Gerhardt, *Zweiter Band*, § 56, Rn. 59 vd.; Frind, *Hamburger Kommentar*, § 56, Rn. 1a.

⁸⁰ BVerfG, Beschluss vom 03.08.2004 - 1 BvR 135/00 und 1086/01, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2004/08/rk20040803_1bvr013500.html, Erişim Tarihi: 21.02.2024. Söz konusu karar aslında birbirine benzer iki farklı eyalet mahkemesinden verilen kararların bireysel başvuru yoluyla Alman Anayasa Mahkemesi önüne getirilmesi sonucunda verilmiştir.

⁸¹ Busch, „Die Bestellung des Insolvenzverwalters nach dem „Detmolder Modell““, 354 vd.; Riedel, *Insolvenzordnung Heidelberg Kommentar*, 11. neu bearbeitete Auflage, § 56, Rn. 16 vd.; Lis-

Alman hukukundaki listeden seçim hususu pek çok açıdan tartışılmış hatta Adalet Bakanlığı nezdinde konuya özel önem verilmiştir⁸². İflâs mahkemesi hâkimini “iflâs idare memurunun müşterisi” olarak görmeyen, aksine iflâs mahkemesinin hem borçluyu hem de alacaklıları koruması gerektiği savunulmuştur. Listedен seçim⁸³ veya iflâs idare memurlarına eşit dağıtım gibi kriterler tartışılmış olsa da iflâs idare memurunun seçimiyle ilgili objektif bir kriter belirlemenin zorluğuna vurgu yapılmıştır⁸⁴. Hatta bu listede bulunan kişilerin meslekî tecrübeleri ve uygulamaları ile ilgili bir puan sıralamasının yapılıp yapılmayacağı, yapılırsa bu puanlamanın adil olup olmayacağı, zira zaten listede bulunan ve görev alan kişinin listeye yeni giren kişiye göre öncelikli durumunun adalete uygun düşmeyeceği de değerlendirilmiştir⁸⁵. Ancak her bir iflâs dosyasına (somut olayına) göre değerlendirme yapılmasının ve görev verilecek olan iflâs idare memurunun yeteneklerine uygun karar verilmesinin daha adil olacağı da düşünülmelidir⁸⁶. Hatta, hakkaniyetin sağlanması için “iflâs tasfiyesinde ana süje olan, tasfiyeye istediği gibi yön verebilecek olan” alacaklıların bile bu seçimi yapamaması, onun yerine iflâs mahkemesinin yapması bu nedenle önemli görülmektedir⁸⁷.

teden yapılan ön seçim ve iflâs mahkemelerinin seçimlerindeki adil sayılamayacak uygulamalar hususundaki tartışmalar için ayrıca bkz.: Stefan Smid, „Kein Rechtsmittel des bei der Auswahl nach § 56 abs.1 InsO unberücksichtigt gebliebenen Bewerbers-Zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 23.05.2006 - 1 BvR 2530/04“, *DZWIR*, J. 2006, H. 9, (2006), 354; Joachim Wieland, „Kurz Kommentar für InsO § 56 Insolvenzverwalter, Vorauswahl und Rechtsschutz“, *EWIR*, J. 2005, H. 10, (2005), 437-438; Harald Hess, „Kurz Kommentar für InsO § 56 Insolvenzverwalterbestellung und Vorauswahlverfahren“, *EWIR*, J. 2005, H. 15, (2005), 605-606; Graeber, *Insolvenzverwalterkandidaten*, 2716-2717; Wolfram Höfling, „Insolvenzverwalterbestellung - Rechtsschutz durch Konkurrentenklage?“, *NJW*, J. 2005, (2005), 2341; Römermann, „Anfechtbarkeit der Verwalterbestellung“, 135 vd.; Römermann, *Die Bestellung*, 3730 vd.; Blümle, *Braun Insolvenzordnung (InsO) Kommentar*, § 56, Rn. 2; Frind, *Hamburger Kommentar*, § 56, Rn. 4.

⁸² Frank Frind, „Die Bestellung des Insolvenzverwalters“, *DZWIR*, J. 2001, H. 12, (2001), 497, (Frind, *Die Bestellung*); Graeber, „Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters“, 177.

⁸³ Listedен seçim yapan mahkemelerin özellikle listelerinin gizli tutulması, Alman Anayasası'nın 12. maddesine ve aynı zamanda InsO § 56'ya aykırı olacaktır. İflâs mahkemesi mümkün oldukça saydam ve şeffaf seçim yapmalı, adil karar almaya özen göstermelidir. Ayrıca mahkeme bu seçimi yaparken müflisin çalışma sahasına uygun, bölgesel olarak yakında bulunan, iflâs hukuku bilgisi olan, teknik ve kişisel donanıma sahip kişileri tercih etmelidir. Aksi halde yapılan seçim, hukuka aykırı olabilecektir. Bu konudaki açıklamalar için bkz.: Henssler, „Das Berufsbild des Insolvenzverwalters im Wandel der Zeit“, 1057; Frank Frind ve Andreas Schmidt, „Insolvenzverwalterbestellung: Auswahlkriterien und Grenzen der Justiziabilität in der Praxis“, 536 vd.; Schmidt, *Hamburger Kommentar*, § 56, Rn. 19; Gerhardt, *Zweiter Band*, § 56, Rn. 60 vd.; Blümle, *Braun Insolvenzordnung (InsO) Kommentar*, § 56, Rn. 19 vd.

⁸⁴ Frind, *Die Bestellung*, s. 497; Graeber, „Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters“, 179.

⁸⁵ Graeber, „Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters“, 180.

⁸⁶ Graeber, „Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters“, 181; Blümle, *Braun Insolvenzordnung (InsO) Kommentar*, § 56, Rn. 5.

⁸⁷ Graeber, „Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters“, 183.

D. İFLÂS İDARE MEMURUNUN GÖREVLENDİRİLMESİ

İcra mahkemesi, iflâs idaresini teşkil edecek üç kişiden ikisini alacak çoğunluğuna sahip olanların seçtiği dört aday arasından, birisini ise alacaklı çoğunluğunun seçtiği iki aday arasından görevlendirir⁸⁸. Görevlendirilecek iflâs idare memurlarından birinin hukukçu, birinin ise yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir olması zorunludur (Yön. m.6/1). Görevlendirilecek bu memurların, Yönetmelik'te aranan genel ve özel nitelikleri sağlaması gerekecektir. Yönetmelik'te aranan (özellikle) eğitim şartını yerine getirmeyen kişilerin istisnai olarak iflâs idaresine seçilmesi sistemi kabul edildiğinden artık (eski sistemden farklı olarak) listeye kayıtlı olmayan kişilerin iflâs idare memuru olması söz konusu olamayacaktır. Öncesinde, iflâs masasından alacaklı olan kişilerden biri, hukukçu veya mali müşavir olmasa bile alacaklıların seçimiyle aday olarak belirlenebiliyor ve icra mahkemesi, bu adaylar içerisinde gösterilen bir alacaklıyı iflâs idare memuru olarak görevlendirebiliyordu. Fakat Kanun'da yapılan değişiklik ve yeni çıkarılan Yönetmelik ile artık bu durumun çok istisnai olarak uygulanabileceği anlaşılmaktadır. Zira Kanun'un 223/son maddesi "*İflâs idare memurları, bilirkişilik bölge kurulları tarafından oluşturulan iflâs idare memurları listesinden seçilir. ... Listede görevlendirilecek memurun bulunmaması hâlinde liste dışından görevlendirme yapılır ve bu durum bölge kuruluna bildirilir.*" demek suretiyle eski uygulamayı sonlandırmak niyetini ortaya koymuştur. Benzer bir hüküm "*İflâs idaresi, bölge kurulları tarafından oluşturulan iflâs idare memurları listesinden gösterilen adaylar arasından seçilen üç kişiden oluşur. Listede iflâs idare memurluğu adaylığına gösterilecek birinin bulunmaması hâlinde, liste dışından veya diğer bölge kurullarının listelerinden aday gösterilebilir. ...*" şeklinde, yönetmeliğin 5. maddesinde de yer almaktadır. Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, (örneğin) alacaklı konumunda olan bir kimsenin (eski uygulamadaki gibi) iflâs idaresine memur olarak seçilebilmesi için ya eğitim alarak listeye kayıtlı kişilerden olması ya da o listede o alacaklının özelliklerini haiz bir kimsenin kayıtlı olmaması gerekecektir. Alacaklıların iflâs idaresine memur olarak görevlendirilmesini önemli ölçüde kısıtlayan bu hüküm hem olumlu hem de olumsuz sonuçları bünyesinde barındırmaktadır. Düzenlemelerin olumlu yanı, iflâs idare memurluğunun artık kurumsal bir düzenleme ile yürütülerek etkinlik ve donanım kazandırılması ve bu sayede iflâs tasfiye sürecinin hızlandırılması yanında etkinleştirilmesidir. Fakat bu düzenlemeler, o sektördeki işleyişi en iyi

⁸⁸ Kuru, *El Kitabı*, 1302; Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku*, 614; Yılmaz, *Şerh*, 1044; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku*, 640-641; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 483; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *İcra ve İflâs Hukuku*, 448; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 612. Üstündağ, iflâs idaresinin icra mahkemesi ile birinci alacaklılar toplantısı tarafından seçildiğini belirtmektedir. Üstündağ, *İflâs Hukuku (İflâs-Konkordato-İptal Davaları)*, 150. Kanımızca yazarın kastettiği, iflâs idare memuru adaylarının birinci alacaklılar toplantısında seçilmesi, seçilen adayların arasından üç memurun icra mahkemesince seçilerek görevlendirilmesidir.

bilen ama temel eğitimi almadığı için iflâs idaresine memur olamayan alacaklının iflâs tasfiyesine getirebileceği tecrübesinin önünü kapattığı için olumsuz bir yönü de ihtiva etmektedir. Bu düzenlemeyi sadece alacaklılar açısından düşünmemek gerekir. İflâs idaresinde yer alsa tasfiyeye büyük etkisi olabilecek bir kimsenin, temel iflâs idare memurluğu eğitimini almadığı için görevlendirememesi açısından da ele almak yararlı olabilecektir⁸⁹.

Listede yer alsın veya almasın, alacaklılar toplantısı tarafından gösterilen altı aday içinden atama yapamayan icra mahkemesi hâkimi, durumu bir tutanakla tespit etmeli, gerekçesini (niçin atama yapılamadığını) yazmalı ve iflâs dairesine bu kararını göndererek yeniden alacaklılar toplantısı yapılmasını istemelidir. İcra mahkemesi hâkiminin, alacaklılar kurulu tarafından gösterilen adaylar haricinde bir kimseyi (listeden bile olsa), iflâs idare memuru olarak görevlendirmesi mümkün değildir. Zira iflâs idare memuru, alacaklılar kurulunun (kural olarak) listeden seçecekleri memur adayları arasından icra mahkemesinde seçilir ve görevlendirilir. Bu ihtimalin ortaya çıkabileceği birkaç sebep olmakla birlikte, en çok karşılaşılabilecek olanı, alacaklılar kurulunun seçtiği iflâs idare memuru adaylarının Yönetmelik'te aranan şartlara uygun olmamasıdır. Örneğin, alacaklılar kurulu tarafından gösterilen adayların üç tanesinin zaten beş tane aktif iflâs idare memurluğu görevi varsa, Yönetmelik'in 6/2. maddesi gereği beşten fazla memurluk görevi alınamayacağından, icra mahkemesi hâkimi durumu tutanakla tespit edip iflâs dairesine, alacaklılar toplantısı yapıp yeni adaylar belirlemesi için tutanağı göndermelidir. Bu işlem, iflâs idaresi Kanun'da aranan şartlarda teşekkül edilinceye kadar tekrarlanabilmelidir.

Hukukçu ile yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavirler arasından seçilen iflâs idare memurlarının herhangi bir nedenle görevinin sona ermesi hâlinde, iflâs idaresinde aynı nitelikte başka bir iflâs idare memurunun bulunmadığı tespit edilir ise icra mahkemesince önceki adaylar arasından bu nitelikte iflâs idare memuru görevlendirilir. Hukukçu ile yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir dışında görevlendirilmiş olan iflâs idare memurunun herhangi bir nedenle görevinin sona ermesi hâlinde ise icra mahkemesince önceki adaylar arasından iflâs idare memuru görevlendirilir (Yön. m.6/3-4). Önceki adaylar arasından da seçim yapılamazsa veya önceki aday denilebilecek kimse (görevin sona ermesinin birden fazla olması nedeniyle) kalmadıysa yine Yönetmelik'in 6/5 maddesi gereği alacaklılar toplantısı yeni bir seçim yapabilmelidir.

⁸⁹ Elbette ki bu olumsuz yönler, belli bir süre sonra, özellikle de iflâs idare memurluğu eğitimi alan kişilerin sayısı arttıkça etkisini yitirebilecek niteliktedir. Fakat kanun koyucunun istediği sonuç (tasfiyenin hızlı ve etkin ilerlemesi), hemen gerçekleşebilecek durumda değildir.

E. İFLÂS İDARE MEMURUNUN GÖREVDEN KAÇINMASI VEYA AYRILMASI

Kanun'un ve Yönetmelik'in aradığı nitelikleri taşıyan ve icra mahkemesi tarafından görevlendirilen iflâs idare memuruna, iflâs dairesi tarafından görevlendirmesi tebliğ edilir (Yön. m.6). Kural olarak iflâs idare memurluğuna seçilen kişinin görevi kabulü gerekir. Fakat, bedensel engelleri veya sürekli hastalıkları sebebiyle bu görevi yapmakta güçlük çekecek olan kişilerle uhdesinde birden fazla iflâs idare memurluğu görevi bulunanlar yahut icra mahkemesi tarafından kabul edilebilecek başkaca mazereti bulunan kişiler, iflâs idare memurluğu görevi yapmaktan kaçınabilirler (Yön. m.7/1).

Görevi kabul eden iflâs idare memuru, görevini yaptığı sırada icra mahkemesi tarafından kabul edilebilir nitelikte bir mazeret sunarsa, görevden ayrılma talebinde bulunabilir (Yön. m.7/2). Örneğin, görevi kabul eden bir iflâs idare memurunun, atamasını yaptığı icra mahkemesinin bağlı bulunduğu bölge adliye mahkemesinden başka bir yerdeki adrese taşınması, görevden kaçınma sebeplerinin göreve geldikten sonra ortaya çıkması yahut icra mahkemesince kabul edilebilecek özel bir durumunun ortaya çıkması hallerinde memur, görevden ayrılma talebinde bulunabilecektir. Görevi kabulden kaçınma veya görevden ayrılma talebi, görevlendirmenin tebliğ edildiği veyahut mazeretin ortaya çıktığı tarihten itibaren beş gün içinde, görevlendirmeyi yapan icra mahkemesine verilecek dilekçeyle bildirilir. Dilekçeye, kaçınma veya ayrılma sebepleri ile varsa bu sebeplere ilişkin belgelerin eklenmesi gerekir. İcra mahkemesi, dosya üzerinden yapacağı inceleme sonucunda kaçınma veya ayrılma talebinin kabulüne veya reddine karar verir. Görevden ayrılma talebinin reddi hâlinde iflâs idare memuru görevine devam eder. Görevi kabulden kaçınma talebinin reddi halinde iflâs idare memuru görevi kabulü yükümlüdür. Bu karara rağmen iflâs idare memuru görevden kaçınmaya devam ederse, icra mahkemesi derhâl Yönetmelik'in 6. maddesine göre başka bir iflâs idare memuru görevlendirir ve kaçınan iflâs idare memurunu bölge kuruluna bildirir. Talebin kabulü hâlinde icra mahkemesi derhâl Yönetmelik'in 6. maddesine göre başka bir iflâs idare memuru görevlendirir (Yön. m.7/3-6).

SONUÇ

İflâs tasfiyesinin başarıya ulaşması ve iflâs ile amaçlanan sonuçların ortaya çıkması yönünden, iflâs kararı verilmesinden sonra birincil öneme sahip olan organ iflâs idaresidir. Masanın kanunî temsilcisi ve masa mallarının yönetimi konusunda söz sahibi olan iflâs idaresi, bu görevini iflâs idare memurları eliyle yürütür. Alacaklıların eşit olarak alacaklarını almaları, müflisin mallarının kanuna ve hadiselere uygun olarak yönetilmesi, gerektiğinde bu mallarla ilgili hayatî derecede önemli kararların alınması noktasında yadsınamayacak derecede büyük görevleri olan iflâs idare memurlarının seçimi ve görevlendirilmesi yeni çıkarılan Yönetmelik çerçevesinde yapılacaktır.

Yönetmelik'in tamamı incelendiğinde özellikle iflâs idare memurunun sahip olması gereken genel ve özel niteliklere yer verildiği görülecektir. İflâs tasfiyesi daha ziyadesiyle hukuku ve ekonomiyi ilgilendiren bir alan olduğundan iflâs idaresinde memur olarak hukukçu, yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavirlerin yer alması doğru bir tercihtir. Ancak özellikle önem arz eden husus, iflâs idare memurluğu eğitimidir. Yönetmelik'te belirtilen eğitimin içeriği de ders saati de kanımızca yeterli olmadığı gibi beş yıllık meslekî tecrübe şartının da yeniden değerlendirilmesi gerekir.

Alman hukukunda sıklıkla tartışılan liste usûlü Türk hukukundakine benze- se de Türk hukukundaki sistemin daha ideal olduğu savunulabilir. Özellikle Al- man hukukunda iflâs idare memuru için aranan şartlardan somut olaya uygunluk, çevresel yakınlık ve bağımsızlık, Türk hukukundaki "listeden görevlendirme" ile sağlanabilecek olsa da "meslekî tecrübe" konusunda tam olarak beklentilerin kar- şılanıp karşılanmadığı eleştirilere açıktır. İflâs tasfiyesinde, müflisin iş hayatını en iyi, müflisin kendisi ve müflisin alacaklıları bilebilir. Zira sektörel bilgiye daha hâkim olduğu ileri sürülen kişiler, müflisin bizzat iş yaşamına tanık olmayıp onun işlemlerini dışarıdan takip edebilecek kişi konumundadır. Bu nedenle, eğitim al- mamış yahut eğitim olsa bile listeye yazılmamış alacaklıların (objektif hareket edebilmeleri koşuluyla) iflâs idaresine memur olarak atanamaması hususu kanı- mızca tekrardan düzenlemeye ihtiyaç duyan gri alandır.

Listeden yapılacak iflâs idare memuru görevlendirmelerinde dikkat edilmesi gereken önemli bir konu da bu görevlendirmelerin objektif ve göreve uygun- luk kriterlerine özen göstererek yapılmasıdır. Listeden yapılacak seçimlerde sıra usûlü benimsenebilir. Fakat bu durum, sıradaki görevlendirmeye konu tasfiyenin "iflâs idare memurunun faaliyet alanı dışında" yahut "doğrudan bağlantı içinde olmayıp dolaylı ilgili" konumunda olması nedeniyle "işin ehline teslim edilme- yen" sonuçları doğurmasına sebebiyet verebilir. Bu nedenle, iflâs idare memur- ları arasında yapılacak seçimlerde otomatikleşmiş bir seçim hedefleniyorsa, iflâs idare memurlarının faaliyet alanları "en ince ayrıntısına kadar" sektör analizine tâbi tutulmalıdır. Aksi halde, başka bir anlatımla icra mahkemesi hâkimlerinin inisiyatifinde (ama yine de listeden) bir atama yapılırsa, Alman hukukunun çokça tartıştığı "tarafılık/tarafsızlık" yahut "hâkimin özel listesi" olgusu ortaya çıkar ki bu durum, icra mahkemesi hâkimlerinin işlemlerinin şaibeli olarak kamuoyuna yansımaya neden olabilecektir.

Alman Aciz Kanunu'nun § 56a hükmünde düzenlenen, geçici alacaklılar kurulunun önerisinin -iflâs idare memurunun görevi yapmaya yeterli olmadığı- nın anlaşılması durumu hariç olmak üzere- iflâs mahkemesi tarafından dikkate alınmak durumunda olması, alacaklıların da iflâs idare memuru seçimine doğ- rudan etki ettiğini göstermektedir. Müflisin iş ilişkilerini ve çalışma alanını en iyi bilenlerden birinin (veya bir grubun) alacaklı olduğunu göz alırsak, sadece

listeden atamanın kabul edilmesi yerine listeden yapılacak atamalardan sonra alacaklılar toplantısının tekrar bir araya gelip görevlendirilen iflâs idare memurunun yetkinliğini onaylaması, eğer görevlendirilen memurun bilhassa müffisin çalışma alanına uzak bir kimse olduğu durumda mahkemeye yeniden görevlendirme yapılmasını (hatta kendi önerdikleri ve listede bulunan memur için) talep hakkı verilmesi kanımızca daha yerinde olabilecektir. Elbette ki bu önerimizin hayata geçmesi için yasal düzenleme yapılması zorunlu olup Kanun teklifinin amacının yazılması aşamasında “alacaklı ve borçlu menfaatlerine en çok hizmet edebilecek iflâs idaresinin seçiminin” elzem olduğuna özellikle yer verilmelidir.

İflâs idare memurlarına verilecek temel eğitimlerde özellikle Alman hukukunda aranan şartların Türk hukuku için de dikkate alınmasında herhangi bir engel yoktur. Ticarî ve hukukî deneyimi olmayan, sadece aldığı eğitim ile iflâs idaresine seçilebilen iflâs idare memurunun tasfiyeye vereceği zarar da dikkate alınarak eğitim saati içeriğinin ve saatinin mutlaka artırılması, bu konuda Yönetmelik’in ilgili kısmının mutlaka değiştirilmesi gerekmektedir. Bazı arabuluculuk temel eğitimlerinde olduğu gibi, eğitimlerin ticarileştirilmesi, ehil olmayan kişi ve kurumlarca (merkezlerce) eğitim verilmesi, ders saatini tamamlamak için eğitimlerin içinin boşaltılması halini alan yahut alacak olan iflâs idare memurluğu eğitimleri, iflâs tasfiyesine faydadan çok zarar verecektir. Bu konuda Adalet Bakanlığı’nın sıkı denetim yaparak borçlunun ve alacaklıların daha fazla zarar görmesini engellemesi Yönetmelik’in gereğidir.

KAYNAKÇA

- Ahrens, Martin. *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 4. Aufl., Band 1 §§ 1-79*. München: C.H. Beck Verlag, 2019.
- Akil Cenk. “Alman Aciz Kanunu’nun Bakiye Borçtan Kurtulma Prosedürü ve Tüketici Aczine İlişkin Hükümleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2012, S. 61 (3), Ankara: 2013.
- Arslan, Ramazan, Yılmaz, Ejder, Taşpınar Ayvaz, Sema ve Hanağası, Emel. *İcra ve İflâs Hukuku, Güncellenmiş 9. Baskı*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2023.
- Atalı, Murat, Ermenek, İbrahim ve Erdoğan, Ersin. *İcra ve İflâs Hukuku, 7. Baskı*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2023.
- Başözen, Ahmet. “İflâs Kuralları ve Müflisin Tasarruf Yetkisine İlişkin Güncel Bazı Düşünceler”, *Mihbir 13. Antalya Toplantısı, Yeniden Yapılandırılması Gereken Bir Kurum Olarak İflâs ve Konkordatonun İşlememesinin Sebepleri*”, Antalya: 9-10 Ekim 2015.
- Başözen, Ahmet. *Müflisin Tasarruf Yetkisi*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2005, (Başözen, *Tasarruf Yetkisi*).
- Belgesay, Mustafa Reşit. *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, İkinci Cilt İflâs Yolu ile Takip*. İstanbul: M. Sıralar Matbaası, 1955.
- Berkin, Necmeddin M.. *İflâs Hukuku*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1972.
- Blümle, Holger. *Braun Insolvenzordnung (InsO) Kommentar; 9. Aufl.* München: C.H. Beck Verlag, 2022.
- Brußhardt, Harald. *Braun Insolvenzordnung (InsO) Kommentar; 9. Aufl.* München: C.H. Beck Verlag, 2022.
- Busch, Peter. „Die Bestellung des Insolvenzverwalters nach dem „Detmolder Modell““, *DZWIR*, J. 2004, H. 9, (2004).
- Deliduman Seyithan. “Yeni Alman Aciz Kanunu Genel Hükümleri”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2000, C. IV, S. 1-2, Erzincan: 2000.
- Ekecik, Şükran ve Duran, Osman. “İflâs Bürosu (İİK m.221/1 ve 221/4)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, İzmir, (2015): 2571-2630.
- Erdönmez, Güray. *İflâsta Alacaklılar Toplanmasının Yetkileri*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2005.
- Frind, Frank. “Die Bestellung des Insolvenzverwalters”, *DZWIR*, J. 2001, H. 12, (2001), (Frind, Die Bestellung).
- Frind, Frank. *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 6. Auflage*. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2017, (Frind, Hamburger Kommentar).
- Frind, Frank. „Neutralitätsprobleme bei der Insolvenz- und Sachverwaltung“, *NZI*, J. 2023, H. 20, (2023): 808-813.
- Frind, Frank ve Schmidt, Andreas. „Insolvenzverwalterbestellung: Auswahlkriterien und Grenzen der Justiziabilität in der Praxis“, *NZI*, J. 2004, (2004): 533-538.
- Ganter, Hans Gerhard ve Bruns, Alexander. *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 4. Aufl., Band 1 §§ 1-79*. München: C.H. Beck Verlag, 2019.

- Gaul Hans Friedhelm. „Federal Alman Cumhuriyetinde Yeni Külli Takip Hukuku (Çev.: Nevhis Deren-Yıldırım)“, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Y. 1996, C. 55, S. 1-2, İstanbul: 1996.
- Gehrlein, Markus. „Sorgfaltmaßstab der Organ- und Insolvenzverwalterhaftung - Anwendbarkeit der Business Judgement Rule“, *NZG*, J. 2020, H. 21, (2020): 801-811.
- Gerhardt, Walter. *Jaeger Insolvenzordnung Großkommentar, Erste Auflage, Erster Band §§ 1-55*. Berlin: De Gruyter Recht, 2004, (Gerhardt, Erster Band).
- Gerhardt, Walter. *Jaeger Insolvenzordnung Großkommentar, Erste Auflage, Zweiter Band §§ 56-102*. Berlin: De Gruyter Recht, 2007, (Gerhardt, Zweiter Band).
- Graeber, Thorsten. „Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters“, *DZWIR*, J 2005, H. 5, (2005).
- Graeber, Thorsten. „Die Vorauswahl der Insolvenzverwalterkandidaten“, *NJW*, J. 2004, (2004): 2715-2717, (Graeber, Insolvenzverwalterkandidaten).
- Graeber, Thorsten. „Kein Konkurrentenschutz für Insolvenzverwalter“, *NZI*, J. 2006, (2006): 499-501, (Graeber, Konkurrentenschutz).
- Graeber, Thorsten. *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 4. Aufl., Band 1 §§ 1-79*. München: C.H. Beck Verlag, 2019, (Graeber, Münchener Kommentar).
- Graf-Schlicker, Marie-Luise. *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 3. völlig neubearbeitete und wesentlich ergänzte Auflage*. Münster: 2009.
- Haarmeyer, Hans ve Frind, Frank. *Insolvenzrecht, 5. aktualisierte Auflage*. Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 2018.
- Haarmeyer, Hans ve Schildt, Charlotte. *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 4. Aufl., Band 1 §§ 1-79*. München: C.H. Beck Verlag, 2019.
- Henckel, Wolfram. *Jaeger Insolvenzordnung Großkommentar, Erster Band §§ 1-51, Erste Auflage*. Berlin: De Gruyter Recht, 2007.
- Henssler, Martin. „Das Berufsbild des Insolvenzverwalters im Wandel der Zeit“, *ZIP*, J. 2002, H. 24, (2002).
- Herzig, Dirk. *Braun Insolvenzordnung (InsO) Kommentar, 9. Aufl.*. München: C.H. Beck Verlag, 2022.
- Hess, Harald. „Kurz Kommentar für InsO § 56 Insolvenzverwalterbestellung und Vorauswahlverfahren“, *EWiR*, J. 2005, H. 15, (2005).
- Hess, Harald. *Insolvenzrecht Großkommentar, Band 1 §§ 1-112 InsO*. Heidelberg-München-Landsberg-Berlin: C.F. Müller Wirtschaftsrecht, 2007, (Hess, Insolvenzrecht Großkommentar).
- Höfling, Wolfram. „Insolvenzverwalterbestellung - Rechtsschutz durch Konkurrentenklage?“, *NJW*, J. 2005, (2005): 2341-2346.
- Jaeger, Ernst ve Weber, Friedrich. *Konkursordnung, 8. Auflage*. Einbeck: 1958.
- Karaaslan Varol. *Tacir Olmayan Gerçek Kişilerin Borç Tasfiye Usulü (Tüketici İflâsı)*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Karslı, Abdurrahim. *İcra ve İflâs Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden geçirilmiş 3. Baskı*. İstanbul: Alternatif Yayıncılık, 2014.
- Kuru, Baki. *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş 2. Baskı*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2013, (Kuru, El Kitabı).

- Kuru, Baki. *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2016.
- Ludwig, Stefan. *Braun Insolvenzordnung (InsO) Kommentar, 9. Aufl.*. München: C.H. Beck Verlag, 2022.
- Muşul, Timuçin. *İcra ve İflâs Hukuku Esasları, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Olgaç, Senai. *İcra-İflâs, İkinci Cilt*. Ankara: Olgaç Matbaası, 1978.
- Oruç, Yakup. *İflâs İdaresi*. Ankara: Seçkin yayıncılık, 2019.
- Özkaya-Ferendeci, Hamide Özden. *İflâs Hukukunda Takas*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- Pekcanitez, Hakan, Atalay, Oğuz, Sungurtekin Özkan, Meral ve Özekes, Muhammet, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 10. Baskı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023.
- Postacıoğlu, İlhan E.. *İflâs Hukuku İlkeleri Cilt: I. İflâs*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti., 1978.
- Preß, Roland. *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 6. Auflage*. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2017.
- Prütting, Hanns. *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 3. völlig neubearbeitete und wesentlich ergänzte Auflage*. Münster: 2009.
- Riedel, Alexander. *Insolvenzordnung Heidelberger Kommentar, 11. neu bearbeitete Auflage*. Heidelberg: C.F. Müller, 2023.
- Römermann, Volker. „Anfechtbarkeit der Verwalterbestellung“, *NZI*, J. 2003, (2003): 134-136.
- Römermann, Volker. „Die Bestellung des Insolvenzverwalters“, *NJW*, J. 2002, (2002): 3729-3733, (Römermann, Die Bestellung).
- Rüther, Sönke. *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 6. Auflage*. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2017.
- Schmidt, Andreas. *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 6. Auflage*. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2017, (Schmidt, Hamburger Kommentar).
- Schmidt, Andreas. *Sanierungsrecht - Außergerichtliche Sanierung - Präventive Restrukturierung - Insolvenzordnung Kommentar, 2. Auflage*. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2019.
- Schröder, Jens-Sören. *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 6. Auflage*. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2017.
- Smid, Stefan. „Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters durch das Insolvenzgericht als Rechtsfrage betrachtet“, *DZWIR*, J. 2001, H. 12, (2001): (Smid, Auswahl und Bestellung).
- Smid, Stefan. „Kein Rechtsmittel des bei der Auswahl nach § 56 Abs.1 InsO unberücksichtigt gebliebenen Bewerbers-Zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 23.05.2006 - 1 BvR 2530/04“, *DZWIR*, J. 2006, H. 9, (2006).
- Spiekermann, Olaf. „Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters und Sachwalters“, *NZI*, J. 2020, H. 22, (2022): 977-985.
- Sternal Werner. *Insolvenzordnung Heidelberger Kommentar, 11. neu bearbeitete Auflage*. Heidelberg: C.F. Müller, 2023.

- Stürner, Rolf. *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, 4. Aufl., Band 1 §§ 1-79. München: C.H. Beck Verlag, 2019.
- Taş Korkmaz, Hülya. “7101 sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu’nda Yapılan Değişikliklerin Zaman İtibariyle Uygulanması”, *7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında getirilen Yenilikler (Editör: Prof. Dr. Muhammet Özkes)*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Taşpınar Ayvaz, Sema. “7327 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde İflâs İdaresinin Seçimi”, *Prof. Dr. Selçuk Öztekin’e Armağan, C. III*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022.
- Thole, Christoph. *Insolvenzordnung Heidelberger Kommentar*, 11. neu bearbeitete Auflage. Heidelberg: C.F. Müller, 2023.
- Uhlenbruck, Wilhelm. „Zur Vorauswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters“, *NZI*, J. 2006, (2006): 489-494.
- Uhlenbruck, Wilhelm. *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 3. völlig neubearbeitete und wesentlich ergänzte Auflage, Münster: 2009, (Uhlenbruck, Kölner Schrift).
- Ulukapı, Ömer. *İcra ve İflâs Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 6. Baskı*. Konya: Mimoza Yayıncılık, 2014.
- Umar, Bilge. *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi*. İzmir: İstiklâl Matbaası, 1973.
- Üstündağ, Saim. *İflâs Hukuku (İflâs-Konkordato-İptal Davaları)*, 8. Baskı. İstanbul: Yayıncılık Matbaacılık, 2009.
- Vuia, Mihai. *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, 4. Aufl., Band 1 §§ 1-79. München: C.H. Beck Verlag, 2019.
- Wieland, Joachim. „Kurz Kommentar für InsO § 56 Insolvenzverwalter, Vorauswahl und Rechtsschutz“, *EWiR*, J. 2005, H. 10, (2005): 437-438.
- Yazar Özlem. *Alman Hukukunda Tüketici İflâsı ve Bakiye Borçtan Kurtulma İmkânı*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Eskişehir, 2022.
- Yıldırım, Mehmet Kâmil ve Deren-Yıldırım, Nevhis. *İcra ve İflâs Hukuku, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 6. Baskı*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2015.
- Yılmaz, Ejder. *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2016, (Yılmaz, Şerh).
- Yılmaz, Ejder. *İflâs İdaresi*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1976.

İnternet Kaynakları

- Alman Hukukunda İflâs Toplantıları için internet ilanı, Erişim Tarihi: Şubat 20, 2024. www.insolvenzbekanntmachung.de.
- Verband Insolvenzverwalter und Sachwalter Deutschlands (VID), Erişim Tarihi: Şubat 19, 2024. <https://herrmann-may.de/blog/das-amt-des-insolvensverwalters.html>.
- İflâs İdare Memurluğu Örnek Kurumsal Sitesi, Erişim Tarihi: Şubat 19, 2024. <https://herrmann-may.de/blog/das-amt-des-insolvensverwalters.html>.
- Alman Anayasa Mahkemesi Kararları, Erişim Tarihi: Şubat 22, 2024. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2006/05/rs20060523_1bvr253004.html.

İHALENİN FESHİ BAKIMINDAN HUKUKİ YARAR ŞARTININ ÖZELLİKLE ZARAR KAVRAMI YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ^(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Cansu KORKMAZ**^(**)

Öz

İhalenin hukuka uygun olmadığı iddiasında olan kişi, icra mahkemesinden ihalenin feshini talep edebilir. Ancak ihalenin feshi yoluna başvuran kişinin mevzuatta sayılan kişilerden olmasının yanında, ileri sürdüğü ihalenin feshi sebebi kapsamında hukukî yararının da bulunması gerekir. Zira talep sahibinin hukukî yararının olması, ihalenin feshi talebinin esastan incelenmesi için varlığı aranan bir şarttır. Bu şart yerine getirilmediği takdirde, hukukî yarar yokluğundan ihalenin feshi talebinin usûlden reddine karar verilir. Bu nedenle, ihalenin feshedilmesine ilişkin hukukî yararın değerlendirilmesi, dar veya geniş yorumlanması, ilgili talebin esastan incelenip incelenmemesi sonucunu doğurması yönüyle önemlidir. Uygulamada ihalenin feshi taleplerinde hukukî yararın bulunması için zararın varlığı aranmakta, hukukî yarar şartı ile zarar unsuru özdeşleştirilmekte ve bu kavramlar birbiri yerine dâhi kullanılabilir. Bu doğrultuda, uygulamada zararın varlığının belirlenmesi için ilgili malvarlığı unsurunun muhammen değeri ile ihale bedeli karşılaştırılmak suretiyle bir sonuca varılmaktadır. Yargı kararlarında, bazı istisnalar hariç olmak üzere, muhammen değer ile aynı ya da bu değerden daha yüksek bedelle yapılan ihaleler bakımından fesh talebinin hukukî yarar yokluğundan reddedildiği ve bu uygulamanın yakın zamandaki içtihat değişikliğine kadar yerleşik hâle geldiği anlaşılmaktadır. Hukukî yararın zarar unsuru ile birlikte değerlendirilmesi, zararın varlığının belirlenmesi için kullanılan ölçütün değiştirilmesi, ihalenin feshine ilişkin hukukî yarar şartının incelenmesini ve özellikle zarar kavramının ele alınmasını gerektirir. Bu bağlamda çalışmada, ihalenin feshedilmesindeki yararın nitelikleri, hukukî yarar şartının ihalenin feshi kurumundaki karşılığı, hukukî yarara ilişkin yargı kararlarında kullanılan ölçütün yerindeliği ve bu şartın değerlendirilmesine ilişkin uygulamadaki yaklaşımların neticeleri ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

Açık Artırma, İhale, İhalenin Feshi, Paraya Çevirme, Hukukî Yarar.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 05.04.2024 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 30.05.2024, DOI No: <https://doi.org/10.54704/akdhfd.1465932>.

^(**) Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı / Ankara, Türkiye.
E-posta: ckorkmaz@aybu.edu.tr; cansukorkmaz001@gmail.com,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-3362-1703>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

EVALUATION OF THE LEGAL INTEREST CONDITION FOR TERMINATION OF THE TENDER, ESPECIALLY IN TERMS OF THE CONCEPT OF DAMAGES

Abstract

The person who claims that the tender is not in accordance with the law may request the termination of the tender from the enforcement court. However, in addition to being one of the persons listed in the legislation, the person requesting the termination of the tender must also have a legal interest within the scope of the reason for the termination of the tender. In this regard, the fact that the requester has a legal interest in the termination of the tender is a necessary condition for the merits of the request for termination of the tender to be examined. If this condition is not met, the request for termination of the tender will be procedurally rejected due to lack of legal interest. For this reason, how the legal interest regarding the termination of the tender is evaluated, and its narrow or broad interpretation is significant as it will result in whether the relevant request will be examined on its merits or not. In practice, to find the legal interest of terminating the tender, the existence of damage is sought, the condition of legal interest is identified with the element of damage, and these concepts can even be used interchangeably. In this regard, it is seen that in practice, a conclusion is made by comparing the estimated value of the relevant asset element with the tender price to determine the existence of long-term damage. It is understood that except for some incidents, the courts reject termination requests for tenders made at the same or higher value than the estimated value due to lack of legal interest, and this practice has become established until the recent change in jurisprudence. Evaluating the legal interest with the damage element requires changing the criterion used to determine the existence of damage, examining the legal interest condition regarding the termination of the tender, and especially addressing the concept of damage. In this context, the study deals with the qualifications that the interest must have regarding the request for termination of the tender, the equivalent of the legal interest condition in the institution of termination of the tender, the appropriateness of the criterion used in judicial decisions regarding legal interest, and the results of the approaches in practice regarding the evaluation of this condition.

Keywords

Auction, Tender, Termination of Tender, Liquidation, Legal Interest.

Extended Abstract

Although the persons who can apply for termination of the tender are listed in the legislation to serve the purpose of preventing the enforcement proceedings from being dragged out and the tender from being finalized, the legislation provides that the requester must prove that his interests have been violated due to the unlawfulness stated. In other words, it is regulated in the law that among the persons who have the authorization to request the termination of the tender, those whose interests have been violated due to an illegal transaction on which the auction or tender is based may make a request.

If the persons authorized to request the termination of the tender prove that they have a legal, direct, and personal current interest in the elimination of the tender within the scope of the reason put forward, the request for termination of the tender can be examined. Accordingly, it is not accepted that every person who has the right to request termination of the tender has a legal interest in any case, and the condition of legal interest is evaluated in each concrete case according to the reason for termination.

There are different opinions in the doctrine regarding the meaning of the legal interest requirement, due to the regulation stating that legal interest is sought regarding the request for termination of the tender. In this regard, it is controversial whether the element of damage should be sought to find the legal interest of the person requesting the termination of the tender. In practice, the courts evaluate the legal interest requirement for a request for termination of the tender together with the element of harm. Accordingly, the legal interest condition regarding tender termination requests is identified with the element of harm, and in some decisions, the concept of damage is even used instead of the legal interest condition. Although the general approach in judicial decisions is to seek the element of harm in terms of the legal interest requirement regarding the termination of the tender, there are also differences in implementation between court decisions. This situation requires examining the legal interest condition in terms of the request for termination of the tender and evaluating it in terms of the harm element.

In terms of whether or not damage has occurred in the concrete case, it is understood that the criterion of whether the tender price is more than the value of the asset subject to increase has been used for a long time in judicial decisions, and accordingly, it is concluded whether there is a legal interest. It is seen that the upper court generally gave decisions that the element of damage does not occur if the tender price of the goods subject to auction is at least the estimated value, but it also accepted certain exceptions that the element of damage will not be sought. However, according to the latest decisions of the Supreme Court, for the existence of legal interest, it is not required that the tender price be lower than the estimated value of the goods subject to increase, but that the unlawfulness claimed as the reason for termination prevents the tender from being tendered at a higher price. There are different opinions in doctrine and practice regarding whether the criterion used to determine the existence of damage is accurate or not.

The study mainly focuses on the meaning attributed to the legal interest condition regarding the termination of the tender, the qualifications sought in the interest in terms of the legal interest condition, whether the concept of damage should be sought for the existence of legal interest, the appropriateness of the criterion used in court decisions to determine the damage, and the effects of the upper court's previous and latest approach to legal interest is being considered.

GİRİŞ

Takip konusu olan para alacağının ödenmesi amacına hizmet etmek üzere, borçlunun malvarlığı haczedilir ve paraya çevrilir. Ancak borçlunun haczedilen bir malvarlığı değerinin cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi aşamasında birtakım hukuka aykırılıkların ortaya çıkması ihtimâl dâhilindedir. Bu hukuka aykırılıklar sebebiyle söz konusu ihaleinin feshi için İcra ve İflâs Kanunu'nun (İİK)¹ 134'üncü maddesinde düzenlenen kuruma başvurulması gerekir.

İhaleinin feshi talebinde bulunulabilmesi ve bu talebin incelenebilmesi için birtakım şartların varlığı gerekir. Bu şartlardan biri, talepte bulunan kişinin, ileri sürdüğü fesih sebebi kapsamında ihaleinin feshedilmesinde hukukî yararının olduğunu ispatlamasıdır (İİK m.134/XI). İhaleinin feshi talebi bakımından hukukî yarar, yargı kararlarında zarar unsuru ile birlikte değerlendirilmektedir. Bu doğrultuda, ayrıntılı ele alınacağı üzere yargı kararlarında zararın varlığının tespiti bakımından bir ölçüt geliştirilmiş, ilgili malvarlığı unsurunun muhammen değerinden yüksek bir bedelle ihale edildiği durumlarda kural olarak zararın bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Bu nitelikte olan ihaleinin feshi talepleri, birtakım istisnai durumlar olmadığı takdirde, hukukî yararın bulunmadığı gerekçesiyle usûlden reddedilmiştir.

İhaleinin feshine ilişkin yerleşik hâle gelen söz konusu içtihat yakın zamanda değiştirilmiştir. Bu doğrultuda, malın gerçek değerinden ihale edilmesinin önemli olduğu, muhammen değer üzerinde yapılan ihalelerde de malın gerçek değerinden ihale edilmemesinden kaynaklı zararın doğabileceği, bu nedenle malın muhammen değeri üzerinde yapılan ihalelerde talebin hukukî yarar yokluğundan reddedilmemesi gerektiği yönünde kararlar verilmeye başlanmıştır. Farklı yönde değerlendirmeleri içeren söz konusu yargı kararları dikkate alındığında, ihaleinin feshine ilişkin hukukî yarar şartının özellikle zarar kavramı yönünden incelenmesi gerekmektedir.

¹ RG, T. 19.06.1932, S. 2128.

Çalışmada ihalenin feshine dair hukukî yarar şartının zarar kavramı bakımından değerlendirilmesinden önce, hukukî yarardan ayırt edilmesi amacına hizmet etmek üzere ihalenin feshini talep etme yetkisi ve bu yetkiye sahip kişilerin kapsamı genel olarak ele alınmaktadır. Ardından mahkemeye yöneltilen her hukukî korunma talebi bakımından olduğu gibi ihalenin feshedilmesine ilişkin yararda bulunması gereken nitelikler üzerinde durulmaktadır. Bununla birlikte, hukukî yarar şartı yönünden zararın varlığının aranıp aranmayacağı hususu ile uygulamada zararın varlığı için kullanılan ölçüt öğretideki görüşler ve yargı kararları kapsamında incelenmektedir. Bu bağlamda, ihalenin feshine dair hukukî yararın maddî zararlarla aynı anlamda olup olmadığı ve zararın varlığı için kullanılan ölçütün yerindeliği değerlendirilmektedir. Son olarak fesih sebebinin kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi ihtimaline binaen, ihalenin feshini talep eden kişinin kişisel hukukî yararı olduğunu ispatlamasını arayan düzenleme ve hukukî yarar şartı kamu düzenine aykırılık yönünden ele alınmaktadır.

I. GENEL OLARAK İHALENİN FESHİ

İhalenin feshi, ihaleye ilişkin usûlsüzlük iddialarının şikâyet üzerine icra mahkemesince denetlenmesine ve ileri sürülen sebebin varlığının tespit edilmesiyle birlikte ihalenin feshedilmesine hizmet eden bir yoldur². İhalenin feshi şikâyet yolu ile icra mahkemesinden talep edilse dahi, sadece paraya çevirme aşamasındaki hukuka aykırılıkları konu alması yönüyle genel şikâyetten ayrılır. İhalenin feshi kurumu, en yüksek teklif verenin ihale bedelini yatırmaması üzerine ihalenin icra müdürü tarafından iptal edilmesinden de farklıdır (İİK m.114/VII, b.10; m.115/VI).

İhalenin feshi yolunun düzenlendiği İcra ve İflâs Kanunu'nun 134'üncü maddesi Kanun'un taşınmazların paraya çevrilmesine ilişkin hükümler arasında yer almakla birlikte, Kanun'daki sistematik yerinin aksine sadece taşınmaz mallar değil taşınır mallar bakımından da uygulanır³. Aynı şekilde, diğer malvarlığına

² Necmeddin M. Berkin, *Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1980), 348; İlhan E. Postacıoğlu, *İcra Hukuku Esasları*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982), 521; Ramazan Arslan, *İcra - İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984), 73; Saim Üstündağ, *İcra Hukukunun Esasları*, (İstanbul: Nesil Matbaacılık, 2000), 341; Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, (İstanbul: Adalet Yayınevi, 2013), 700; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özekes, *İcra ve İflâs Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023), 243; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayyav ve Emel Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 417; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 324; Abdurrahim Karslı, *İcra ve İflâs Hukuku Esasları*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022), 612; L. Şanal Görgün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu, *İcra ve İflâs Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 234.

³ Berkin, *İcra*, 348-349; Arslan, *İhalenin Feshi*, 74; Kuru, *El Kitabı*, 628; Timuçin Muşul, *İcra ve İflâs Hukuku*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 761; Timuçin Muşul, *İcra ve İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 321; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra*, 243; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayyav ve Hanağası, *İcra*, 417; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 324; M.

ilişkin hakların konu edildiği ihalelerin feshi de bu hüküm kapsamında talep edilir. Açık artırma yoluyla paraya çevirme işleminin elektronik satış portalında icra edileceğinin düzenlendiği Kanun'un 111/b maddesinde, ayırım gözetilmeksizin "mal" kavramının kullanılması da anılan hükmün taşınır ve taşınmaz mallar ile diğer hakları konu olan ihaleler bakımından geçerli olduğunu desteklemektedir.

İhalelerin feshi sebepleri, öğretide ve yargı kararlarında, Kanun'un 134'üncü maddesinden hareketle paraya çevirme talebine ilişkin işlemler ile açık artırmanın hazırlık ve diğer aşamalarında ortaya çıkan hukuka aykırılıklar, ihaleye fesat karıştırılması ile alıcının ilgili malvarlığı unsurunun esaslı niteliklerinde yanıtlanması şeklinde tasnif edilmektedir⁴. İhalelerin feshi, belirtilen bu sebepler özelinde şikâyet yoluyla icra mahkemesinden talep edilmektedir⁵. İddia edilen fesih se-

Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, *İcra ve İflâs Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021), 303; Karslı, *İcra*, 612; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *İcra*, 234 vd.; İbrahim Aşık, Yakup Oruç, Ozan Tok ve Ömer Faruk Saçar, *İcra ve İflâs Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 290.

⁴ İhalelerin feshi sebeplerinin sınıflandırılması yönünden ayrıntılı bilgi için bkz. Berkin, *İcra*, 348-349; Postacioğlu, *İcra*, 521; Arslan, *İhalelerin Feshi*, 74; Üstündağ, *İcra*, 342; Kuru, *El Kitabı*, 701 vd.; İlhan E. Postacioğlu ve Sümer Altay, *İcra Hukuku Esasları*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010), 610; Muşul, *İcra*, 768 vd.; Muşul, *İhale*, 336 vd.; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra*, 244; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra*, 418-419; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 325 vd.; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *İcra*, 303-304; Karslı, *İcra*, 613; Aşık, Oruç, Tok ve Saraç, *İcra*, 297 vd. İhalelerin feshi sebepleri öğretide genelde aynı şekilde tasnif edilse de ihalelerin Kanun'un öngördüğü usul ve esaslara uygun yapılmamasının kural olarak bir ihalelerin feshi sebebi teşkil ettiği, bu hâllerin tek tek sayılmasının mümkün olmadığı, her somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerektiği de belirtilmektedir. Bkz. Ejder Yılmaz, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2016), 727.

⁵ Şikâyet yoluyla talep edilen ihalelerin feshi bakımından, öğretide ve yargı kararlarında "dava" kavramı da kullanılmaktadır. Bkz. Y. Semih Öktemer, "İhalelerin Feshi Davasını Açma Hakkı", *Yargıtay Dergisi* 18, S. 3 (1992), 396-397; Postacioğlu ve Altay, *İcra*, 614, 618; Talih Uyar, "İhalelerin Feshinde Hukukî Yarar Koşulu", *İcra ve İflâs Hukukuna İlişkin (Uygulamaya Yönelik) "Makale ve İnceleme Yazıları" ile "Hukukî Mütalâalar" ve Yüksek Mahkemenin Önemli İçtihatları*, C. II, (Ankara: Bilge Yayınevi, 2023), 1555. Bu yöndeki kullanıma ilişkin şu Yargıtay kararı için bkz. "... Borçlu malik adına kayıtlı olması haczi için gerekli ve yeterli olan (HGK 07.04.2004 gün, 2004/12-210 E, 2004/208 K.) taşınmazın haczedilip satılması durumunda, tapu kaydında aile konutu şerhi bulunması hali de dahil, malik olmayan eşin ilgili sıfatı bulunmadığından ihalelerin feshi davası açmakta İLK 138/2 maddesine göre aktif husumet ehliyeti bulunmamaktadır.", Y12.HD, 16.01.2024, E. 2023/9101, K. 2024/373. Aynı yönde bkz. Y12.HD, 28.12.2023, E. 2023/8653, K. 2023/9502; Y12.HD, 06.12.2023, E. 2023/8489, K. 2023/8353; Y12.HD, 29.11.2023, E. 2023/4981, K. 2023/8030; Y12.HD, 21.11.2023, E. 2023/5664, K. 2023/7602, www.lexpera.com.tr. Aynı şekilde, Anayasa Mahkemesi'nin para cezasının konu olduğu bireysel başvuru kararlarında da ihalelerin feshi kurumu, "dava" kavramıyla birlikte kullanılmaktadır. Bkz. AYM Kararı, Başvuru No: 2021/26138, 07.02.2024; AYM Kararı, Başvuru No: 2022/25425, 01.11.2023; AYM Kararı, Başvuru No: 2022/353, 11.05.2023; AYM Kararı, Başvuru No: 2022/31491, 15.03.2023, kararlarbilgi-bankasi.anayasa.gov.tr. İhalelerin feshi talebinin şikâyet usulüne tâbi olduğu ve teknik anlamda bir dava olarak nitelendirilemeyeceği yönünde bkz. Arslan, *İhalelerin Feshi*, 184; Yılmaz, *Şerh*, 722; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra*, 248; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra*, 421; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 324, 331; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *İcra*, 241; Aşık, Oruç, Tok ve Saraç, *İcra*, 290. İhalelerin feshinin şikâyetin özel bir türü olarak kabul edilmesinden ve dava kavramına genel şikâyet yolu bakımından da yer veren yargı kararlarının mevcut olmasından hareketle şikâyetin hukukî niteliğine ilişkin tartışmalar ve öğretideki görüşler için bkz. Hakan Pekcanitez ve Cemil Simil, *İcra - İflâs Hukukunda Şikâyet*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017), 27 vd.; Nedim Meriç ve Ramazan Korkmaz, "Takip Hukuku ile İlgili Akademik Ça-

beplerinden birinin bulunduğu tespit edilir ve ihalenin feshi talebi kabul edilirse, ihaleyle birlikte doğan sonuçlar geçmişe etkili olarak ortadan kalkar⁶. Bu doğrultuda, ihaleye konu olan malvarlığı unsurunun mülkiyeti de borçluya geri döner⁷.

II. İHALENİN FESHİNİ TALEP ETME YETKİSİ

İhaleye yönelik bir usûlsüzlük iddiasına dayanılarak ihalenin feshinin talep edilebilmesi, birtakım şartların varlığını gerektirmektedir. Bu şartlardan biri, talepte bulunan kişinin İcra ve İflâs Kanunu'nun 134'üncü maddesinin ikinci fıkrasında sayılan kişilerden olmasıdır. Anılan hükümde yer verilen "yalnız" ifadesi, bu sayımın sınırlı olduğunu ve yorum yoluyla genişletilemeyeceğini göstermektedir⁸. İhalenin feshini talep edebilecek kişilerin tahdidî olarak belirtilmesi, kötü niyetli başvuruların engellenmesi düşüncesine dayanmaktadır⁹. Buna göre ihale-

İşmler ve Öğretinin Durumu", (Editör: Hakan Pekcanitez ve Muhammet Özekes), *Cumhuriyetin 100. Yılında Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukumuzun Gelişim ve Değişim Süreci*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023), 1080-1081.

⁶ Gerhard Eggen, *Der Zuschlag in der Zwangsversteigerung*, (Bern: Stämpfli, 1932), 87; Süha Tanrıver, *İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 1996), 58; Arslan, *İhalenin Feshi*, 202-203; Üstündağ, *İcra*, 341; Kuru, *El Kitabı*, 723.

⁷ Eggen, *Zuschlag*, 87; Arslan, *İhalenin Feshi*, 203; Kuru, *El Kitabı*, 723; Tanrıver, *İlâmlı İcra*, 58.

⁸ Kuru, *El Kitabı*, 711; Yılmaz, *Şerh*, 715; Muşul, *İcra*, 772; Muşul, *İhale*, 400; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra*, 246; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 328; Yıldırım ve Deryen-Yıldırım, *İcra*, 303; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *İcra*, 238; Aşık, Oruç, Tok ve Saraç, *İcra*, 291. İhalenin feshini talep edebilecek kişilerin sınırlı şekilde düzenlenmesine ilişkin değerlendirmeler ve özellikle bu şekilde tahdidî sayımın eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı yönündeki eleştiriler için bkz. Güray Erdönmez, "İcra ve İflâs Hukukunda İhalenin Feshini İsteyebilecek Kişiler", *Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, S. 10 (2008), 358 vd.; Bilgehan Yeşilova, "İcra ve İflâs Kanunu'na Göre Taahhütlerin Açık Artırma Yoluyla Satışında İhalenin Feshinin Ancak Kimlerce Talep Edilebileceğine İlişkin Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", (Editör: Emel Hanağası ve Mustafa Göksoy), *Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2015), 1803 vd.

⁹ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra*, 246. Mehaz İsviçre Hukukunda, İsviçre Borç İçin Takip ve İflâs Hakkında Federal Kanun'da (Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs -SchKG Art.132a), ihalenin feshini talep edebilecek kişiler sınırlı olarak sayılmadığı için öğretilerde ihalenin feshedilmesinde hukukî yararı bulunan herkesin potansiyel olarak başvuru yetkisine sahip olduğu ve talep sahibinin ileri sürdüğü sebep kapsamında hukukî yararının olup olmadığının her somut olaya göre belirleneceği kabul edilmektedir. Bu bağlamda, İsviçre hukukundaki düzenleme, ihalenin feshini isteyebilecek kişilerin sayılmaması ve başvuru yetkisinin hukukî yararın olup olmasına göre belirlenmesi yönüyle Türk hukukundaki düzenlemeden ayrılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eggen, *Zuschlag*, 98; Daniel Staehelin, Thomas Bauer, Franco Lorandi, *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I (Art.1-158 SchKG)*, (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2021), SchKG Art.132a Rn. 6. Alman hukukunda ise Alman Cebrî Artırma ve Cebrî İdare Hakkında Kanunu'nda (Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung - ZVG § 97) mahkemenin ihale kararı ile ihalenin reddi kararlarına karşı kimlerin başvuru yapabileceği ayrı ayrı belirtilmiş ve Türk hukukunda olduğu gibi başvuru yetkisini haiz olan kişiler sayma yoluyla düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Jürgen Mohrbutter, Karl Drischler, Manfred Radtke ve Heinz-Adolf Tiedemann, *Die Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungspraxis*, Band I, (Köln: Carl Heymanns Verlag, 1986), 592-593; Carl Jäger, Hans Ulrich Walder, Thomas M. Kull ve Martin Kottmann, *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Band I (Art.1-158), (Zürich: Schulthess Verlag, 1997), SchKG Art.132a Rn. 6; Roland Böttcher, *Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, Kommentar*, (München: C.H. Beck Verlag, 2010), ZVG § 97 Rn. 2-8; Gerhard Dassler ve Horst Schiffhauer,

nin feshi yoluna menfaati olan herkesin değil sadece Kanun'da sayılan kişilerin başvurma yetkisi vardır¹⁰.

Hukuk sistemimizde ihaleinin feshini isteyebilecek kişilerin kapsamı, 7343 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun¹¹ ile genişletilmiştir¹². Bu Kanun ile satış isteyen alacaklı, borçlu ve pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenlerin yanında resmî sicilde kayıtlı olan ilgililere ve sınırlı aynî hak sahiplerine de ihaleinin feshi yoluna başvuru yetkisi tanınmıştır (İİK m.134/II)¹³. İlgili hükümde yer alan “*tapu sicilindeki ilgili*” ifadesinin “*mahcuzun resmî sicilinde kayıtlı olan ilgililer*” şeklinde değiştirilmesiyle birlikte, tapu sicilinden başka motorlu araçların tescil edildiği trafik sicili, gemi sicili, gayri maddî mallara dair sicillerde kayıtlı olan ilgililer de kapsama dâhil edilmiştir¹⁴. Örneğin tescilli marka üzerindeki hakkın, patent hakkının veya tescilli tasarım üzerindeki hakkın cebri artırılmaya konu olması hâlinde, TÜRK PATENT

Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, Kommentar, (Bielefeld: Gieseking Verlag, 2013), ZVG § 97 Rn. 1-9; Kurt Stöber, *Beck'sche Kurz-Kommentare, Zwangsversteigerungsgesetz*, (München: C.H. Beck Verlag, 2022), ZVG § 97 Rn. 2-15.

¹⁰ İhaleinin feshi talebinde bulunma yetkisi veya ihaleinin feshini talep etme yetkisi, yargı kararlarında “*şikâyet ehliyeti*” olarak ifade edilmektedir. Bkz. “... *İhaleinin feshi istemleri, şikâyet niteliğinde olup şikâyet hakkının kullanılabilmesi için şikâyet ehliyetinin yanında diğer bir koşul şikâyeti ileri sürmek isteyen kişinin şikâyetinde hukukî yararının bulunmasıdır.*”, Y12.HD, 18.01.2024, E. 2023/8067, K. 2024/541, www.lexpera.com.tr. Aynı yönde bkz. Y12.HD, 11.01.2024, E. 2023/9048, K. 2024/210; Y12.HD, 08.01.2024, E. 2023/9265, K. 2024/45, www.lexpera.com.tr.

¹¹ RG, T. 30.11.2021, S. 31675.

¹² Çalışma konusunun “*hukukî yarar*” ile sınırlandırılması sebebiyle, 7343 sayılı Kanun ile ihaleinin feshine ilişkin öngörülen tüm değişikliklere değinilmemiştir. Bu değişiklikler bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan Pekcanitez ve Mine Akkan, “7343 Sayılı Kanunla İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Zaman Bakımından Uygulanması”, *TBB D*, S. 160 (2022), 278 vd.; Serdar Kale, “İcra ve İflâs Hukukunda Online Satış”, *Lexpera Blog*, Erişim Tarihi: Şubat 15, 2024, <https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/>; Kudret Aslan, “İhaleinin Feshi Hakkında 7343 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler ve Bunların Değerlendirilmesi”, *AHBVÜHFD* 26, S. 4 (2022), 4 vd.; Güray Erdönmez ve Onat Kaan Güzelce, “Cüz’i İcra Hukuku Bakımından Geçmişten Bugüne Yaşanan Sürecin Ana Hatlarıyla Değerlendirilmesi”, (Editör: Hakan Pekcanitez ve Muhammet Özekes), *Cumhuriyetin 100. Yılında Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukumuzun Gelişim ve Değişim Süreci*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023), 1131-1133; Mustafa Göksoy, “İhaleinin Feshi Talebinde Ceza, Harç ve Teminat Konularında 7343 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin Bilhassa Hak Arama Hürriyeti ve Adalet Erişim Bakımından Değerlendirilmesi”, *AHBVÜHFD* 27, S. 1 (2023), 119 vd.; Cengiz Topel Çelikoğlu, “7343 Sayılı Kanunla İİK'da Yapılan Paraya Çevirme ve İhaleinin Feshi'ne İlişkin Değişikliklerin Takdim ve İzahı”, *Adalet Dergisi*, S. 68 (2022), 439.

¹³ Haciz sahibi alacaklılara da hukukî yararı ispatlamaları şartıyla ihaleinin feshini isteme imkânının verilmesi gerektiği, bu kişilerin 7343 sayılı Kanun ile ihaleinin feshini talep edebilecek kişiler arasına eklenmemesinin eksiklik olduğu yönünde bkz. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 328; Aslan, “İhaleinin Feshi”, 7. Anılan Kanun ile istihkak iddiasından bulunan kişi, kefil ve ihale alıcısı gibi kişilerin de belirtilmemesinin sorun teşkil ettiği, bunun ihaleinin feshini isteyebilecek kişilerin tahdidî şekilde sayılmasından kaynaklandığı yönünde bkz. Göksoy, “7343 Sayılı Kanun”, 125-126, 131.

¹⁴ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 328; Aslan, “İhaleinin Feshi”, 4. 7343 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önce öğretide ilgili hükümde sadece tapu sicilindeki ilgili kavramına yer verilmesinden dolayı taşınır malların ve hakların kayıtlı olduğu sicildeki ilgililer yönünden doğan boşluğun kıyas yoluyla doldurulabileceği ve aynı menfaate haiz kimseler arasındaki eşitsizliğin bu şekilde giderilebileceği de belirtilmiştir. Bkz. Yeşilova, “İhaleinin Feshi”, 1811 vd.

nezdinde tutulan sicillerde kayıtlı olan rehin ve lisans hakkı sahipleri ile sicile haciz şerhi koyduran alacaklıların artık ihalenin feshini talep etmesi mümkün hâle gelmiştir. Bu yönüyle, sadece tapu sicili değil diğer resmî sicillerde kayıtlı olan ilgililerin ve sınırlı aynı hak sahiplerinin¹⁵ de zikredildiği yeni düzenlemenin önceki hükme nazaran isabetli olduğunu belirtmek gerekir¹⁶.

İhalenin feshini isteyebilecek kişilerin kapsamı 7343 sayılı Kanun ile genişletilmiş olmakla birlikte, sadece belirli kişilerin feshi talep etme yetkisine sahip olduğu yönündeki anlayış korunmuştur. Bu doğrultuda, ihalenin feshi yoluna başvuran kişinin Kanun'da sayılan kişiler arasında yer alıp almaması, sadece talepte bulunma yetkisine sahip olup olmamasının tespiti bakımından değil aynı zamanda para cezası yönünden de önemlidir. Nitekim ihalenin feshi kuru-mundaki para cezası yaptırımını, 7343 sayılı Kanun ile talepte bulunma yetkisine sahip olunmaması, talepten feragat edilmesi ve talebin esastan reddedilmesine göre ayırım yapılarak yeniden düzenlenmiştir¹⁷. Buna göre ihalenin feshini talep eden hakkında ihale bedelinin yüzde onuna kadar para cezasına karar verileceği öngörülmüştür (İİK m.134/V)¹⁸. O hâlde, ihalenin feshi talebinde bulunma yetkisine haiz olunmaması sebebiyle talep reddedilmekle birlikte, ihalenin feshi yoluna başvuran kişi para cezasına da mahkûm edilir.

¹⁵ Anılan düzenlemenin lafzı gereğince, sınırlı aynı hak sahiplerinin ihalenin feshini talep edebilmesi için ilgili resmî sicilde kayıtlı olmalarının gerektiği, ancak resmî sicile kayıtlı olmayan taşınır mallar üzerinde sınırlı aynı hak sahibi olanların da dâhil edilerek düzenleme yapılmasının gerekliliği yönünde bkz. Aslan, "İhalenin Feshi", 4-5. Sicile kayıtlı olan sınırlı aynı hak sahiplerinin sicile kayıtlı ilgililer kavramına zaten dâhil olduğu, 7343 sayılı Kanun ile sicile kayıtlı olmayan sınırlı aynı hak sahiplerine de ihalenin feshi yoluna başvurma imkânının verildiği yönünde bkz. Aşık, Oruç, Tok ve Saraç, *İcra*, 296; Dilek Aydemir ve Hafize Zülal Şaylan, *İhalenin Feshinde Uygulamadaki Sorunlar*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023), 79.

¹⁶ Aslan, "İhalenin Feshi", 4; Çelikoğlu, "7343 Sayılı Kanun", 440.

¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aslan, "İhalenin Feshi", 18 vd.; Çelikoğlu, "7343 Sayılı Kanun", 443-444.

¹⁸ Hâkimin para cezasına karar vermesi yönünden değil öngörülen üst sınıra kadar para cezasının oranı bakımından takdir yetkisi bulunmaktadır. Bu düzenlemeden, mahkemenin hangi oranda para cezasına karar vereceği, takdir yetkisini hangi ölçütleri gözeterek kullanacağı hususunun anlaşılmadığı yönünde bkz. Kale, "Online Satış", Erişim Tarihi: Şubat 15, 2024, <https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/>; Göksu, "7343 Sayılı Kanun", 130. Para cezasına ilişkin takdir yetkisinin somut olayın şartlarına göre kullanılması gerektiği yönünde bkz. Pekcantez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra*, 251; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 335. Yargı kararlarında, para cezasının oranına ilişkin olarak, ihalenin kesinleşmesini engelleme amacının olup olmadığı hususu ile ölçülülük ilkesi dikkate alınmaktadır. Bkz. "... Mahkemece para cezasına hükmedilecekse, oranının, şikayetçinin ihale sürecini uzatma amacı ile hareket edip etmediğine ve fesih iddiasının ağırlığına göre ölçülü şekilde belirlenmesi gerekir... fesih isteyen, şikayete konu taşınmazda hissedar sıfatının bulunduğu nazara alındığında, şikayetin ihale sürecini uzatmaya matuf olmadığı görülmekle, Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen ölçülülük ilkesi de göz önünde bulundurulurken, ihale bedelinin %5'i olarak belirlenen para cezasının %1 oranında belirlenmesinin hak, nesafet ve ölçülülük ilkelerine uygun olacağı anlaşıldığından, Bölge Adliye Mahkemesi kararının para cezası yönünden düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.", Y12.HD, 15.02.2024, E. 2024/135, K. 2024/1404, www.lexpera.com.tr. Aynı yönde bkz. Y12.HD, 18.01.2024, E. 2023/9329, K. 2024/511; Y12.HD, 10.01.2024, E. 2023/9097, K. 2024/191; Y12.HD, 27.12.2023, E. 2023/8457, K. 2023/9366, www.lexpera.com.tr.

III. İHALENİN FESHİNE DAİR HUKUKİ YARAR ŞARTI

A. GENEL OLARAK

İhaleenin feshini talep edenin Kanun'da sayılan kişilerden olmasının yanında bu yola başvurmakta hukukî yararının da bulunması gerekir. Bu şart, 1965 yılında 538 sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 134'üncü maddesine eklenen "ihaleenin feshini şikâyet yolu ile talep eden ilgili, vâki yolsuzluk neticesinde kendi menfaatlerinin muhtel olduğunu ispata mecburdur." şeklindeki düzenlemeyle öngörülmüştür (İİK m.134/XI)¹⁹.

Hukukî yarar, uyuşmazlık hakkında esastan karar verilebilmesi için varlığı aranan dava şartlarından biridir (HMK m.114/I, h). Hukukî yararın varlığı, mahkemeler nezdinde ileri sürülen her talep yönünden aranır²⁰. Bu doğrultuda, ihaleenin feshedilmesine ilişkin hukukî yarar şartı, İcra ve İflâs Kanunu'nun 134'üncü maddesinde zikredilmeseydi dâhi, genel şikâyet yolu (İİK m.16 vd.) bakımından olduğu gibi icra mahkemesinde bu talebi ileri süren kişinin hukukî yararının bulunması gerektiği sonucuna varılırdı²¹. Ancak ilgili düzenlemeyle hukukî yarar şartının açıkça öngörülmesi, ihaleenin kesinleşmesinin engellenmesi veya cebri icra sürecinin geciktirilmesi niyetiyle bu yola başvurulmasının önlenmesi amacıyla hizmet etmektedir²².

Şikâyetin özel bir türü olarak nitelendirilen²³ ihaleenin feshi kurumu bakımından hukukî yarar şartının, ihaleenin feshini talep edebileceği kabul edilen kişiler-

¹⁹ Bu düzenlemeye ilişkin olarak 538 sayılı Kanun tasarısı gerekçesinde şu ifadelerle yer verilmiştir: "Bundan başka ihaleenin feshini talep edecek alakalı, vâki yolsuzluktan dolayı kendi menfaatlerinin muhtel olduğunu isbata mecbur tutulmuştur. Mesela rağbeti artırmaya matuf bir kanun hükmünün ihlalinde borçlu için şikâyetle menfaat varsa da alıcı için böyle bir hal yoktur.", 2004 Sayılı İcra ve İflâs Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına ve Bu Kanuna Bazı Madde ve Fıkralar Eklenmesine Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/280), Millet Meclisi S. Sayısı 461, s. 15.

²⁰ Hakan Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, C. II, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 946-947; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 319.

²¹ Şikâyet yoluna başvurulması bakımından hukukî yarar şartına ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez ve Simil, *Şikâyet*, 231 vd.

²² Arslan, *İhaleenin Feshi*, 193. İhaleenin feshi bakımından hukukî yarar şartının mevzuatta ayrıca öngörülmesinin nedeni bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında şu şekilde belirtilmiştir. Bkz. "... İhaleenin feshini isteyebilecek kişilerin, somut bir olayda ihaleenin feshini isteyebilmesi için ihaleenin feshedilmesinde hukukî yararının (menfaati) bulunması şarttır (dava şartı). Bir başka ifadeyle ihaleenin feshini isteyen kişinin, somut bir ihaleenin feshi sebebine (yolsuzluğa) dayanması ve bu yolsuzluk nedeniyle menfaatinin ihlâl edilmiş (zarar görmüş) olması gerekir. Kanun bu hukukî yarar şartını şu şekilde düzenlemektedir: "İhaleenin feshini şikâyet yolu ile talep eden ilgili, vâki yolsuzluk neticesinde kendi menfaatlerinin muhtel olduğunu ispata mecburdur". Bu hükmün kanunda yer alma nedeni, ihalelerin lüzumsuz şikâyet ve itirazlarla sürüncemede bırakılarak takiplerin sonucunun belirsiz kalması ve meçhul işlemlerden çekinerek cebri satışlara iştirak etmeme duygusunun yerleşmemesi, sonuç olarak talebi artırıcı kimliği ile borçluyu korumaya ve taşınmazın gerçek değeri ile satılmasını sağlamaya yöneliktir.", YHGK, 12.07.2023, E. 2023/253, K. 2023/748, www.lexpera.com.tr.

²³ Arslan, *İhaleenin Feshi*, 162; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes, *İcra*, 243; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 324; Erdönmez, "İhale", 358.

le birlikte değerlendirilmesi gerekir²⁴. Nitekim kanun koyucu, şikâyet yolunun aksine bu yola başvurabilecek kişileri sınırlı şekilde sayarak ve hukukî yararın varlığını da arayarak ihalenin feshi talebi bakımından iki yönlü sınırlandırma getirmiştir (İİK m.134/II). Bu doğrultuda, ihalenin feshi talebinde bulunan kişi mevzuatta sınırlı şekilde sayılan kişilerden olduğu takdirde, hukukî yararın bulunup bulunmadığı incelenmelidir.

İhalenin feshi talebinde bulunan kişinin mevzuatta sayılan kişilerden olması, başvuru yetkisinin olduğunu göstermekle birlikte her hâlükârda talep edenin ihalenin feshedilmesinde hukukî yararının bulunduğu sonucunu doğurmaz. Ancak uygulamada ihalenin feshine başvuru yetkisi ile hukukî yararın birbiriyle karıştırıldığı durumlarla karşılaşmaktadır. Nitekim bir bölge adliye mahkemesi kararında, ihalenin feshini talep eden kişinin hem hissedar hem de pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak eden kişi olması nedeniyle mutlak hukukî yararının bulunduğuna yer verilmiştir²⁵.

Genel şikâyet yolunun aksine ihalenin feshi yoluna başvurabilecek kişilerin sınırlı şekilde sayılması, sadece bu kişilerin menfaati olduğunun kabul edildiği şeklinde yorumlanabilir²⁶. Ancak Kanun'da sayılan kişilerin her fesih sebebi kapsamında ihalenin feshedilmesine yönelik menfaati yoktur²⁷. Somut olayda talepte bulunanın pey süren kişi olması, dayanılan fesih sebebi kapsamında mutlak hukukî yararının bulunduğunu değil sadece ihalenin feshini talep etme yetkisine sahip olduğunu gösterir. Anılan kararın aksine, kanaatimizce ihalenin feshi talebinde bulunma yetkisine sahip olunması ile mevzuatta öngörülen kişilerin ihalenin feshedilmesinde hukukî yararın bulunması şartları birbirinden ayırt edilmeli ve talep sahibinin hukukî yararının olup olmadığı her somut olayda ayrıca değerlendirilmelidir. Bu husus, İcra ve İflâs Kanunu'nun 134'üncü maddesinde ihalenin feshini isteyebilecek kişilerin yanında hukukî yararın ayrıca belirtilmesinden de anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, ihalenin feshini talep edebilecek kişilerden birden fazla ilgilinin aynı ihaleye ilişkin fesih talebinde bulunması hâlinde, ihalenin feshini talep etme yetkisi ile hukukî yarar şartı her talep sahibi yönünden ayrı ayrı incelenmelidir.

²⁴ Karş. Pekcanitez ve Simil, *Şikâyet*, 232-233.

²⁵ Anılan karar için bkz. "... İK'nın 134/2 maddesine göre, pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenlere mutlak olarak ihalenin feshini isteme hakkı tanınmıştır. Somut olayda, fesih istemine konu ihalede taşınmazın muhammen bedelinin üzerinde ihale edildiği, bu nedenle İİK'nın 134/8 maddesinde düzenlenen zarar unsurunun gerçekleşmediği görülüyorsa da, davacının hem hissedar hem de pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak eden alıcı konumunda olması nedeniyle ihalenin feshini istemekte mutlak hukuki yararı vardır.", İzmir BAM 8.HD, 18.06.2021, E. 2021/1266, K. 2021/1679, www.lexpera.com.tr.

²⁶ Davacı sıfatına sahip kişilerin kanunda sayıldığı durumlarda, kanun koyucunun sadece bu kişilerin davayı açmasında menfaati olduğunu kabul ettiği, bu tür davalarda kanunî karine olmasından dolayı davacının ayrıca menfaati bulunduğunu ispat etmesinin gerekmediği belirtilmektedir. Bkz. Emel Hanağası, *Davada Menfaat*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2009), 181.

²⁷ Arslan, *İhalenin Feshi*, 163.

İhaleenin feshi yoluna başvuran kişinin ihaleenin feshedilmesinde hukukî yararı olmadığı sonucuna varılırsa talep usûlden reddedilir. Talebin usûlden veya esastan reddi, talepte bulunan kişi aleyhine para cezasına hükmedilip hükmedilmemesi yönünden rol oynar. İhaleenin feshi talebinin hukukî yarar yokluğundan dolayı usûlden reddedilmesi hâlinde, esastan karar verilmemiş olması sebebiyle talepte bulunan kişi aleyhine para cezasına hükmedilmez (İİK m.134/V)²⁸.

B. İHALENİN FESHİNE İLİŞKİN HUKUKİ YARARIN ÖZELLİKLERİ

İhaleenin feshi talebinde bulunan kişinin bu yola başvurmada yararının olması ve bunun ihaleenin feshi sebebi kapsamında ispatlanması aranmaktadır (İİK m.134/XI). Ancak talepte bulunan kişinin ihaleenin feshedilmesine yönelik yararının belirli özellikleri haiz olması gerekir. Nitekim mahkemeye yöneltilen her hukukî korunma talebi yönünden talepte bulunan kişinin yararının hukukî, doğrudan, kişisel, doğmuş ve güncel olması gerektiği kabul edilmektedir²⁹.

İhaleenin feshini talep eden kişinin bu yola başvurmada yararının hukukî olması gerekir³⁰. Buna göre hukukî yararın usûlî bir kavram olması sebebiyle esastan incelemeyi gerektirecek kavramlar kullanılmaksızın izah edilmesi gerektiğini belirten görüşten³¹ hareketle, ihaleenin feshi talebinde bulunan kişinin mevcut hukukî durumunu iyileştirecek bir hükme ihtiyaç duyduğu takdirde, bu yola başvurmada hukukî yararının olduğu belirtilebilir. Örneğin, artırma ilânı tebliğ edilmeyen borçlunun borcunu ödemek suretiyle ihaleyi engelleme imkânından mahrum kalması sebebiyle, ihaleenin feshini talep etmesinde hukukî yararı vardır. Aynı şekilde, artırma ilânında ihale edilen malın esaslı niteliklerine, örneğin

²⁸ Örneğin, hukukî yararın bulunmadığı gerekçesiyle ihaleenin feshi talebinin reddedilmesi hâlinde para cezasına hükmedilemeyeceğinin belirtildiği şu Yargıtay kararı için bkz. "... Satış bedelinin, muhammen bedelin üzerinde olması halinde, ihalede zarar unsurunun gerçekleşmediğinin kabulü gerekir. Bu durumda, şikâyetçinin ihaleenin feshini istemekte hukuki yararları yoktur... Şikâyetçinin ihaleenin feshi isteminin yukarıda ayrıntısı yazılı taşınmaz yönünden zarar unsurunu yokluğu nedeniyle ve işin esasına girilmeden reddi gerektiğinden, ilk derece mahkemesince, bahsi geçen taşınmaz yönünden de ihale bedellerinin %10'u oranında para cezasına hükmedilmesi isabetsiz olup, kararın belirtilen nedenle bozulması gerekir ise de, anılan yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını zorunlu kılmadığından kararın düzeltilerek onanması gerekmektedir.", Y12.HD, 07.02.2023, E. 2022/13003, K. 2023/646, www.lexpera.com.tr. Aynı yönde bkz. Y12.HD, 30.05.2022, E. 2022/5704, K. 2022/6445; Y12.HD, 05.07.2022, E. 2022/7395, K. 2022/8202, www.lexpera.com.tr.

²⁹ Menfaat kavramının nitelikleri bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Hanağası, *Menfaat*, 135 vd.

³⁰ Erdönmez, "İhale", 358. Şikâyet yoluna başvuran kişinin yararının da hukukî olması gerektiği, ideal veya ekonomik yararın yeterli olmadığı yönünde bkz. Pekantez ve Simil, *Şikâyet*, 233. Şikâyet yoluna başvuran kişinin hukukî yararının olması için ilgili işlemle talep sahibinin hukukî alanına müdahalenin olması gerektiği yönünde bkz. Peter Nötzli, *Die analoge Anwendung zivilprozessualer Normen auf das Beschwerdeverfahren nach SchKG unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Zürich*, (Zürich: Schulthess Verlag, 1984), 71.

³¹ Hukukî yararın varlığı için davacının mahkemeye yönelttiği talep doğrultusunda elde edilecek hükmün mevcut hukukî durumunu değiştirmeye veya iyileştirmeye elverişli olması gerektiği, davanın açılmasına dair hukukî yararın mevcut hukukî durumu değiştirecek ya da iyileştirecek bir hükme ihtiyaç duyulması şeklinde tanımlanabileceği yönünde bkz. Hanağası, *Menfaat*, 154-155.

taşınmaz malın devredilebilirliğine³² veya araçtaki hasar durumuna³³ ilişkin ilân doğru ve tam bilgiyi ihtiva etmediği için ihalenin feshi yoluna başvuran alıcının ihalenin feshedilmesinde hukukî yararı bulunmaktadır³⁴. Buna karşılık, teminat göstermeyen kişilerin açık artırmaya katılması hâlinde, söz konusu hukuka aykırılık ile borçlunun bu hususa dayanarak ihalenin feshini talep etmesinde hukukî yararının olmadığı kabul edilmelidir³⁵. Bununla birlikte, ihalenin feshedilmesi yerine sırf ihalenin kanuna aykırı bir işleme dayandığının tespit edilmesinin istenilmesinde de hukukî yararın olmadığı sonucuna varılmalıdır³⁶.

Yargı kararlarında, ihalenin feshi yoluna başvuran kişinin hukukî yararının bulunup bulunmadığı yönünden, fesih sebebi olarak dayanan hukuka aykırılık ile talep sahibinin lehine veya aleyhine bir durum doğup doğmadığı arasında bir

³² Örneğin, tescil edilemeyecek bir taşınmaz mal payının ihale edilmesi hâlinde esaslı hatanın bulunduğuna ilişkin olarak bkz. "... *Cebri ihaleye konu taşınmaz hissesinin tescili yasal olarak mümkün olmamakla birlikte, bu durumun ihalenin yapılmasından (ve hatta kesinleşmesinden) sonra alıcısı tarafından öğrenilmesi halinde, taşınmazın esaslı niteliğinde hata nedeniyle ihalenin feshi talep edilebilir. Bu halde, tapuya tescili mümkün olmayan böyle bir taşınmaz hissesinin satışına konu cebri ihalenin belirtilen nedenle feshine karar verilmesi gerekir.* 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun 5578 sayılı Kanun ile değiştirilen 8. maddesi gereğince, 2 hektardan küçük marjinal tarım arazilerindeki payın üçüncü kişilere satışı yapılamayacağından, ihale alıcısı tarafından gösterilen neden İİK'nun 134/7. maddesi hükmü uyarınca ihalenin feshi nedendir.", Y12.HD, 16.04.2014, E. 2013/18342, K. 2014/7935, www.lexpera.com.tr. Aynı yönde bkz. Y12.HD, 28.03.2013, E. 2013/3170, K. 2013/11669, www.lexpera.com.tr.

³³ Örneğin, ihale edilen aracın kullanılamaz durumda olduğunun anlaşılması hâlinde, esaslı hatadan dolayı ihalenin feshi sebebinin bulunduğuna yönelik bkz. "... *Satış ilanında sadece "anahtarının olmadığı, boyasının orta derecede olduğu, döşemelerin ve göğüslerinin orta derecede olduğu, karoserinde herhangi bir vuruğu olmadığı, arka ve ön lastiklerin mevcut olduğu lastiklerin %30,40 seviyesinde olduğu" belirtildiği, dosya içeriğinde ihale konusu araca ilişkin başkaca bilgiye yer verilmediği, araçların mevcut durumunun kullanılamaz halde olduğu, malın esaslı vasıflarında hataya düşürülmesi niteliğinde olduğu görülmekle bu durumda, mahkemece ihalenin feshi talebinin kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir.*", Y12.HD, 04.04.2023, E. 2022/9468, K. 2023/2336, www.lexpera.com.tr.

³⁴ Artırma ilânında veya şartnamesinde yer alan her eksik veya hatalı bilgidен dolayı alıcının ihalenin feshi yoluna başvurmada hukukî yararının olduğu sonucuna varılmamalıdır. Örneğin, sadece zemin kat olarak gösterilen ve buna göre metrekaresi belirtilen bir taşınmazın asma katının da olduğunun öğrenilmesi hâlinde, söz konusu hatanın ihale alıcısının lehine bir durum oluşturduğunu belirtmek mümkündür. Bkz. "... *Somut olayda, tapu kaydında "dükkan" vasfında olan taşınmazın, gerçekte daha fazla alana sahip olduğu mahkemece tespit edilmiştir. Ancak içerisinde mimari projeye aykırı yapılan tadilatlar nedeni ile ihaleden evvel bilirkişilerce sadece zemin katı değerlendirmeye alınmış ve buna göre değer takdir edilmiştir. Anılan hususlar, ihale alıcısı üçüncü kişiler yönünden değerlendirilebilir ise de alacaklı yönünden esaslı vasıfta hata olarak nitelendirilmeyeceği gibi, ihalede pey sürerek taşınmazı almak isteyen şikâyetçi alacaklının lehine olup, değerinin daha az takdir edilmesi nedeni ile ihaleye katılımını olumlu yönde etkileyeceğinden, bu hususu ihalenin feshi nedeni olarak ileri süremeyecektir. Bu nedenle mahkemece işin esasının incelenmesi yerinde görülmemiştir.*", Diyarbakır BAM 6. HD, 10.12.2020, E. 2020/791, K. 2020/1138, www.lexpera.com.tr.

³⁵ Arslan, *İhalenin Feshi*, 163; Aşık, Oruç, Tok ve Saraç, *İcra*, 293.

³⁶ Kanuna aykırılığın tespit edilmesi için genel şikâyet yoluna başvurulmasında hukukî yararın bulunmadığı yönünde bkz. Franco Lorandi, *Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, Kommentar zu den Artikeln 13-30 SchKG*, (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2000), Art.17 Rn. 174; Pekcanitez ve Simil, *Şikâyet*, 234.

ilişki kurulmaktadır. Örneğin, mükellefiyetler listesinin hazırlanmaması³⁷ ve artırmanın ilânda belirtilen sürede sonlandırılmadan pey sürmeye devam edilmesi³⁸ hâllerinde, ihalelin feshini talep eden borçlunun aleyhine bir durum oluşmadığı, bu nedenle hukukî yararın bulunmadığı kabul edilmektedir.

İhalelin feshini isteyen kişinin yararı doğrudan ve kişisel olmalıdır³⁹. Buna göre ihalelin dayandığı hukuka aykırı bir işlemin, talep edenin kişisel durumunda doğrudan sonuç doğurması ve ihalelin feshedilmesi sonucunda doğrudan ve kişisel olarak yararlanması gerekir⁴⁰. Nitekim ihalelin feshedilmesindeki yararın bu niteliği, İcra ve İflâs Kanunu'nun 134'üncü maddesinin on birinci fıkrasında yer alan “*kendi menfaatlerinin muhtel olduğu*” yönündeki ifadeden de anlaşılmaktadır⁴¹. Örneğin, açık artırmaya katılımı veya katılım sayısını etkileyecek

³⁷ “... Davacı borçlular tarafından, mükellefiyetler listesinin yapılarak ilgilere tebliğ edilmediği iddia edilmiş ise de; mükellefiyetler listesi hazırlanmadığı iddiasının satışa hazırlık işlemlerine ilişkin olduğu ve satış ilanı tebliği ile süresinde şikâyet yoluna başvurulmadığından, bu hususun ihalelin feshi sebebi olarak ileri sürülemediği açıktır. Kaldı ki mükellefiyetler listesinin düzenlenmemesi ihalelin feshi nedenleri arasında da yer almamaktadır. Ayrıca mükellefiyetler listesinin düzenlenmemesi borçlu lehine bir durum oluşturmaktadır.”, Adana BAM 10.HD, 14.09.2022, E. 2022/1380, K. 2022/2134, www.lexpera.com.tr. Aynı yönde bkz. Y12.HD, 28.05.2013, E. 2013/11913, K. 2013/19939; Y12.HD, 07.11.2013, E. 2013/28766, K. 2013/35076; Adana BAM 10.HD, 03.12.2021, E. 2021/2619, K. 2021/2945; Sakarya BAM 8.HD, 20.10.2022, E. 2022/1136, K. 2022/1674; Sakarya BAM 8.HD, 21.10.2020, E. 2020/1075, K. 2020/1068, www.lexpera.com.tr.

³⁸ “... Taşınmazın satış kararında ilan saatinin 14:00- 14:10 olarak belirtildiği ihalelin saat 14:00’te başladığı ve 14:14 de sonlandırıldığı, satış kararında ihalelin sonlandırılması tarihinin saatinin 14:10 olarak belirtildiği pey sürmenin devam etmesi nedeniyle sürenin uzadığı, bu durumun borçlu lehine olduğu, yine satış ilanının bizzat borçluya 27.06.2020 tarihinde tebliğ edildiği görülmüştür... Satış süresinin uzatılması pey sürmenin devam etmesinden kaynaklanmakta olup bu hal borçlu yararına olduğundan açıklanan sebeple ihalelin feshi talep edilemez.”, İstanbul BAM 22.HD, 22.06.2021, E. 2021/1777, K. 2021/1801, www.lexpera.com.tr. Aynı yönde bkz. Adana BAM 10.HD, 21.11.2022, E. 2022/2537, K. 2022/2866; Antalya BAM 12.HD, 03.11.2021, E. 2021/863, K. 2021/2462, www.lexpera.com.tr.

³⁹ Şikâyet yoluna başvuran kişinin icra işleminden doğrudan etkilenmiş olması gerektiği yönünde bkz. Nöztli, *Beschwerdeverfahren*, 73; Pekcanitez ve Simil, *Şikâyet*, 234.

⁴⁰ Doğrudan ve kişisel menfaat kavramına ilişkin değerlendirmeler için bkz. Hanağası, *Menfaat*, 161.

⁴¹ Bu husus, Alman hukukunda Alman Cebrî Artırma ve Cebrî İdare Kanunu'nda (ZVG § 100) da açıkça hukukî yarar yönünden belirtilmiştir. Anılan Kanun'da ihale kararına karşı şikâyet yoluna başvurma yetkisi olanların sadece ilgili düzenlemede belirtilen sebepleri (§ 81, 83-85a) ileri sürebileceği ve başkasının hakkının ihlâl edildiği gerekçesine dayanamayacağı öngörülmüştür. Bu düzenlemeden, talep sahibinin mevzuatta sayılan sebepleri ileri süreceği dahi re'sen dikkate alınması gereken durumlar olmadıkça bu sebeplerden kendi menfaatinin etkilendiğini göstermesi gerektiği ve böylece Alman hukukunda da başvuranın kişisel hukukî yararının arandığı anlaşılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Jürgen Mohrbutter, *Handbuch des gesamten Vollstreckungs- und Insolvenzrechts*, (Köln: Carl Heymanns Verlag, 1974), 527; Karl-Alfred Storz, *Praxis des Zwangsversteigerungsverfahrens*, (München: C.H. Beck Verlag, 1979), 405; Anton Steiner, *Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, Kommentar*, Band I, (München: J. Schweitzer Verlag, 1984), ZVG § 100, Rn. 17; Mohrbutter, Drischler, Radtke ve Tiedemann, *Zwangsversteigerung*, 604; Böttcher, ZVG § 100 Rn. 4; Dassler, Schiffhauer ve Hintzen, ZVG § 100, Rn. 10; Hans Friedhelm Gaul, Eberhard Schilken ve Ekkehard Becker-Eberhard, *Zwangsvollstreckungsrecht*, (München: C.H. Beck Verlag, 2010), § 66 Rn. 8; Hans Brox ve Wolf-Dietrich Walker, *Zwangsvollstreckungsrecht*, (München: Vahlen Verlag, 2021), § 30 Rn. 15; Stöber ve Achenbach, ZVG § 100, Rn. 16.

hukuka aykırılıklara dayanarak ihalenin feshini talep eden borçlunun, bu yola başvurmasında kural olarak doğrudan ve kişisel yararının olduğu kabul edilmelidir⁴². Zira ihalenin feshi üzerine cebrî artırmaya konu olan malın mülkiyeti borçluya tekrar döner ve yeniden paraya çevirme işleminin yapılması imkânı doğar⁴³. Buna karşılık, borçlunun artırma ilânının kendisi dışında diğer ilgililere tebliğ edilmediği gerekçesiyle ihalenin feshini talep etmesinde doğrudan ve kişisel yararı yoktur. Zira söz konusu hukuka aykırılıktan dolayı ihalenin feshi üzerine, bu sonuçtan yararlanacak olan borçlu değil artırma ilânı tebliğ edilmeyen ilgilidir⁴⁴. Aynı şekilde, artırma ilânının gazetede yapılmadığı sebebine dayanan alıcının ihalenin feshi talep etmesinde hukukî yararı bulunmamaktadır⁴⁵.

Karşılama prensibinin⁴⁶ gereği olarak rüçhanlı alacakların dikkate alınması gerekirken gözetilmemesi hâlinde, bir hukuka aykırılık bulunmakla birlikte, takip yapan alacaklının bu durumda ihalenin feshini istemesinde hukukî yararı bulunmadığı belirtilmektedir⁴⁷. Nitekim bu durumda, karşılama prensibine aykırılıktan dolayı ihalenin feshedilmesinde takip yapan alacaklının doğrudan ve kişisel bir yararı bulunmamaktadır. Buna karşılık, rehinli bir malın karşılama prensibine aykırı şekilde paraya çevrilmesi hâlinde, alacağı rehinle temin edilmiş alacaklının ihalenin feshi yoluna başvurmasında doğrudan ve kişisel hukukî yararı bulunmaktadır⁴⁸. Aynı şekilde, malın daha yüksek bedelle satılması borçlunun menfaatine hizmet ettiğinden ve borçlu o oranda borçlarından kurtulabileceğinden,

⁴² Aşık, Oruç, Tok ve Saraç, *İcra*, 293.

⁴³ Arslan, *İhalenin Feshi*, 163.

⁴⁴ Yargı kararları da artırma ilânı tebliğ edilmeyen kişinin bu sebebe dayanarak ihalenin feshini isteyebileceği, onun dışındaki ilgililerin bu hususa dayanamayacağı yönündedir. Bkz. "... Satış ilanı tebliğatının usul-süzlüğü nedeniyle ihalenin feshini isteme hakkı, sadece kendisine usulüne uygun tebliğat yapılmayan ilgisine aittir. İhalenin feshini isteyen şikâyetçi borçlu... Ltd. Şti.'nin, kendisi dışındaki diğer ilgililere satış ilanının tebliğ edilmediği hususunu, ihalenin feshi sebebi olarak ileri sürmesi mümkün olmadığı gibi, kendisine ya da vekiline yapılan tebliğatın usulsüz olduğunu da, ayrıca ve açıkça ileri sürmediği sürece, bu husus kamu düzeninden olmadığından mahkemece resen fesih nedeni olarak incelenemez.", Y12.HD, 10.10.2019, E. 2019/10594, K. 2019/14552, www.lexpera.com.tr. Aynı yönde bkz. Y12.HD, 21.03.2019, E. 2019/2875, K. 2019/5007; Gaziantep BAM 12.HD, 09.09.2022, E. 2022/446, K. 2022/1851; Ankara BAM 19.HD, 27.10.2022, E. 2022/1594, K. 2022/2120; Adana BAM 10.HD, 18.10.2022, E. 2022/2040, K. 2022/2587, İzmir BAM 8.HD, 06.10.2022, E. 2022/2366, K. 2022/2218, www.lexpera.com.tr.

⁴⁵ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 329.

⁴⁶ Cebrî artırmada verilecek teklifin ve ihale bedelinin, haczedilen malvarlığı unsurunun muhammen değerinin yüzde ellisi ile satış isteyen alacağına rüçhanlı olan diğer alacaklar o malla temin edilmişse bu suretle rüçhanlı olan alacakların toplamından hangisi fazlaysa o tutarı ve paraya çevirme ile paraların paylaşılması masraflarını karşılaması gerekir (İİK m.115/1). Bu kural, öğretilerde "karşılama prensibi" olarak ifade edilmektedir. Bkz. Postacıoğlu ve Altay, *İcra*, 562; Mine Erturgut, *İcra ve İflâs Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2000), 100; Mert Namlı, *İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 496. Karşılama prensibinin ortaya çıkışı ve anlamı yönünden ayrıntılı bilgi için bkz. Nedim Meriç, *İcra Hukukunda Karşılama Prensibi (Türk ve İsviçre Hukuku Kapsamında)*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 3 vd.

⁴⁷ Meriç, *Karşılama Prensibi*, 159.

⁴⁸ Arslan, *İhalenin Feshi*, 166; Üstündağ, *İcra*, 347; Pekcanitez ve Simil, *Şikâyet*, 247.

karşılaşma prensibine aykırılık hâlinde, borçlunun ihalelerin feshi yoluna başvurmasında doğrudan ve kişisel hukukî yararı vardır⁴⁹. Bu örnekler, ihalelerin feshine yönelik doğrudan ve kişisel menfaatin olup olmadığına dair incelemenin, ileri sürülen fesih sebebi kapsamında ve her somut olay özelinde yapılması gerektiğini göstermektedir. Birden fazla ihalelerin feshi sebebine dayanıldığı takdirde, her bir hukuka aykırılık iddiası yönünden bu inceleme yapılmalıdır.

İhalelerin feshi talebinde bulunabilecek kişilerin ihalelerin feshedilmesindeki yararı, aynı zamanda doğmuş ve güncel olmalıdır⁵⁰. Buna göre ihalelerin feshi talebinde bulunduğu sırada, ihaleye ilişkin hukuka aykırılıktan dolayı ihalelerin feshi yoluna başvurulmasının gerekli olması, o anda ihalelerin feshi yönünde mahkeme kararına ihtiyaç duyulması gerekir⁵¹.

İhalelerin feshedilmesindeki yararın söz konusu özellikleri taşıması gerekmele birlikte, ihalelerin feshi sebebinin bu yola başvuran kişinin kusurundan kaynaklanmaması da gerekir⁵². Yargı kararlarında, bir kimsenin kendi kusuruna dayanılarak hak elde edilemeyeceğine, aksi yöndeki durumun Türk Medenî Kanunu'nun 2'nci maddesine aykırı olduğuna ve talep edenin kendi kusuruna dayanmak suretiyle ihalelerin feshi yoluna başvuramayacağına yer verilmektedir. Örneğin, artırma ilânında belirtilen adet kadar malın alıcıya ihale edilmediği gerekçesiyle ihalelerin feshini talep eden ve yediemin olarak kendisine bırakılan hacizli malların bir kısmını elden çıkardığı tespit edilen borçlunun ihalelerin feshini talep edemeyeceği ifade edilmektedir⁵³. Aynı şekilde, ihalelerin feshini talep eden fakat ihaleye fesat karıştırdığı belirlenen borçlunun bu yola başvuramayacağı kabul edilmektedir⁵⁴.

⁴⁹ Arslan, *İhalelerin Feshi*, 163; Üstündağ, *İcra*, 347; Erdönmez, "İhale", 371.

⁵⁰ Stöber ve Achenbach, ZVG § 97 Rn. 2.

⁵¹ Şikâyet yoluna başvurulduğu sırada hukukî yarar mevcut olduğu takdirde, şikâyetin ileri sürülmesinde güncel yararın olduğu belirtilmektedir. Bkz. Pekcanitez ve Simil, *Şikâyet*, 234. Şikâyet yoluna başvurmakta güncel menfaatin, ihlâlin şikâyet talebinde bulunduğu sırada zaten var olmasını ve şikâyet talebinin konusuz kalmamasını gerektirdiği yönünde bkz. Nötzli, *Beschwerdeverfahren*, 72; Lorandi, *Beschwerde*, SchKG Art.17 Rn. 174. Belirsiz ya da ileride ortaya çıkması muhtemel olan bir yararın hukukî yarar olmadığı yönünde bkz. Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl*, 948. Davanın açılmasına yönelik menfaatin doğmuş ve güncel olmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Hanağası, *Menfaat*, 234-235.

⁵² Arslan, *İhalelerin Feshi*, 163; Pekcanitez ve Simil, *Şikâyet*, 236; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra*, 421.

⁵³ İhalelerin feshi sebebinin borçlunun kusurundan kaynaklanması ve borçlunun bu durumu ihalelerin feshi sebebi olarak ileri sürmesi yönünden Yargıtay'ın ilgili kararı için bkz. "... Hacizli malların eksilmesi bizzat şikâyetçi borçlunun kendisinin eyleminden kaynaklandığından satış ilânında gösterilen tır güneşlikleriyle alıcıya ihale edilen tır güneşliklerinin aynı miktarda olmadığı hususunun borçlu tarafından ihalelerin feshi sebebi olarak ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanımı niteliğindedir. Dolayısıyla, bu nedene dayalı olarak borçlu tarafından ihalelerin feshi istenemeyeceği gibi ihalelerin de feshedilemeyeceği açıktır.", Y12.HD, 14.02.2017, E. 2016/18386, K. 2017/1880, www.lexpera.com.tr.

⁵⁴ İhaleye fesat karıştıran kişinin ihalelerin feshini talep etmesine ilişkin Yargıtay'ın ilgili kararı için bkz. "... İhale sırasında kavga çıkaran O.G'nin borçlular ve ihalede pey süren T.G ile mevcut akrabalıkları nedeniyle menfaat birliklikleri vardır. Takip borçluları ile ihalede pey süren T.G'nin

C. İHALENİN FESHİNDE HUKUKÎ YARAR BAKIMINDAN ZARAR KAVRAMI

1. Zararın Varlığının Aranıp Aranmayacağı

Mahkemeye yöneltilen her talepte olduğu gibi ihalenin feshi talebi bakımından da aranılan hukukî yarar şartı mevzuatta tanımlanmamakta, İcra ve İflâs Kanunu'nun 134'üncü maddesinin on birinci fıkrasındaki düzenlemede yer alan “*kendi menfaatlerinin muhtel olduğu*” şeklindeki ifade üzerinden değerlendirilmektedir.

Anılan hükümde “*menfaat ihlâlî*” ifadesine yer verilmesinden hareketle, ihalenin feshi talebine ilişkin aranılan hukukî yarar bakımından zararın varlığının aranıp aranmayacağı sorusu gündeme gelmektedir. Bu hususa ilişkin öğretide farklı yönde görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre ihalenin feshi talebinde bulunan kişinin ileri sürdüğü fesih sebebi kapsamında menfaatinin ihlâl edildiğini, başka bir ifadeyle zarar gördüğünü ispat etmesi gerekir⁵⁵. Anılan görüş kapsamında, ileri sürülen hukuka aykırılıktan dolayı talep sahibinin zararı doğmadığı takdirde, ihalenin feshedilmesinde hukukî yararın bulunmadığı kabul edilmelidir⁵⁶.

Hukukî yarar ile zarar kavramını ayrı değerlendiren başka bir görüş, menfaat kavramının geçmişe yönelik olarak tanımlanmaması gerektiği, artırmanın ya da ihalenin dayandığı usûlsüzlükten zarar gören kişinin menfaatinin olduğu, ancak ileri sürülen fesih sebebinden dolayı zarara uğramayan bir kişinin de ihalenin feshedilmesinde menfaati olabileceği, bu nedenle ihalenin feshine dair düzenlemenin (İİK m.134/XI) menfaate yüklenen anlam bakımından tereddüt doğurduğu yönündedir⁵⁷.

Yargı kararlarında ise ihalenin feshi talebi yönünden bulunması gereken hukukî yarar şartı, zarar unsuru ile birlikte değerlendirilmektedir. Bu doğrultuda, ihalenin feshi taleplerine ilişkin hukukî yarar şartı zarar unsuruyla özdeşleştirilmekte ve hatta bazı kararlarda zarar kavramı “*ön koşul*” olarak nitelendirilmektedir⁵⁸. Uygulamada ihalenin feshi talebi yönünden “*dava şartı olan zarar unsuru*”

ortak vekil ile birlikte dava açmaları da birlikte hareket ettiklerini göstermektedir. Hiç kimse kendi fesadına dayalı olarak hak elde edemeyeceğinden şikâyetçiler ile ortak hareket eden kişinin eylemine dayalı olarak ihalenin feshine karar verilemez.”, Y12.HD, 08.07.2013, E. 2013/19134, K. 2013/25607, www.lexpera.com.tr.

⁵⁵ Kuru, *El Kitabı*, 714; Pekcanitez ve Simil, *Şikâyet*, 365; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra*, 421; Uyar, “Hukukî Yarar”, 1554-1555. İhaleye yönelik bir usûlsüzlükten dolayı menfaati ihlâl edilmiş olan kişinin ihalenin feshini talep edebileceği ve bu kişinin ihalenin feshinin yararına olacağı yönünde bkz. Arslan, *İhalenin Feshi*, 161-162, 193.

⁵⁶ Pekcanitez ve Simil, *Şikâyet*, 236.

⁵⁷ Hanağası, *Menfaat*, 103-104.

⁵⁸ “... Son imar durumunun sorulmamış olması başlıbaşına ihalenin fesih nedeni sayılamaz. Ancak somut olayda gözlemlendiği gibi kat mülkiyetine çevrilmiş bir dairenin kat irtifakı ile satışa çıkarılması râğbeti azaltacak bir unsur ise de, Dairemiz süregelen içtihatlarında da benimsendiği üzere ihalenin feshi davasının ön koşulu zarar unsurunun meydana gelmiş olmasıdır. 150.000.000.000. TL. muhammen bedelli taşınmaz 1. ihalede 141.020.000.000. TL.'ye alacaklıya ihale olunmuş,

ifadesine yer verilmesinden hareketle, bu kavramların birbiri yerine kullanıldığı da anlaşılmaktadır⁵⁹.

İhaleinin feshine ilişkin hukukî yarar şartı bakımından yargı kararlarındaki genel yaklaşım, zarar unsurunun aranması yönünde olmakla birlikte ilk derece mahkemeleri, bölge adliye mahkemeleri ve Yargıtay kararları arasında uygulama farklılığı da söz konusudur. Örneğin, bir bölge adliye mahkemesi kararında, hukukî yarar şartı bakımından aranılan zarar unsurunun borçlu yönünden geçerli olduğu, pey sürmek suretiyle ihaleye katılan kişi yönünden uygulanamayacağı belirtilmiştir⁶⁰. Hâlbuki Yargıtay kararlarında, hukukî yarara ilişkin zarar unsuru sadece borçlu bakımından değil ihaleinin feshini talep edebilecek diğer kişiler yönünden de uygulanmaktadır. Nitekim anılan bölge adliye mahkemesinin kararına karşı temyiz yoluna başvurulması üzerine Yargıtay, somut olayda zarar unsurunu, pey sürmek suretiyle artırmaya iştirak eden kişinin ihaleinin feshi talebi bakımından da dikkate almıştır⁶¹.

ihale alacaklıdan başka K1 isimli şahısta iştirak ederek 12 kez pey sürmüştür. Hal böyle olunca mahcuzun tapu kaydındaki anılan değişikliğin satışın olumsuz yönde etkilendiğinden bahsedilemeyeceğinden ayrıca zarar unsurunun da gerçekleşmediği dikkate alınarak 8 no.lu dairenin ihalesinin feshine ilişkin istemin reddine karar vermek yerine kabulü isabetsiz olduğundan Mahkeme kararının bozulması gerekirken onandığı anlaşılmalı alacaklı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü gerektirir.”, Y12.HD, 21.10.2004, E. 2004/17776, K. 2004/22451, www.lexpera.com.tr.

⁵⁹ “... 22.04.2009 tarihinde kabul edilen 5892 Sayılı Kanunla değişik 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatil Hakkında Kanununun 2. maddesinin birinci fıkrasına göre (1) Mayıs günü resmi tatil olarak kabul edilmiştir. İİK.un 51. maddesinde tatil günlerinde hangi muamelelerin yapılabileceği gösterilmiş olup, ihaleinin yapılabilmesi bu istisnalar içinde bulunmadığı gibi, resmi tatilde yapılan satışın takibi ve talebi etkileyeceğinden muhimmem değerle satış değeri arasındaki farka göre dava şartı olan zarar unsurunun da gerçekleştiği nazara alınmadan davanın ret olunması isabetsizdir.”, Y12.HD, 27.05.2010, E. 2010/450, K. 2010/13131, www.lexpera.com.tr. Aynı şekilde bkz. “... İİK. nun 134. maddesi 5. fıkrasındaki dava şartı olan zarar unsurunun da mevcut olduğu satışı ilanı usulüne göre tebliğ edilmiş olsa idi borçlunun bulmak için çaba gösterebileceği cihette ihaleinin feshine karar vermek gerekirken isteğin reddolunması isabetsiz olduğu gibi...”, Y12.HD, 03.06.1986, E. 1985/13134, K. 1986/6648, www.lexpera.com.tr. Alt derece mahkemesi kararlarında ve özellikle mahkemeye sunulan dilekçelerde, “ihaleinin feshi davasında dava koşulu olan zarar unsuru” ifadesinin kullanıldığı üst derece mahkeme kararlarının özet kısmından anlaşılmaktadır. Bkz. Y12.HD, 17.01.2023, E. 2022/12820, K. 2023/226; Y12.HD, 18.01.2023, E. 2022/13103, K. 2023/268; Adana BAM 23.09.2021, E. 2021/2150, K. 2021/2088; İzmir BAM 8.HD, 15.09.2021, E. 2021/1622, K. 2021/2153, Sakarya BAM 8.HD, 16.12.2021, E. 2021/1452, K. 2021/1991, İstanbul BAM 20.HD, 11.06.2020, E. 2019/1064, K. 2020/976, www.lexpera.com.tr.

⁶⁰ “... İncelenen dava dosyası ve davaya konu icra takip dosyası içeriğine göre davacının taraf sıfatının bulunduğu, kiracı olduğu taşınmazın ihalesine pey sürmek suretiyle katıldığı, ihaleye katılıp pey sürdüğünün ihale tutanağından anlaşıldığı, bu haliyle taraf sıfatının olduğu, ihaleinin satış kararına uygun olarak yapıldığı, davacı ihaleye katılıp pey süren olduğu nedenle satış ilanı tebliğatının kendisine zorunlu bulunmadığı taşınmazın muhammen bedelinin 170.000 TL olup 175.500 TL'ye ihale edilmiş ise de borçlunun yararlanacağı zarar unsurunun ihaleye pey sürmek suretiyle katılan davacıya uygulanamayacağı dava dilekçesinde ileri sürülen sebeplerin fesh nedenleri bulunmadığı nedenle davanın reddine dair ilk derece mahkemesi kararının usul ve yasaya uygun olduğu anlaşılmıştır.”, Gaziantep BAM 12.HD, 01.11.2019, E. 2019/1395, K. 2019/2033 (yayımlanmamıştır).

⁶¹ “... Bölge Adliye Mahkemesince taşınmazın her ne kadar muhammen bedelin üzerinde satılmış ise de borçlunun yararlanacağı zarar unsurunun ihaleye pey sürmek sureti ile katılan şikayetçiye uygulanmasının mümkün olmadığını belirterek istinaf başvurusunun esastan reddine karar veril-

İhalenin feshi bakımından hukukî yararın varlığı için zararın gerekip gerekmediği yönündeki tereddüt, İcra ve İflâs Kanunu'nun 134'üncü maddesinin on birinci fıkrasındaki düzenlemenin lafzından kaynaklanmaktadır. Nitekim ilgili düzenlemedeki “*menfaat ihlâli*” ifadesinden, ihale ile ilgili bir hukuka aykırılıktan dolayı ihalenin feshi talebinde bulunan kişinin zarar görmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Başka bir ifadeyle, hukukî yarar şartı menfaatin ihlâli olarak nitelendirildiği için bu ifade ile zarar kavramı örtüşmektedir⁶².

Anılan hükmün lafzından dolayı zararın varlığının aranması, bazı yönlerden tereddüt doğurmaktadır. Nitekim “*menfaat*” kavramı, sözlük anlamı itibarıyla “çıkar” olarak açıklanmakta⁶³, öğretide de “herhangi bir taleple ulaşılmak istenilen amaç ya da bir davranış sonucu doğan çıkar, fayda, kazanç” olarak ifade edilmektedir⁶⁴. Dolayısıyla bu düzenleme kapsamında zararın varlığının aranması, menfaat kavramının anlamıyla bağdaşmamaktadır. Bununla birlikte, usûlî bir kavram olarak nitelendirilen ve talebin mahkemece esastan incelenmesi için varlığı aranılan hukukî yarar şartını, maddî hukuka ilişkin bir kavram olan ve esastan inceleme yapılması üzerine tespit edilebilen zarar kavramıyla birlikte değerlendirilmek tereddüt doğurmaktadır⁶⁵.

İhalenin feshini talep eden kişi bu yola başvurmada hukukî yararı olduğunu maddî anlamda talebini somutlaştırarak gösterebilir. İhalenin dayandığı bir hukuka aykırılıktan dolayı zarar gördüğünü ispatlayan bir kişinin ihalenin feshini talep etmesinde işin doğası gereği menfaati olduğu kabul edilmelidir⁶⁶. Ancak ihalenin feshini talep eden kişinin ileri sürdüğü bir hukuka aykırılık, talep sahibi-

diği görülmektedir. Yerleşik Yargıtay uygulamasına göre, ihale bedelinin, en az muhammen bedel kadar olması halinde, ihalede zarar unsurunun gerçekleşmediğinin kabulü gerekir. Somut olayda, şikayet konusu 1267 ada 18 parsel sayılı taşınmazın muhammen bedelinin 170.000 TL, satış bedelinin 175.500 TL olduğu, ihale bedelinin muhammen bedelin üzerinde olduğu görülmektedir. Şikayetçi dava konusu ihalede pey süren ilgili olup, ihalenin feshi isteminde menfaatinin ne suretle muhtel olduğunu ispatlayamamıştır. Dolayısı ile bu durumda zarar unsuru gerçekleşmemiş olup, şikayetçinin İİK'nun 134/8. maddesi kapsamında ihalenin feshini istemek kapsamında hukuki yararı bulunmamaktadır.”, Y12.HD, 06.10.2020, E. 2020/3298, K. 2020/8078, www.lexpera.com.tr.

⁶² Hanağası, *Menfaat*, 103.

⁶³ Bkz. Türk Dil Kurumu'nun güncel Türkçe sözlüğü, Erişim Tarihi: Mart 1, 2024, <https://sozluk.gov.tr/>.

⁶⁴ Hanağası, *Menfaat*, 5, 114, 345.

⁶⁵ Hanağası, *Menfaat*, 104. Örneğin, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na konu olan bir somut olayda, ihalenin feshi talebi yönünden hukukî yarar şartının varlığına ve para cezasına karar verilip verilmeyeceğine ilişkin değerlendirmelerde, zarar unsurunun tespitine dair incelemenin esastan olduğuna yönelik tartışmaların yapıldığı görülmektedir. Bkz. “... *Taşınmazın ihale bedeli, muhammen bedelin üstünde olup, fesih isteyen borçlu fesih istemekte hukuki yararının bulunduğunu ispatlayamadığından İİK'nın 134. maddesinin 8. fıkrasına göre borçlunun ihalenin feshini istemekte hukuki yararı olmadığından kabulü gerekir... Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında, zarar unsurunun bulunup bulunmadığının belirlenmesinin işin esası ile ilgili olduğu, bu nedenle para cezasına hükmedilmesi gerektiği gerekçesi ile direnme kararının uygun olduğu görüşü ileri sürülmüş ise de bu görüş kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.*”, YHGK, 21.12.2022, E. 2021/345, K. 2022/1820, www.lexpera.com.tr.

⁶⁶ Hanağası, *Menfaat*, 103.

nin bir hakkını kullanmasını engellemişse veya sorumluluğuna sebebiyet vermişse, bu durumlarda da hukukî yararın bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerekir⁶⁷.

Uygulamada ise yargı kararlarında zararın varlığı hukukî yararın belirlenmesi için bir unsur olarak kabul edilmekte ve hatta hukukî yarar şartının yerine kullanılmaktadır. Yargı kararlarında zarar kavramıyla hukukî yararın bu şekilde aynı anlamda ve işlevde kullanılması, bu kavramların hukukî niteliğiyle bağdaşmamakta ve hukukî yarar kavramına neden ihtiyaç duyulduğunun sorgulanmasına da sebebiyet vermektedir⁶⁸.

Yargı kararlarındaki yaklaşımın aksine, hukukî yarar zarar kavramıyla eşdeğer olmayıp ondan daha geniş bir anlama sahiptir. Örneğin, artırma ilânının taşınmaz mal üzerinde ipotek hakkı olan ilgiliye hiç veya usûlüne uygun tebliğ edilmemesi, ipotek hakkı sahibinin ihaleye pey sürmek suretiyle katılmasına ve talebi artırıcı yönde çalışmasına engel teşkil eder. Aynı şekilde, artırma ilânı kendisine tebliğ edilmeyen ve alacağına mahsuben ihaleye katılmak isteyen alacaklı, ihaleye pey sürmek suretiyle katılma ve ilgili malvarlığı unsurunu cebri icra yoluyla satın alma imkânından mahrum kalmış olur⁶⁹. Bu doğrultuda, ipotek hakkı sahibinin ve alacaklının artırma ilânının tebliğ edilmemesine dayanarak ihalelinin feshedilmesinde hukukî yararı bulunmaktadır⁷⁰. Ancak artırma ilânı tebliğ edilmeyen ilgilinin artırmaya katılma ve pey sürme imkânının olmadığı veya katılsa dahi sonucu değiştiremeyeceği anlaşıldığı takdirde hukukî yararı olmadığı ifade edilmektedir⁷¹. Artırma ilânı tebliğ edilememiş olan ilgilinin cebri artırmaya ilişkin başkaca yollardan tam

⁶⁷ Örneğin, 7373 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılan İcra ve İflâs Kanunu'nun 133'üncü maddesinde öngörülen tamamlayıcı artırma ve farkın tahsiline dair düzenleme gereğince alıcının iki ihale arasındaki farktan sorumlu olması hâlinde ihalelinin feshine başvurmasında hukukî yararı olduğu belirtilmekte idi. bkz. Üstündağ, *İcra*, 347.

⁶⁸ Hanağası, *Menfaat*, 161.

⁶⁹ Öktemer, "İhalelin Feshi", 406.

⁷⁰ Kuru, *El Kitabı*, 653; Öktemer, "İhalelin Feshi", 406. Artırma ilânının tebliğine ilişkin usûlsüzlüğün sadece ilgilisi tarafından ihalelinin feshi sebebi olarak ileri sürülebileceği yönünde bkz. "... *İİK'nun 127. maddesi gereğince satış ilanının bir suretinin borçluya tebliği zorunludur. Tebliğ işleminin yapılmamış ya da usulsüz yapılmış olması başlı başına ihalelinin feshi nedenidir. Ancak satış ilanının tebliğ edilmediği ve usulsüz tebliğ edildiği iddiası, ancak ilgisince ileri sürülebilir. İhalelinin feshi istemine ilişkin şikayet dilekçesinde, satış ilanının, ihalelinin feshini isteyen borçluya usulüne uygun olarak tebliğ edilmediğine ilişkin bir iddiada bulunulmadığı gibi, tebligat, borçlunun kıymet takdirine itiraz eden vekili Av. ...'e 09.04.2014 tarihinde bizzat yapılmıştır. Tapu sicilindeki ilgililere tebligat yapılmamış olması, borçluya değil, tebligat yapılmayan ilgisine şikayet hakkı verir. Mahkemece, borçlunun, şikayet dilekçesinde dayandığı vakıaların dışına çıkılıp, kamu düzeniyle ilgili olmayan, re'sen dikkate alınacak hususlar kapsamında da bulunmayan, "satış ilanının ilgililere tebliğ edilmemesi" nedenine dayalı olarak ihalelinin feshine karar verilmesi doğru değildir.", Y12.HD, 01.12.2016, E. 2016/18649, K. 2016/24684, www.lexpera.com.tr. Aynı yönde bkz. Y12.HD, 09.06.2016, E. 2016/12606, K. 2016/16432; Y12.HD, 06.06.2016, E. 2016/14452, K. 2016/15924; Ankara BAM 32.HD, 20.10.2022, E. 2022/1289, K. 2022/1847; İzmir BAM 8.HD, 06.10.2022, E. 2022/2366, K. 2022/2218; İstanbul BAM 21. HD, 11.06.2021, E. 2021/1196, K. 2021/1592, www.lexpera.com.tr.*

⁷¹ Kuru, *El Kitabı*, 653.

ve kesin bilgi sahibi olduğunun anlaşılması hâlinde ise ihalenin feshi talebinde bulunan ilgilinin hukukî yararı olmadığı kanaatine varılmaktadır⁷².

Şikâyet yoluna başvuran kişinin hukukî yararı, icra organının bir işleminin düzeltilmesinde, iptal edilmesinde ya da yerine getirilmeyen bir işlemin yapılmasında menfaati olması şeklinde ifade edilmektedir⁷³. İhalenin feshi bakımından hukukî yarar şartı için zararın varlığı değil ileri sürülen hukuka aykırılık sebebiyle ihalenin feshedilmesinde menfaatin bulunması esas olmalıdır. Hukukî yarar bu şekilde yorumlandığında, yukarıda zikredilen örneklerde olduğu gibi maddî zararı olmasa dâhi ihalenin feshedilmesinin yararına olduğunu ispatlayan kişilerin de talepleri bu kapsamda değerlendirilir. Dolayısıyla İcra ve İflâs Kanunu'nun 134'üncü maddesindeki düzenlemenin hukukî yarar şartına yüklenen anlam doğrultusunda tereddüt yaratması ve hukukî yarar ile zarar kavramını özdeşleştiren uygulamaya zemin hazırlaması sebebiyle değiştirilmesi gerekir. Anılan düzenlemenin kaldırılması ihtimalinde de şikâyet yoluna başvurulmasında olduğu gibi ihalenin feshi talepleri bakımından da hukukî yarar şartının aranacağı aşikârdır.

Her hukuka aykırılık, ihalenin feshinin talep edilmesinde hukukî yararın bulunduğunu göstermez⁷⁴. Talep sahibinin fesih sebebi kapsamında ihalenin feshedilmesinde yararının olduğunu, örneğin artırmaya iştirak etmek istediğini ancak fesih sebebi olarak ileri sürülen hukuka aykırılığın buna engel teşkil ettiğini dilekçesinde belirtmesi ve somutlaştırması gerekir. Nitekim bu husus, kamu düzenini ilgilendirmeyen durumların icra mahkemesince re'sen dikkate alınamaması yönüyle de önemlidir⁷⁵. Bu bağlamda, ihalenin feshi yoluna başvuran kişi, ihaleye ilişkin bir usûlsüzlükten dolayı ihalenin feshedilmesinde hukukî, doğrudan ve kişisel, güncel yararının bulunduğunu ispatlamalıdır.

⁷² Karş. Thomas Bauer ve Daniel Staehelin, *Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs - Ergänzungsband*, (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2017), SchKG Art. 132a Rn. ad N 9, Art. 139 Rn. ad N 20.

⁷³ Pekcanitez ve Simil, *Şikâyet*, 232. Ayrıca bkz. Hans, Fritzsche ve Hans Ulrich Walder-Bohner, *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht*, (Zürich: Schulthess Verlag, 1984), § 8 Rn. 16; Dieth, *Beschwerde*, 56; Jäger, Walder, Kull ve Kottmann, SchKG, Art.17 Rn. 20; Lorandi, *Beschwerde*, SchKG Art.17 Rn. 168; Isaak Meier, *Das Verwaltungsverfahren vor den Schuldbetreibungs- und Konkursbehörden, Beschwerdeverfahren nach Art. 17 ff. SchKG und Verfahren zum Erlass emer Verfügung*, (Zürich: Schulthess Verlag, 2002), 81; Kurt Amonn ve Fridolin Walther, *Grundriss des Schuldbetreibungs und Konkursrechts*, (Bern: Stämpfli Verlag, 2008), § 6 Rn. 24; Daniel Hunkeler, *KUKO SchKG*, (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014), Art.17 Rn. 9.

⁷⁴ Jäger, Walder, Kull ve Kottmann, SchKG, Art.132a Rn. 6.

⁷⁵ Örneğin, satış ilânının usûlsüz tebliğ edildiği ilgili kişi tarafından ileri sürülmediği takdirde, ihalenin feshi talebini inceleyen mahkemece bu hususun incelenemeyeceği yönünde bkz. "... Satış ilanı tebligatının usulsüzlüğü nedeniyle ihalenin feshini isteme hakkı, sadece kendisine usulüne uygun tebligat yapılmayan ilgisine ait olup, ihalenin feshini isteyen şikâyetçinin, kendisine ya da vekiline yapılan tebligatın usulsüz olduğunu da, ayrıca ve açıkça ileri sürmediği sürece, bu husus kamu düzeninden olmadığından, mahkemece resen fesih nedeni olarak incelenemez.", Y12.HD, 07.03.2022, E. 2022/2070, K. 2022/2787, www.lexpera.com.tr. Aynı yönde bkz. Y12.HD, 16.06.2021, E. 2021/5304, K. 2021/6548; Y12.HD, 09.06.2021, E. 2021/4675, K. 2021/6224; Y12.HD, 25.05.2021, E. 2021/3696, K. 2021/5385; Y12.HD, 10.10.2019, E. 2019/10594, K. 2019/14552, www.lexpera.com.tr.

2. Zararın Varlığının Belirlenmesine İlişkin Ölçüt

İhalelerin feshi talebi bakımından hukukî yarar şartı, uygulamada genellikle zarar unsuru ile birlikte değerlendirilmektedir. Zararın doğup doğmadığı hususu bakımından ise yargı kararlarında ihale bedelinin arttırmaya konu olan malvarlığı değerinin kıymetinden fazla olup olmadığı ölçütünün kullanıldığı ve buna göre hukukî yararın bulunup bulunmadığı sonucuna varıldığı anlaşılmaktadır. Hukukî yarar bakımından yargı kararlarıyla belirlenen ilgili malvarlığı unsurunun muhammen değeri ile ihale bedelinin karşılaştırıldığı bu ölçütün kısa süre önce değiştirilmesi üzerine, muhammen değerden yüksek yapılan ihalelerde de hukukî yararın olabileceği kabul edilmektedir. Bu doğrultuda, hukukî zarara ilişkin zararın unsurunu tespit etmek üzere uygulamada kullanılan söz konusu farklı yöndeki ölçütlerin yargı kararları ve öğretideki görüşler kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

a. Yargı Kararları

Yargıtay'ın önceki yerleşik içtihatlarında, açık arttırmaya konu edilen malın ihale bedelinin en az muhammen değer kadar olması hâlinde zarar unsurunun gerçekleşmediği belirtilmiştir. Bu kararlarda, ihale bedelinin arttırmaya konu olan malvarlığı değerinden fazla olması hâlinde, zarar unsurunun kural olarak oluşmadığına ve bu durumda ihalelerin feshi talebinin hukukî yarar yokluğundan reddedilmesi gerektiğine yer verilmiştir⁷⁶. Ancak anılan kararlarda zarar unsuru her ihalelerin feshi talebi bakımından aranmamış, kanunun emredici hükümlerine veya kamu düzenine aykırılıklar, kamu yararı gözetilerek zarar unsurunun istisnaları olarak kabul edilmiştir. Örneğin, ihaleye fesat karıştırıldığı iddiaları bu kapsamda değerlendirilmiştir⁷⁷. Aynı şekilde, süresinden sonra talep edilen para-

⁷⁶ "... Somut olayda, ... İli, ... İlçesi, Tece Mahallesi, 11 Ada, 2 Parsel, C Blok, 2. Kat, 4 no.lu bağımsız bölümdeki 1/4 hissenin muhammen bedelinin 90.000,00 TL, satış bedelinin ise 270.000,00 TL olduğu anlaşılmaktadır. Şikayetçi ihale alıcısı ihalelerin feshi isteminde menfaatinin ne suretle muhtel olduğunu ispatlayamamıştır. Dolayısı ile bu durumda zarar unsuru gerçekleşmemiş olup, şikayetçinin İİK'nin 134/8. maddesi kapsamında ihalelerin feshini istemekte hukukî yararı bulunmamaktadır. Yerleşik Yargıtay uygulamasına göre, satış bedelinin, muhammen bedelin üzerinde olması halinde, ihalede zarar unsurunun gerçekleşmediğinin kabulü gerekir. Bu durumda, şikayetçilerin ihalelerin feshini istemekte hukukî yararları yoktur. İlk Derece Mahkemesince, yukarıda bahsi geçen taşınmaz yönünden istemin bu nedenle reddi yerine işin esasının incelenerek sonucu gidilmesi yerinde değil ise de, sonuçta istem reddedildiğinden bu husus bozma nedeni yapılmamıştır." Y12.HD, 06.03.2023, E. 2022/13671, K. 2023/1391, www.lexpera.com.tr. Aynı yönde bkz. Y12.HD, 05.07.2022, E. 2022/7395, K. 2022/8202; Y12.HD, 30.05.2022, E. 2022/5704, K. 2022/6445; Y12.HD, 19.10.2021, E. 2021/9206, K. 2021/9125; Y12.HD, 18.10.2021, E. 2021/7600, K. 2021/9021; Y12.HD, 07.10.2021, E. 2021/7966, K. 2021/8595; Y12.HD, 07.10.2021, E. 2021/7966, K. 2021/8595, www.lexpera.com.tr.

⁷⁷ "... İhalelerin, kanunun emredici hükümlerine ve kamu düzenine aykırı olarak yapıldığı durumlarda, şikayetçinin, ihalelerin feshini istemekte kişisel yararı olduğunu ispat edemese dahi, ihalelerin feshine karar verilmesi gerekir. Bu hallerde ihalelerin feshinde kamunun da yararı bulunmaktadır. İİK'nin 134/2. maddesi, Borçlar Kanunu'nun 226. (TBK 281) maddesinde düzenlenen hukuka ve ahlaka aykırı yollara başvuru olarak ihalelerin yapılması halinde, her ilgilinin ihalelerin feshini isteyebileceğini düzenlemektedir. İhaleye fesat karıştırıldığı tespit durumunda, yukarıda belirtilen ilke ve kurallar uyarınca ihalelerin, malın tahmini bedelinin üzerinde satılması halinde dahi ihale-

ya çevirmenin kabul edilmesi⁷⁸, öncesinde itiraz etmek şartıyla kıymet takdirine ilişkin hususların ileri sürülmesi⁷⁹ hâllerinde zarar unsuru dikkate alınmamıştır. Buna karşın, Yargıtay'ın bir kararında muhammen bedelden yüksek bir bedelle yapılan ihalelerde zararın olmadığına yönelik bir kuralın mevzuatta yer almadığı belirtilmek suretiyle ilgili malın gerçek değerinin ihale bedelinden yüksek olması hâlinde zararın varlığı kabul edilmiştir⁸⁰.

Bölge adliye mahkemeleri kararlarında, Yargıtay'ın yerleşik içtihadı doğrultusunda ihalenin feshi taleplerine yönelik hukukî yarar şartı bakımından kural olarak aynı ölçüt üzerinden zarar unsurunun varlığı aranmıştır⁸¹. Bu doğrultuda, bölge adliye mahkemesi kararlarında, kamu düzenine aykırılık, ihaleye fesat karıştırılması ve itiraz edilen kıymet takdirine ilişkin hususlar zarar unsurunun istisnası olarak değerlendirilmiştir⁸².

nin feshi gerekir.", Y12.HD, 06.04.2021, E. 2021/2645, K. 2021/4070. Aynı yönde bkz. Y12.HD, 01.03.2022, E. 2022/1449, K. 2022/2572; Y12.HD, 25.04.2017, E. 2016/29221, K. 2017/6425; Y12.HD, 16.06.2015, E. 2015/13263, K. 2015/16757, www.lexpera.com.tr.

⁷⁸ "... Satış isteme sürelerinin geçmesine rağmen, icra müdürünün satış talebini kabul etmesi, İİK'nin emredici nitelikteki anılan maddelerine aykırı bir durum yaratır. Taşınmazın tahmini değerinden fazla bir bedelle satılmış olması, mutlaka ve tek başına zarar unsurunun gerçekleşmediği anlamına gelmez. Bir başka deyişle, böyle bir durumda, taşınmaz, tahmini bedelin üstünde dahi satılsa, borçlunun ihalenin feshini istemekte hukuki yararının bulunduğu kabulü gerekir.", Y12.HD, 22.02.2023, E. 2023/345, K. 2023/1076, www.lexpera.com.tr. Aynı yönde bkz. Y12.HD, 26.09.2022, E. 2022/10151, K. 2022/9319; Y12.HD, 18.10.2022, E. 2022/10711, K. 2022/10495; Y12.HD, 21.10.2021, E. 2021/9886, K. 2021/9351; Y12.HD, 02.05.2019, E. 2019/5496, K. 2019/7554, www.lexpera.com.tr.

⁷⁹ Örneğin, taşınmaz malın kıymetinin olması gerekenden daha düşük tespit edilmiş durumda, zarar unsuru gözetilmeksizin ihalenin feshi talebi incelenmektedir. Bkz. "... Satış bedelinin taşınmazın muhammen bedelinin üzerinde olduğu görülmekle birlikte borçlunun şikayet dilekçesinde belirttiği taşınmaz değerinin düşük tespit edildiği iddiaları değerlendirilerek mahkemece alınan raporda keşif tarihi itibarıyla taşınmazın değerinin 660.000,00 TL olarak belirlendiği anlaşılmaktadır. Buna göre şikayete konu taşınmaz muhammen bedelin üzerinde ihale edilmişse de; ihalenin feshi davasının zarar unsurunun gerçekleşmemesi nedeniyle usulden reddinin istisnalarından birini oluşturan kıymet takdir işlemlerinin usulsüzlüğü nedeniyle taşınmazların düşük bedelle ihalesinin yapıldığı ve takdir edilen değer düşük olduğu iddiasında da bulunduğu ve mahkemece yapılan yargılamada yeniden keşif ve bilirkişi incelemesi yapılarak bu iddianın esaslanarak değerlendirildiği nazara alınarak ihalenin feshi talebinin reddi ile birlikte ihale bedeli üzerinden para cezasına hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.", Y12.HD, 20.10.2021, E. 2021/9477, K. 2021/9278, www.lexpera.com.tr.

⁸⁰ "... Gerçek bedelle, satış bedeli arasında fark bulunması durumunda zararın varlığını kabul etmek gerekir. İhalenin muhammen bedelden daha yüksek bir bedelle yapılmış olması (gerçek bedelle satıldığı zararın söz konusu edilemeyeceği) hususunda bir karine olarak kabulü de olanaksızdır. Kanun koyucu bu hali bir karine olarak kabul etmiş olsaydı (ihalenin muhammen bedelden daha fazla bedelle yapılması halinde) zararın söz konusu edilemeyeceğini, ihalenin feshinin istenmeyeceğini hükme bağlardı.", Y12.HD, 19.03.1979, E. 1979/2298, K. 1979/2358, www.legalbank.net.

⁸¹ Sakarya BAM 8.HD, 03.11.2022, E. 2022/1239, K. 2022/1729; Sakarya BAM 8.HD, 20.10.2022, E. 2022/1127, K. 2022/1671; Sakarya BAM 8.HD, 20.10.2022, E. 2022/1128, K. 2022/1672; Bursa BAM 6.HD, 07.01.2020, E. 2020/1951, K. 2020/2185, www.lexpera.com.tr.

⁸² Mevzuatta öngörülen süreden sonra paraya çevirme talebinde bulunulması ve talebin kabul edilmesi durumunun zarar unsurunun bir istisnası olduğu yönünde bkz. İstanbul BAM 23.HD, 25.10.2022, E. 2022/3242, K. 2022/2329; Ankara BAM 18.HD, 13.10.2022, E. 2022/1469, K. 2022/1356; Antalya BAM 21.12.2021, E. 2021/2927, K. 2021/3004; İzmir BAM 8.HD, 10.12.2021, E. 2021/3000, K. 2021/3199, www.lexpera.com.tr. Kıymet takdirine ilişkin hususların zarar unsuru

Hukukî yarar açısından zararın varlığına ve kullanılan ölçüte ilişkin uygulama genel olarak bu yönde olmakla birlikte, alt ve üst derece mahkemeleri arasında içtihat farklılığı bulunduğu da belirtilmelidir. Bu hususa ilişkin olarak, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun incelemesine konu olan bir somut olaya dair mahkeme kararları örnek olarak verilebilir. Bu somut olayda, ilk derece mahkemesince ihale bedelinin muhammen değer in üzerinde olması hâlinde zarar unsurunun oluşmadığı yönündeki Yargıtay yerleşik içtihatlarının borçlunun talebi bakımından geçerli olduğu ve satış ilânının ipotek alacaklısına tebliğ edilmemesinin ihalenin feshi sebebi teşkil ettiği gerekçesiyle talep kabul edilmiştir. Anılan karara ilişkin istinaf başvurusunun esastan reddi ve temyiz incelemesi üzerine, Yargıtay 12'nci Hukuk Dairesi'nce taşınmazların muhammen değer in üzerinde ihale edildiği, bu durumda ileri sürülen hususların fesih sebebi olarak her hâlükârda incelenecek hususlardan olmadığı ve zarar unsurunun gerçekleşmediği gerekçesiyle bozma kararı verilmiştir. Direnme kararı üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca, satış ilânının ipotek alacaklısına tebliğ edilmemesi üzerine talep sahibinin artırmaya ıstırak edemediğini, pey sürmek suretiyle ihale bedelinin artmasını sağlayamadığını ve taşınmaz muhammen değer in üzerinde satılsa dâhi ipotek alacaklısının fesih talebinde bulunmasında hukukî yararının olduğu sonucuna varılmıştır⁸³.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun anılan kararının ardından, Yargıtay 12'nci Hukuk Dairesi hukukî yarar bakımından zararın varlığı için uyguladığı ölçüte ilişkin yerleşik içtihadını yakın zamanda değiştirmiştir. Buna göre malın gerçek değeri üzerinden ihale edilmesinin önemli olduğu, muhammen değer in üzerinde ihale edilmiş olsa dahi malın gerçek değerinden ihale edilmeme ve zararın doğma ihtimalinin bulunduğu, mevzuatta da muhammen değer in üzerindeki ihalelerin feshedilemeyeceğine ilişkin bir düzenlemenin olmadığı gerekçesiyle, muhammen değer in üzerinde ihale yapılmasına rağmen hukukî yarar yokluğundan reddedilmemesi gerektiği yönünde kararlar verilmeye başlanmıştır⁸⁴.

yönünden değerlendirilemeyeceğine yönelik bkz. İzmir BAM 8.HD, 06.04.2022, E. 2022/418, K. 2022/973. İhaleye fesat karıştırıldığı iddiasının da aynı şekilde değerlendirildiği karar için bkz. Samsun BAM 4.HD, 18.11.2021, E. 2021/2471, K. 2021/3188, www.lexpera.com.tr.

⁸³ "... 2004 sayılı Kanun'un 127 nci maddesi gereğince ipotek alacaklısı olan şikâyetçiye satış ilânının tebliğ edilmemesi ihaleye katılıp pey sürme olanağı ile ihaleye talebi ve talibi artırıcı yönde çalışmasını engellediğinden ihalenin feshi sebebi teşkil etmektedir. Her ne kadar taşınmazlar muhammen bedelin üzerinde bir bedelle satılmış ise de, somut olayın yukarıda izah edilen özellikleri ile hukukî yarara ilişkin hükmün taşınmazın gerçek değeri ile satılmasını sağlamaya yönelik olarak ihdas edildiği ve bu anlamda eldeki talep bakımından şikâyetçinin hukukî yararının bulunduğu dikkate alındığında ihalenin feshine karar verilmesi gerektiği kabul edilmiştir... Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında, Özel Daire bozma kararının yerleşik içtihatlarla uygun olduğu, taşınmazların muhammen bedelin üzerinde ihale edilmesi nedeniyle ipotek alacaklısı şikâyetçinin ihalenin feshini talep etmesinde hukukî yararının bulunmadığı, bu nedenle ihalenin feshi isteminin reddinin gerektiğine dair bozma kararının yerinde olduğu görüşü ileri sürülmüş ise de, bu görüş Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir. Hâl böyle olunca direnme kararının açıklanan nedenlerle onanması gerekmektedir.", YHGK, 12.07.2023, E. 2023/253, K. 2023/748, www.lexpera.com.tr.

⁸⁴ "... Covid 19 salgını sonrası dünyada ve ülkemizde meydana gelen ekonomik durgunluk, üretim süreçlerindeki yavaşlama sonunda fiyatlarda meydana gelen ani, orantısız yükselişle birlikte paranın alım gücündeki değişiklikler ile taşınır ve taşınmaz değerlerinde oluşan büyük artışlar,

Yargıtay'ın anılan kararından da anlaşıldığı üzere, ihalenin feshine ilişkin hukukî yarar şartı bakımından aranılan zarar unsuruna yönelik ölçüt değiştirilmiştir. Bu bağlamda, son içtihatlarla göre hukukî yarar için aranılan zarar unsuruna yönelik ölçüt, ihale bedelinin artırmaya konu olan malın muhammen değerden düşük veya yüksek olması değil fesih sebebi olarak ileri sürülen hukuka aykırılığın daha yüksek bedelle ihale edilmesine engel teşkil edip etmemesidir.

b. Öğretideki Görüşler

İhalenin feshine dair hukukî yarar şartı bakımından zararın aranıp aranmayacağı hususunda olduğu gibi uygulamada zararın varlığının belirlenmesi için kullanılan ölçütün isabetli olup olmadığına ilişkin olarak da öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bu bağlamda, hukukî yarar şartının dar veya geniş yorumlanması, fesih sebebi olarak ileri sürülen hukuka aykırılık iddiasının esastan incelenip incelenmeyeceğini belirlemesi yönüyle önemli olduğu için zararın varlığının tespiti amacıyla uygulamada kullanılan ölçüte ilişkin görüşlerin ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

Hukukî yarar bakımından zararın varlığının belirlenmesi için uygulamada kullanılan ölçütün yerinde olup olmadığı konusunda, öğretide bir görüşe göre malın veya hakkın muhammen değerinin üzerinde ihale edilmesi hâlinde, ihalenin feshi talebinde bulunulmasına ilişkin hukukî yararın olmadığı şeklindeki yargı kararlarında yer verilen değerlendirme kuralı olarak yerindedir⁸⁵. Ancak her talebin söz konusu gerekçe ile reddi isabetli değildir. Örneğin, muhammen bedelden daha yüksek bedelle yapılan bir ihalenin feshi bakımından, artırma ilânı kendisine tebliğ edilmeyen borçlunun artırma ilânı tebliğ edilseydi cebri artırmayı

7343 sayılı Kanun ile mahcuz ya da merhun malların cebri satışında başlıca yöntem olan açık artırmanın elektronik ortama taşınması ile beraber muhammen değer üzerinde sonuçlanan satışların artmış olması da dikkate alınarak, Dairemizce görüş değişikliğine gidilmek suretiyle, ihale edilen mal muhammen bedelin üstünde bir bedelle satılmış olmakla beraber yapılan usulsüzlük malın daha yüksek bedelle satılmasını önlemiş ise (yani ihalenin feshi sebebi olarak danyılan yolsuzluk yapılmamış olsa idi mal daha yüksek bedelle satılabilecek idi ise) malın daha yüksek bir bedelle satılamamış olmasından zarar görmüş olan ilgilinin ihalenin feshini istemekte hukuki yararı bulunduğu kabulü gerekeceği görüşü benimsenmiştir. Asıl olan malın gerçek değerinden ihale edilmesinin olup, malın salt muhammen değer üzerinde satılması her zaman zarar unsurunun oluşmayacağı ve malın gerçek değerini bulduğu anlamında yorumlanmaz. Bu cümleden olmak üzere, kanun koyucu aksini murat etmiş olsaydı, muhammen değer üzerindeki satışlarda ihalelerin feshedilemeyeceğini düzenlemiş olurdu.”, Y12.HD, 05.10.2023, E. 2023/3893, K. 2023/5697, www.lexpera.com.tr. Aynı yönde bkz. Y12.HD, 08.01.2024, E. 2023/9265, K. 2024/45; Y12.HD, 27.12.2023, E. 2023/9234, K. 2023/9341; Y12.HD, 04.12.2023, E. 2023/8239, K. 2023/8197; Y12.HD, 30.11.2023, E. 2023/6165, K. 2023/8109; Y12.HD, 30.10.2023, E. 2023/4738, K. 2023/6827; Y12.HD, 10.10.2023, E. 2023/1457, K. 2023/5854; Y12.HD, 17.10.2023, E. 2023/2787, K. 2023/6213, www.lexpera.com.tr.

⁸⁵ Arslan, *İhalenin Feshi*, 193; Pekcanitez ve Simil, *Şikâyet*, 366. İhalenin feshi yoluna kötü niyetli başvuruların yapılmasını engellemek amacıyla hukukî yarar bakımından bir ölçütün geliştirilmesinin makûl olduğu, bu uygulamanın ihalenin feshi incelemesine engel oluşturulmaması için zarar unsuruna ilişkin birtakım istisnaların kabul edilmesinin de isabetli olduğu yönünde bkz. Topal, *İhalenin Feshi*, 370.

önleme imkânı olacağını ispatlaması hâlinde hukukî yararının olduğu sonucuna varılmalıdır⁸⁶.

İhalelerin feshi talebine ilişkin hukukî yarar şartını zarar kavramıyla değerlendiren başka bir görüşe göre artırmaya konu olan bir malın muhammen değerinin üzerindeki bir bedelle satılması hâlinde, ihalelerin feshinin talep edilmesinde hukukî yarar yoktur⁸⁷. Buna karşılık, ihale bedeli muhammen değerden fazla olsa dahi ihalelerin feshi sebebi olarak ileri sürülen hukuka aykırılık artırmaya konu olan malın daha yüksek bedelle paraya çevrilmesini engellemişse, bu durumdan zarar görmüş olan kişinin ihalelerin feshi yoluna başvurmada hukukî yararı vardır⁸⁸.

Hukukî yararın bulunması için zararın varlığını aramayan görüşe göre ihalelerin feshi talebi bakımından aranılan hukukî yarar şartına yüklenen zarar anlamıyla her zaman doğru sonuca varmak mümkün değildir⁸⁹. Örneğin, ilgili malın takdir edilen değerinden fazlasına paraya çevrilmesi hâlinde dâhi artırma ilânının tebliğ edilmemesi sebebinin konu olduğu ihalelerin feshi talebi bakımından, ilgilinin artırmayı ve ihaleyi engelleme imkânını kullanamamasından dolayı hukukî yararı bulunmaktadır⁹⁰.

Yargıtay'ın içtihat değişikliğinin ardından ileri sürülen bir görüş ise Yargıtay'ın önceki kararlarında hukukî yarar ve zarar unsuru yönünden belirlendiği ölçütün daha isabetli olduğunu, son kararlarla birlikte ihalelerin feshi yoluna başvurulmasının kolaylaştırıldığını, aksine zorlaştırılması gerektiğini ve son yargı kararlarınının 7343 sayılı Kanun ile ihalelerin feshi yoluna yönelik yapılan değişikliklerin öngörülüş amacına hizmet etmediğini belirtmektedir⁹¹. Bunun yanında, ihale bedelinin enflasyon oranının altında nemalandırılmasından kaynaklı paranın değer kaybının içtihat değişikliğinde alıcı ve alacaklılar yönünden gözetilmediği ve son kararlardaki yaklaşımın menfaat ihlâlinin ispatını öngören düzenlemeyle (İİK m.134/XI) bağdaşmadığı ifade edilmektedir⁹².

⁸⁶ Arslan, *İhalelerin Feshi*, 194; Pekcanitez ve Simil, *Şikâyet*, 366.

⁸⁷ Kuru, *El Kitabı*, 714.

⁸⁸ Kuru, *El Kitabı*, 715.

⁸⁹ Hanağası, *Menfaat*, 103.

⁹⁰ Hanağası, *Menfaat*, 103-104. İhale bedeli ile ilgili malvarlığı unsurunun muhammen bedeli arasındaki farkın hukukî yararı olumlu veya olumsuz şekilde etkilemeyeceği, muhammen değerden yüksek bir ihalelerin yapılması hâlinde zararın doğmadığı ve ihalelerin feshi yoluna başvurulmadığına yönelik bir düzenleme olmadığı yönünde bkz. Öktemer, "İhalelerin Feshi", 407. Muhammen bedelin üzerinde yapılan ihalelerde, zarar unsuru bakımından uygulanan ölçütün birtakım fesih sebeplerinin incelenmemesi sonucunu doğurduğu ve alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesini bozduğu yönünde bkz. Ali Özgür Yeşiltepe, *İcra ve İflâs Hukukunda İhalelerin Feshi Sebepleri*, (İstanbul: İMÜSBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019), 76, 125.

⁹¹ Evrim Erişir, "Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin İhalelerin Feshinin Kabule Şayanlık Koşulu Olan Hukukî Yararı Genişleten 7.11.2023 Tarihli Yeni İçtihadına Eleştirel Bir Bakış", *Turkish Law Blog*, Erişim Tarihi: Şubat 29, 2024, <https://turkishlawblog.com/hub/detail/yargitay-12-hukuk-dairesinin-ihalelerin-feshinin-kabule-sayanlik-kosulu-olan-hukuki-yarari-genisleten-7112023-tarihli-yeni-ictihadina-elestirel-bir-bakis>.

⁹² Erişir, "İhalelerin Feshi", <https://turkishlawblog.com/hub/detail/yargitay-12-hukuk-dairesinin-ihalelerin-feshinin-kabule-sayanlik-kosulu-olan-hukuki-yarari-genisleten-7112023-tarihli-yeni-ictihadina-elestirel-bir-bakis>.

c. Değerlendirme

İhalenin feshi talebine ilişkin hukukî yarar şartı, yargı kararlarında zarar unsuru ile birlikte değerlendirildiğinden, bu unsurun belirlenmesi amacıyla bir ölçüt geliştirilmiştir. İlgili malvarlığı unsurunun muhammen değeri ile ihale bedelinin karşılaştırıldığı ve birtakım istisnaların da kabul edildiği bu ölçüt yakın zamanda değiştirilmiş, önceki içtihatlarla uygun alt derece mahkemesi kararlarına ilişkin bozma kararları verilmeye başlanmıştır.

Zararın varlığının belirlenmesi bakımından kullanılan ölçütün yerinde olup olmadığını değerlendirmeden önce, Yargıtay'ın hukukî yarara ilişkin yerleşik içtihadını değiştirme usulünü ele almak gerekir. Takip hukukunda⁹³, İcra ve İflâs Kanunu'nun uygulama alanına bağlı olarak içtihat birikimi oluşmuş ve bu alandaki içtihatların bir kısmı yerleşik hâle gelmiştir. Hukukun diğer alanlarında olduğu gibi takip hukukuna ilişkin yerleşik içtihatların da değişmesi pekâlâ mümkündür ve hatta haklı gerekçelerin varlığı hâlinde hukukun değişimi ve gelişiminin sonucu olarak yerleşik içtihatlardan dönülmesi gereklidir⁹⁴. Yargıtay dairesinin yerleşik içtihadından dönme usulü, Yargıtay Kanunu'nun 15'inci maddesinin birinci fıkrasında açıkça düzenlenmiştir (Yarg.K. m.15/I, 2, c). Anılan hükümde, Yargıtay hukuk dairesinin yerleşik içtihadından dönmek istemesi hâlinde, bu talebin içtihatların birleştirilmesi yoluyla Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca kesin olarak karara bağlanacağı öngörülmüştür. Bu doğrultuda, Yargıtay 12'nci Hukuk Dairesi'nin hukukî yarar bakımından aradığı zarar unsurunun belirlenmesine yönelik ölçüte ilişkin yerleşik içtihadından döndüğünü karar metninde dile getirmesi, uzun süre uygulanarak yerleşik hâle gelen içtihatlardan ancak içtihadı birleştirme yolu ve üst kurulun kararı ile dönülebileceğini öngören söz konusu düzenlemeye aykırılık teşkil etmektedir⁹⁵. Bunun yanında, içtihatların birleştirilmesi

⁹³ İcra ve iflâs hukuku, cebrî icra hukuku ve takip hukuku kavramları birbirine yerine kullanılmakla birlikte, İcra ve İflâs Kanunu'ndaki düzenlemelerden ve bu alandaki faaliyetlerden hareketle, geniş anlamda kullanılmak üzere takip hukuku kavramının daha isabetli olduğu yönünde bkz. Muhammet Özekes, "Yüzyıllık Akışta Yargılama ve Takip Hukukumuzla İlişkin Kanunların Ruhu Üzerine", (Editör: Hakan Pekcanitez ve Muhammet Özekes), *Cumhuriyetin 100. Yılında Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukumuzun Gelişim ve Değişim Süreci*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023), 170-171.

⁹⁴ Hakan Pekcanitez, "Yargıtay Yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Değerlendirilmesi", *TBB*, S. 144 (2019), 386; Muhammet Özekes, "İstinaf Sistemi ile Birlikte Hukuk Yargılamaında İçtihat Aykırılıklarının Giderilmesi", *Türkiye'de İstinaf Mahkemelerinin Kurulmasından Sonra Yargıtay'ın Rolü Konferansı*, (Ankara: Adalet Bakanlığı Yayınları, 2007), 146. Takip hukukundaki içtihatların değişimi ve bu alandaki içtihadı birleştirme kararlarına ilişkin tespitler yönünden ayrıntılı bilgi için bkz. İdil Tuncer Kazancı, "Cumhuriyet Döneminde Takip Hukuku ile İlgili İçtihatların Değişimi", (Editör: Hakan Pekcanitez ve Muhammet Özekes), *Cumhuriyetin 100. Yılında Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukumuzun Gelişim ve Değişim Süreci*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023), 1031 vd.

⁹⁵ Yargıtay dairelerinin kimi zaman yerleşik içtihatlarından dönmesi için gerekli olan içtihadı birleştirme yoluna başvurmadıkları ve bu yolu tüketmeksizin içtihatlarını değiştirdiği yönünde bkz. Necip Bilge, "Yargısal İçtihatların Bağlayıcı Gücü ve İçtihat Birleştirme Kararları", *Dr. A. Recaî Seçkin'e Armağan*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1974), 254-255; Nurbanu Erzurumlu Işık, *Medenî Usûl Hukukunda Yorum - Hukuk Yaratma ve İçtihadı Birleştirme*

yoluna başvurulmaksızın bu şekilde yerleşik içtihattan dönülmesi, sürpriz karar verme yasağı ve adil yargılanma hakkı yönünden tereddüt uyandırmaktadır⁹⁶.

Cebrî icrada mevzuatın öngördüğü sınırları aşmamak şartıyla borçlunun malvarlığına müdahale edilmektedir⁹⁷. Ancak hukuk devleti ilkesinin gereği olarak, cebrî icra işlemleri yargı denetimine tâbi kılınmıştır⁹⁸. Bu doğrultuda, ihalenin usûlüne uygun yapıp yapılmadığına ilişkin denetim de ihalenin feshi kurumu ile gerçekleştirilmektedir. İhalenin feshi sebebi olarak ileri sürülen bir usûlsüzlüğe ilişkin olarak hukukî korumanın sağlanması için mevzuatta ihalenin feshi yolunun düzenlenmesi yeterli olmayıp, aynı zamanda bu düzenlemelerin etkin şekilde de uygulanması gerekir. Bu yönüyle, yargı kararları sadece uygulama birliğinin sağlanmasına ve uygulamaya yön verilmesine değil aynı zamanda etkin hukukî korumanın sağlanmasına da hizmet etmektedir⁹⁹. Dolayısıyla ihalenin feshine ilişkin hukukî yararın yargı kararlarında nasıl değerlendirildiği önem arz etmektedir.

İhalenin feshi talebi bakımından hukukî yarar şartının Yargıtay'ın önceki içtihatlarında kullanılan ölçüt üzerinden ele alınması, hukukî yararın içtihat değişikliğine kadar dar yorumlandığını göstermektedir. Bu yaklaşımın temelinde, ihalenin feshedilmesinde yararı olmayan kişilerce başvuru yapılmasının, ihalelerin kolaylıkla feshedilmesinin ve paraya çevirme işlemi ile ihaleye duyulan kamu

Kararları, (On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023), 275. Emsal nitelikte olan mahkeme kararlarının bağlayıcılığına ve bu kararlardaki değişikliklerin hukukî güvenlik ilkesi ve bireylerdeki meşru beklenti yönünden değerlendirilmesine ilişkin olarak bkz. Ersin Erdoğan ve Nurbanu Erzurumlu Işık, "Emsal Mahkeme Kararlarının Bağlayıcılığı", *Prof. Dr. Selçuk Özteke'ye Armağan*, C. II, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022), 1166, 1170-1171. İchtihat değişikliklerinin Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararları kapsamında ve hukukî güvenlik ilkesi yönünden değerlendirilmesine ilişkin olarak bkz. Süleyman Burak Gündoğdu, *Medenî Yargıda Usûl Kurallarına Aykırılığın Anayasa Mahkemesi'nce Bireysel Başvuru Yoluyla Denetlenmesi*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 350 vd. Yargıtay 12'nci Hukuk Dairesi'nin içtihadı birleştirme yoluna başvurmaksızın yerleşik içtihadını değiştirdiği başka kararlar için bkz. Y12.HD, 17.01.2024, E. 2023/3308, K. 2024/477; Y12.HD, 16.03.2015, E. 2014/31896, K. 2015/5993; Y12.HD, 15.11.2011, E. 2011/20524, K. 2011/22102; Y12.HD, 07.06.2011, E. 2011/12987, K. 2011/11944, www.lexpera.com.tr.

⁹⁶ Yerleşik içtihadın değiştirilmesinin sürpriz karar verme yasağı yönünden değerlendirilmesine yönelik bkz. Hakan Pekantez, "Hukukî Dinlenme Hakkı", *Prof. Dr. Seyfullah Edis Armağanı*, (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2000), 787-788; Muhammet Özkes, *Medenî Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenme Hakkı*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2003), 186-187; Erzurumlu Işık, *İchtihadı Birleştirme*, 275-276.

⁹⁷ Cebrî icranın alacağın karşılanması amacı kapsamında devletin müdahale hakkına ilişkin bkz. Hans Friedhelm Gaul, *Hukukun Esasları ve Hukuk Dogmatığı Bakımından Hakkın İcra Yoluyla Elde Edilmesi*, (Çev. Nevhis Deren Yıldırım), *İcra Hukuku Analizleri*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016), 43.

⁹⁸ Özkes, *İlkeler*, 127.

⁹⁹ Takip hukukunda hukuk devleti ilkesinin ve hukukî korunma hakkının önemine ve gerekliliklerine dair ayrıntılı bilgi için bkz. Muhammet Özkes, *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2009), 127. Yargı kararlarının takip hukukundaki rolü yönünden bkz. Bilge Umar, *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi*, (İzmir: Ege Üniversitesi İktisadi ve Ticari Bilimler Fakültesi Yayınları, 1973), 48 vd. Etkin hukukî korumanın sağlanması bakımından hâkimlere de görev düştüğü, usûl hukuku kurallarının hak ihlâli talebinin incelenmesine engel teşkil edecek şekilde uygulanmaması gerektiği yönünde bkz. Mine Akkan, "Medenî Usûl Hukukunda Etkin Hukukî Koruma", *Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, S. 1 (2007), 58.

güveninin azalmasının engellenmesi ve ihalenin kısa sürede kesinleştirilmesinin sağlanması düşüncesi yer almaktadır. Ancak muhammen değer üzerindeki ihalelerin feshedilmeyeceğini öngören veya bu nitelikte olan ihalelere ilişkin talepte bulunulmasına ilişkin hukukî yararın olmadığını belirten bir düzenlemenin mevzuatta yer almaması sebebiyle, söz konusu uygulamanın kanunî bir dayanağının olmadığı kanaatine varılmaktadır.

Hukukî yarar şartının muhammen değer ile ihale bedelinin karşılaştırılarak değerlendirilmesi, belirli fesih sebepleri dışında kalanların incelenmemesi sonucunu doğurmaktadır. Bu durum, ihalenin feshini talep edebileceği kabul edilen kişilerin mahkemeye erişim hakkı ve hak arama özgürlüğü yönünden tereddüt uyandırmaktadır. İhalenin feshini isteyebilecek kişilerin mevzuatta tahdidî olarak sayılmasının yanında, talebin esastan incelenebilmesinin bir şartı olarak aranılan hukukî yararın bu şekilde dar yorumlanması ihalenin feshi kurumunun amacıyla da bağdaşmamaktadır. Zira ihalenin feshi kurumu, icra takibinin tarafları ile ilgililerin menfaatlerinin korunmasına hizmet etmek üzere düzenlenmiştir¹⁰⁰. Aynı şekilde, cebri icra organlarıyla paraya çevirme işlemi gerçekleştirildiğinden, ihalenin mevzuata uygun yapıldığı konusunda kamu güveninin de korunması gerekir¹⁰¹. Nitekim ihaleye ilişkin bir usûlsüzlük iddiasının açıklığa kavuşturulmasında kamu yararı da vardır¹⁰².

Yargıtay'ın içtihat değişikliğiyle birlikte verdiği son kararları, cebri artırmaya konu olan malvarlığı unsuru muhammen değerden daha yüksek bedelle satılmış olsa dâhi önceki içtihatlarda kabul edilen istisnalar dışındaki bir hukuka aykırılıktan dolayı da ihalenin feshedilmesinde hukukî yarar olabileceği anlayışıyla bağdaşmaktadır. Yargıtay'ın yerleşik içtihadından dönmesinin gerekçelerinden biri olan paranın alım gücündeki değişiklikler ve bir malvarlığı unsurunun değerindeki hızlı artış da önceki yargı kararlarında kullanılan ölçütün isabetli olmadığını desteklemektedir. Nitekim mevzuatta karşılama prensibi gereğince artırmaya konu olan malın veya hakkın muhammen değerinin yüzde ellisi oranında asgarî satış oranının belirlenmesi kuralı (İİK m.115/I, m.129) bulunmasına karşın, kıymet takdirinden sonra artırmaya yapıldığı tarihe kadar malvarlığı unsurunun değerindeki hızlı artış ve ülkemizdeki enflasyon, bu oranın altında paraya çevirme işleminin yapılması sonucunu doğurmaktadır¹⁰³. Bu durum, paraya çevirme işleminin ilgili malvarlığı unsurunun gerçek veya piyasa değeri üzerinden yapılamadığını göstermektedir. Bu doğrultuda, Yargıtay'ın son kararlarında da ifade edildiği üzere, önemli olan artırmaya konu olan malın veya hakkın muhammen değerinden yüksek bir bedelle değil mümkün olduğunca gerçek değeri üzerinden paraya çevrilmesidir. Dolayısıyla ilgili malvarlığı unsurunun gerçek değeri üze-

¹⁰⁰ Pınar Çiftçi, *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2010), 314.

¹⁰¹ Arslan, *İhalenin Feshi*, 192-193.

¹⁰² Arslan, *İhalenin Feshi*, 192.

¹⁰³ Meriç, *Karşılama Prensibi*, 46.

rinden ihale edilmesinin vurgulanması, önceki uygulamada hukukî yarar yokluğu sebebiyle incelenmeyen belirli usûlsüzlük iddialarının incelenmesine imkân tanınması yönüyle içtihat değişikliği isabetlidir.

Yargıtay'ın içtihat değişikliğiyle birlikte muhammen değerden yüksek bedelle yapılan ihalelerin de feshedilmesinde hukukî yararın olabileceğini gösteren yaklaşımın temelinde, ilgili malvarlığı unsurunun mümkün olduğunca gerçek veya piyasa değeri üzerinden para çevrilmek suretiyle borçlunun daha fazla borcundan kurtulması ve o oranda alacağın karşılanması düşüncesi bulunmaktadır. Ancak hukukî yarar şartının nasıl değerlendirildiği, ihale alıcısının menfaatlerini de ilgilendirmektedir. Bu bağlamda, ihalenin feshedilmesi veya ayakta tutulması yönünde doğacak sonuçlar bakımından çatışan menfaatlerin bulunduğu ve içtihat değişikliğinin gerekçelerinden biri olan paranın alım gücündeki değişikliklerin ihale alıcısı bakımından da geçerli olduğu gözetilmelidir. Dolayısıyla mülkiyet hakkını ihaleyle birlikte kazanan ancak ihale kesinleşmediği için malı teslim almayan ya da adına tescil yapılamayan alıcının ödediği ihale bedelinin, paranın değer kaybı dikkate alınarak nemalandırılması gerekir (İİK m.134/VIII)¹⁰⁴.

Yargıtay'ın son uygulaması, ihalenin feshi yoluna ihalenin kesinleşmesini engellemek amacıyla yapılan başvurular ve ülkemizdeki icra takibinin sayısı¹⁰⁵ dikkate alındığında, hukukî yararı önceki uygulamaya nazaran geniş yorumlayan bir yaklaşım, ihalenin feshi talepli başvuruların artmasına yol açabileceği düşüncesiyle eleştirilere konu olabilir. Ancak Yargıtay'ın bu yaklaşımı, her türlü hukuka aykırılık iddiasını değil sadece ilgili malvarlığı unsurunun ihale bedelinden daha yüksek bedelle satılmasını engellediği ileri sürülen usûlsüzlük iddialarını kapsamaktadır. Bununla birlikte, muhammen değer üzerinde yapılan ihalelerde önceki uygulamanın aksine hukukî yararın olduğunun kabul edilmesi üzerine esastan inceleme yapılacağından, esastan ret kararı verilmesi ihale bedelinin yüzde onuna kadar para cezasına da hükmedilmesini gerektirmektedir (İİK m.134/V, b.3).

İhalelerin feshi bakımından para cezasının öngörülmesi ve hatta 7343 sayılı Kanun ile para cezasının kapsamının genişletilmesi ile ihalelerin feshi yolunun

¹⁰⁴ İcra dairesinin uhdesinde kalan paraların değerinin korunması amacına hizmet etmek üzere, nemalandırmanın nasıl yapılacağına dair genel bir düzenlemenin öngörülmesine ihtiyaç olduğu, nemalandırmadan sadece faizlendirmenin anlaşılmasında gerektiği ve nemalandırmadan kaynaklı sorunun mülkiyet hakkını da ilgilendirdiği yönünde bkz. Muhammet Özkes, "İcra Takiplerinde Nemalandırma ve Mülkiyet Hakkı İhlâli Sorunu", *İzmir Barosu Dergisi*, S. 2 (2023), 215, 218. Ayrıca bkz. Erişir, "İhalelerin Feshi", <https://turkishlawblog.com/hub/detail/yargitay-12-hukuk-dairesinin-ihalenin-feshinin-kabule-sayanlik-kosulu-olan-hukuki-yarari-genisleten-7112023-tarihli-yeni-ictihadina-elistirel-bir-bakis>.

¹⁰⁵ Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve Genel Müdürlüğü'nce yayımlanan adalet istatistiklerinden, 2023 yılındaki ilâmsız takibe ilişkin toplam dosya sayısının 32.881.019 (geçen yıldan devreden dosya sayısı: 20.937.451, yıl içinde açılan dosya sayısı: 11.943.568) olduğu, bu dosyalardan 18.917.134 kadarının 2024 yılına devrettiği anlaşılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erişim Tarihi: 20 Mart, 2024, <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/adalet-istatistikleri-yayin-arsivi>.

kötü niyetli kullanılmasının önlenmesi amaçlanmakla birlikte, ihalenin feshi yoluna başvuruların artmaması için başka önlemlerin alınması gerekmektedir. Nitekim ihale sürecinin kısa sürede tamamlanması ve kötü niyetli başvuruların engellenmesi amacıyla yapılan birtakım değişikliklerden sonra, 7343 sayılı Kanun ile özellikle hak arama özgürlüğüne ilişkin tereddüt uyandıracak şekilde değişiklikler¹⁰⁶ öngörülmesi, ne ölçüde amaca hizmet ettiği yönüyle eleştiriye açıktır¹⁰⁷.

Yargıtay'ın içtihat değişikliğinde vurgulandığı üzere, malın gerçek değerinden ihale edilmesinin önemi ve paranın alım gücündeki değişiklikler, karşılama prensibi kapsamında öngörülen asgarî satış bedeline ilişkin oranın yerindediğini gündeme getirmektedir. Zira ilgili malın veya hakkın muhammen değerinin yüzde elli oranını karşılayan teklif aransa da söz konusu oran günümüz ve ülkemiz şartlarında düşük kalmaktadır¹⁰⁸. Borçlunun mevzuatta öngörülen sınırlar kapsamında malvarlığına müdahale edilmesine ve cebri icraya katlanma yükümlülüğü olsa da malvarlığının olması gerekenden daha fazla değersizleştirilmemesi gerekir¹⁰⁹. Kıymet takdirinin ilgili malvarlığı unsurunun gerçek değerinden farklı ya da daha düşük belirlenmesi ihtimali ve bunun açık artırma yolunda asgarî satış bedeline olan etkisi¹¹⁰ de gözetildiğinde, söz konusu oran borçlunun mülkiyet hakkı ve ölçülülük ilkesi¹¹¹ bakımından tereddüt uyandırmaktadır¹¹². Bununla birlikte, 7343 sayılı Kanun ile hukuk sistemimize dâhil edilen borçluya satış yetkisi verilmesine dair usûlde karşılama prensibi kapsamında yüzde doksan oranının

¹⁰⁶ 7343 sayılı Kanun ile ihalenin feshini talep edebileceği kabul edilen kişilerden olan pey sürmek suretiyle ihale katılanlara ilişkin olarak öngörülen, nispi harcın ödenmesine, harcın yarısının peşin yatırılmasına, talebin kabulü halinde harcın istem üzerine iade edileceğine, talebin reddedilmesi durumunda ise harcın iade edilmeyeceğine ve geri kalanının da tahsil edileceğine, taleple birlikte ihale bedelinin yüzde beşi oranında teminat gösterilmesine ve para cezasına ilişkin düzenlemelerin (İİK m.134/III, IV, V), hak arama özgürlüğü ile bağdaşmadığı yönünde bkz. Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra*, 247-248; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 331; Aslan, "İhalenin Feshi", 9; Göksu, "7343 Sayılı Kanun", 144-145.

¹⁰⁷ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra*, 247-248.

¹⁰⁸ Meriç, *Karşılama Prensibi*, 17.

¹⁰⁹ Özekes, *İlkeler*, 185; Çiftçi, *Menfaat Dengesi*, 323.

¹¹⁰ Kıymet takdirinin işlevi yönünden ayrıntılı bilgi için bkz. Nilüfer Boran Güneysu, *İcra Hukukunda Taşınmazların Kıymet Takdiri*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 61 vd.

¹¹¹ İcra hukukunda ölçülülük ilkesi bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. M. Kâmil Yıldırım, "İcra Hukukunun Anayasa ile İlişkisi ve Ölçülülük İlkesi", *MÜHF-HAD IV*, S. 1-3 (1989), 103; Meral Sungurtekin Özkan, "İcra Hukukunda Oranlılık İlkesi", *Prof. Dr. Turhan Tuğan Yüce'ye Armağan*, (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2001), 177; Özekes, *İlkeler*, 207 vd.; Çiftçi, *Menfaat Dengesi*, 126; Volkan Özçelik, *İcra Müdürlüğünün Takdir Yetkisi*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2014), 214; Mesut Köksu, *İcra Hukukunda Hukukî Güvenlik İlkesi*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 49-50. Cebri artırma yönünden ölçülülük ilkesine ilişkin olarak bkz. Eberhard Wieser, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Zwangsvollstreckung", *ZZP*, S. 98 (1985), 65-69.

¹¹² Özekes, *İlkeler*, 185. Asgarî satış bedelinin belirlenmesine yönelik oranın yükseltilmesinin ve iki artırma arasındaki farkın azaltılmasının isabetli olduğu, bunun malın gerçek değerine yakın şekilde paraya çevrilmesine hizmet ettiği yönünde bkz. Mustafa Serdar Özbek, "İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağıyla Getirilme İstenen Değişikliklerin Değerlendirilmesi", *AÜHF* 57, S. 3 (2008), 507.

öngörülmesi (İİK m.111/a)¹¹³ de açık artırma yoluyla paraya çevirme usûlündeki asgarî satış bedelinin belirlenmesi için düzenlenen oranın güncellenmesi gerektiğini göstermektedir¹¹⁴.

İhalelin feshi kurumunun uygulamada süregelen bir sorun hâline gelmesi, cebri artırmanın asıl paraya çevirme usûlü olarak uygulanmasıyla da bağlantılıdır. İcra ve İflâs Kanunu'nda öngörülen diğer paraya çevirme usûllerinin uygulanabilir kılınmasına ve açık artırma yolunun tek yol olmadığına yönelik uygulamada farkındalığın oluşturulmasına ihtiyaç vardır. Bu doğrultuda, pazarlık yoluyla paraya çevirme işleminin şikâyet yoluna konu edilmek suretiyle iptal edilebileceği yönündeki kabulden¹¹⁵ hareketle, istisnâî durumlar özelinde öngörülmesi sebebiyle ilgi görmediği belirtilen ve sınırlı olarak uygulanan pazarlık yoluyla paraya çevirme usûlü (İİK m.119) işlevsel hâle getirilmelidir¹¹⁶. Aynı şekilde, diğer mal-

¹¹³ Borçluya satış yetkisinin verilmesine ilişkin paraya çevirme usûlü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan Pekcanitez, "Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi (İİK md.111/a)", *GSÜHFD*, S. 1 (2022), 824 vd.; Kale, "Online Satış", Erişim Tarihi: Şubat 15, 2024, <https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/>. Burçin Yazıcı, "İcra ve İflâs Kanunu m.111/a Uyarınca Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi", *AkdHFD* 12, S. 2 (2022), 1122 vd. Borçluya satış yetkisi verilmesini öngören hükmün (İİK m.111/a), Fransız hukukunda kabul edilen alacaklinin ve borçlunun anlaşması üzerine borçlunun mallarının paraya çevrilmesini öngören kurumla karşılaştırılmasına yönelik bkz. Nur Bolayır, "Fransız Hukukunda Vente Amiable (Dostane Satış) Kurumu", *AÜHFD* 72, S. 1 (2023), 87 vd. Ayrıca bkz. Namli, *Haciz ve Paraya Çevirme*, 575 vd. Borçluya satış yetkisi verilmesi usûlündeki karşılama prensibine ilişkin değerlendirmeler için bkz. Meriç, *Karşılama Prensibi*, 128-129, 135 vd.; Yazıcı, "Satış Yetkisi", 1138, 1144.

¹¹⁴ İcra ve İflâs Kanunu'nda karşılama prensibi bakımından değişiklik yapılmadan önce öngörülen, ilgili malvarlığı unsurunun muhammen değerinin yüzde yetmiş beşi şeklinde aranılan oranın taraf menfaatlerine daha uygun olduğu belirtilmektedir. Bkz. Meriç, *Karşılama Prensibi*, 17.

¹¹⁵ Pazarlık yoluyla paraya çevirme işleminin kamu gücüne dayanılarak yapılan bir takip hukuku tasarrufu olmasından hareketle şikâyet yoluna konu edilerek iptal edilebileceği yönünde bkz. Arslan, *İhalelin Feshi*, 65-66; Kuru, *El Kitabı*, 630; Yılmaz, *Şerh*, 649; Pekcanitez ve Simil, *Şikâyet*, 69; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra*, 230; Meriç, *Karşılama Prensibi*, 160-161; Aşık, Oruç, Tok ve Saraç, *İcra*, 258. Aynı yönde ayrıntılı bilgi için bkz. Franco Lorandi, *Der Freihandverkauf im Schweizerischen Schuldbetreibungs und Konkursrecht*, (Bern: Paul Haupt Verlag, 1994), 198 vd.; Seda Öz mumcu, *Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005), 175 vd. Pazarlık yoluyla paraya çevirme işleminin bir cebri icra satışı olarak kabul edildiği ve ihalelin feshi yoluna başvurulabileceği yönünde bkz. Pekcanitez, "Satış Yetkisi", 823. Pazarlık yoluyla paraya çevirme işleminin Türk Borçlar Kanunu'nun satış sözleşmesi hükümlerince iptal edilebileceği yönünde bkz. Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *İcra*, 234. Yargı kararlarında ise pazarlık yoluyla paraya çevirme işlemi iradî bir satış sözleşmesi olarak nitelendirilmekte ve bu işlemin iptalinin Türk Borçlar Kanunu hükümleri kapsamında genel mahkemelerden talep edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Y12.HD, 02.03.2017, E. 2016/22114, K. 2017/3140. Aynı yönde bkz. Y12.HD, 10.12.2015, E. 2015/27095, K. 2015/31089; Y12.HD, 23.11.2015, E. 2015/16139, K. 2015/28894, www.lexpera.com.tr. Mehaz İsviçre hukukunda ise 1994 tarihli revizyonla İsviçre Borç İçin Takip ve İflâs Hakkında Federal Kanun'a eklenen Art.132a hükmünde, ihalelin yanında pazarlık yoluyla paraya çevirme işlemi de ayrıca belirtilmiş ve şikâyet yoluna başvurulmak suretiyle ihaleye veya pazarlık yoluyla paraya çevirme işlemine itiraz edilebileceği öngörülmüştür (SchKG Art.132a/I). Ayrıntılı bilgi için bkz. Adrian Staehelin, "Freihandverkauf: Rechtsnatur und Anfechtung", *Schweizerisches und internationales Zwangsvollstreckungsrecht Festschrift für Karl Spühler*, (Zürich: Schulthess Verlag, 2005), 399; Amonn ve Walther, *Schuldbetreibungsrecht*, § 27 Rn. 24; Hunkeler ve Amberg, *KUKO SchKG*, Art.132a Rn. 1-2; Staehelin, Bauer, Lorandi ve Roth, *BSK SchKG*, Art.132a Rn. 2.

¹¹⁶ Pazarlık yoluyla paraya çevirme usûlünün mevzuatta ayrıntılı düzenlenmemesine ve sınırlı olarak uygulanmasına ilişkin değerlendirmeler için bkz. Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Öze-

varlığı unsurlarının paraya çevrilmesi bakımından, tarafların menfaatlerini dikkate alarak pazarlık yoluyla paraya çevirme usûlüne ya da hukuk düzeninin kabul ettiği başka bir paraya çevirme usûlüne karar verebilmesine ilişkin icra mahkemesinin takdiri yetkisi olduğuna (İİK m.121) dikkat çekilmelidir¹¹⁷. Özellikle tescil edilmeyen gayri maddî malların paraya çevrilmesi bakımından gizliliğin sağlanması amacıyla açık artırma yolu dışındaki usûller değerlendirilmelidir¹¹⁸.

D. İHALENİN FESHİNE DAİR HUKUKÎ YARAR ŞARTININ KAMU DÜZENİNE AYKIRILIK YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

İhalenin feshi talebinde bulunma yetkisine sahip olan kişinin ileri sürdüğü fesih sebebi kapsamında hukukî yararının bulunduğunu ispat etmesi gerekir (İİK m.134/XI). Ancak fesih sebebinin kamu düzenine aykırılık teşkil eden bir duruma ilişkin olması hâlinde, bu durumun ihalenin feshini talep eden kişinin kişisel hukukî yararı olduğunu ispatlaması gerektiğini öngören düzenleme yönünden ayrıca ele alınmasında fayda vardır.

İhalenin feshi, bu yola başvurulmasında korunmaya değer hukukî yararı olan kişiler tarafından istenebilirse de öğretide, kamu düzenine aykırılık teşkil eden fesih sebepleri bakımından hukukî yarar ispat edilemese dâhi kamu yararı gözetilerek değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmektedir¹¹⁹. Bu hususun, özellikle süresiz şikâyete konu olabilecek bir usûlsüzlüğün fesih sebebi olarak ileri sürülmesi hâlinde dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir¹²⁰.

Kamu düzenine aykırılık teşkil eden durumlarda, ihalenin feshini talep eden kişinin hukukî yararının yanında kamu yararı da olduğu için kamu düzenine aykırı bir işleme dayanan ihalenin varlığının korunmaması gerekir¹²¹. Bu nedenle, mevzuatta açıkça öngörülmemiş olmakla birlikte, kamu düzenine aykırılık teşkil eden fesih sebepleri, kişisel hukukî yararın ispatlanmasını öngören düzenlemenin istisnası olarak değerlendirilmelidir. Dolayısıyla somut olayda fesih sebebi kamu düzenine aykırı olan bir işleme ilişkinse, ihalenin feshini talep eden kişisel hukukî

kes, *İcra*, 230; Erturgut, *Paraya Çevirme*, 180; Özümücü, *Pazarlık*, 27. Pazarlık yoluyla paraya çevirme usûlünün düzenlendiği hükmün (İİK m.119) istisna hükmü olduğu yönünde bkz. Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra*, 397.

¹¹⁷ İcra ve İflâs Kanunu'nun 121'inci maddesi kapsamında paraya çevirme işlemi yönünden ayrıntılı bilgi için bkz. Erturgut, *Paraya Çevirme*, 193 vd.; Özümücü, *Pazarlık*, 290 vd.; Cansu Korkmaz, *Sınai Mülkiyet Haklarının Haczi ve Paraya Çevrilmesi*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 216 vd.

¹¹⁸ Urs Müller, *Die Zwangsvollstreckung in Immaterialgüter*, (Zürich: Juris Druck & Verlag, 1978), 62, 117; Lorandi, *Freihandverkauf*, 284; Korkmaz, *Haciz ve Paraya Çevirme*, 244.

¹¹⁹ Arslan, *İhalenin Feshi*, 194; Pekcanitez ve Simil, *Şikâyet*, 233. Kamu düzenini ilgilendiren kurallar, toplumun genel yapısı ile genel menfaatlerini koruyan kurallar olarak ifade edilmektedir. Bkz. Hüseyin Hatemi, *Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976), 42-43.

¹²⁰ Arslan, *İhalenin Feshi*, 194.

¹²¹ Arslan, *İhalenin Feshi*, 194; Pekcanitez ve Simil, *Şikâyet*, 233, 365, dn. 1107. Ayrıca bkz. Topal, *İhalenin Feshi*, 365; Aydemir ve Şaylan, *İhalenin Feshi*, 28.

yararını ispat edemese dahi talep esastan incelenenilmelidir. Yargı kararlarında da ihalenin kamu düzenine aykırı bir işleme dayanması hâlinde, bu nitelikte olan bir ihalenin feshedilmesinde kamu yararı olduğuna yer verilmektedir¹²².

Takip hukuku alanında kamu düzenine aykırılık, takibin tarafları ile üçüncü kişiler lehine kamu yararı gözetilerek konulmuş emredici hükümlerin açıkça ve ağır biçimde ihlâli olarak ifade edilmektedir¹²³. Bu nitelikte olan ihalenin feshi sebeplerinin icra mahkemesince re'sen gözetilmesi gerekmektedir¹²⁴. Örneğin, yargı kararlarında ihale bedelinin karşılama prensibi kapsamında öngörülen asgarî bedelin altında olması¹²⁵, süresinden sonra bulunulan paraya çevirme talebinin

¹²² "... İhalenin, kanunun emredici hükümlerine ve kamu düzenine aykırı olarak yapıldığı durumlarda, şikâyetçinin, ihalenin feshini istemekte kişisel yararı olduğunu ispat edemese dahi, ihalenin feshine karar verilmesi gerekir. Bu hallerde ihalenin feshinde kamunun da yararı bulunmaktadır. İİK'nun 134/2. maddesi, Borçlar Kanunu'nun 226. (TBK 281) maddesinde düzenlenen hukuka ve ahlaka aykırı yollara başvuru olarak ihalenin yapılması halinde, her ilgilinin ihalenin feshini isteyebileceğini düzenlemektedir. İhaleye fesat karıştırıldığına tespiti durumunda, yukarıda belirtilen ilke ve kurallar uyarınca ihalenin, malın tahmini bedelinin üzerinde satılması halinde dahi ihalenin feshi gerekir.", Y12.HD, 25.04.2017, E. 2016/29221, K. 2017/6425, www.lexpera.com.tr. Aynı yönde bkz. Y12.HD, 16.06.2015, E. 2015/13263, K. 2015/16757, Sakarya BAM 8.HD, 03.11.2022, E. 2022/1239, K. 2022/1729; Samsun BAM 4.HD, 18.11.2021, E. 2021/2471, K. 2021/3188, www.lexpera.com.tr. "... İhale bedelinin, ihale konusu malın tahmini değerinin üzerinde veya aynı bedelle satılması halinde, kural olarak şikâyetçinin, ihalenin feshini istemekte hukukî yararı bulunmaktadır. Ancak her ihalenin feshi isteminin bu gerekçe ile reddine karar verilmesi de doğru değildir. İhalenin, kanunun emredici hükümlerine ve kamu düzenine aykırı olarak yapıldığı durumlarda, şikâyetçinin, ihalenin feshini istemekte kişisel yararı olduğunu ispat edemese dahi, ihalenin feshine karar verilmesi gerekir. Bu hallerde ihalenin feshinde kamunun da yararı bulunmaktadır.", İzmir BAM 8.HD, 06.04.2022, E. 2022/418, K. 2022/973, www.lexpera.com.tr.

¹²³ Markus Dieth, *Beschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen gemäß Art.17 ff. SchKG unter Berücksichtigung des Beschwerdeverfahrens im Kanton Aargau*, (Zürich: Schulthess Verlag, 1999), 26-27; Pekcanitez ve Simil, *Şikâyet*, 148; Staehelin, Bauer, Lorandi, Cometta ve Möckli, *BSK-SchKG*, Art.22 Rn. 8, 11, 12; Hunkeler, Dieth ve Wohl, *KUKO SchKG*, Art.22 Rn. 1a. Borçluyu, üçüncü kişileri ve kamuyu korumak üzere ihdas edilen emredici hükümlere aykırılığın, kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği yönünde bkz. Kuru, *El Kitabı*, 109. İhalenin dayandığı bir işleme kanunun emredici hükümleri ihlâl edildiği takdirde, kamu düzenini ilgilendiren bir usulsüzlük olduğu yönünde bkz. Arslan, *İhalenin Feshi*, 178. İcra sözleşmeleri bakımından değerlendirilebilecek bir ölçüt olarak kamu düzeni kavramının geniş anlamda kullanılmasına yönelik bkz. Evren Kılıçoğlu, *İcra Sözleşmeleri*, (İstanbul: Arkan Yayınevi, 2005), 56.

¹²⁴ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra*, 248.

¹²⁵ "... İİK'nun 129/1. maddesi yoluyla 115/1. maddesi uyarınca, birinci ve ikinci ihalede satışın yapılabilmesi için artırma bedelinin, malın tahmin edilen bedelinin yüzde ellisini bulması ve satış isteyen alacağına rüçhanı olan alacakların toplamından fazla olması, bundan başka paraya çevirme ve paraların paylaşılması masraflarını geçmesi zorunludur... İhale bedelinin, İİK'nun 129. maddesinde öngörülen kriterlere uygun olmaması ise, tek başına ihalenin feshi sebebi olup; mahkemece re'sen nazara alınmalıdır.", Y12.HD, 19.12.2023, E. 2023/3479, K. 2023/8970, www.lexpera.com.tr. Aynı yönde bkz. Y12.HD, 04.11.2021, E. 2021/8905, K. 2021/9768; Y12.HD, 07.10.2021, E. 2021/7954, K. 2021/8598; Y12.HD, 16.06.2021, E. 2021/5071, K. 2021/6577, www.lexpera.com.tr. Karşılama prensibinin kamu düzeninden olduğu yönünde bkz. Arslan, *İhalenin Feshi*, 131; Namlı, *Taşınmaz Mal*, 503. Alacaklının, borçlunun ve ilgililerin menfaatlerinin korunması amacıyla öngörülen karşılama prensibine ilişkin kuralın emredici nitelikte olmasından dolayı mahkemece re'sen gözetilmesi gerektiği, ancak karşılama prensibinin kamu düzeninden olmadığı yönünde bkz. Meriç, *Karşılama Prensibi*, 27-29.

kabul edilmesi¹²⁶, taşınmaz malın kıymet takdiri bakımından Kanun'un 128/a maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen iki yıllık sürenin geçmesinden sonra cebrî artırmanın yapılması¹²⁷, İcra ve İflâs Kanunu'nun 85'inci maddesine aykırı olarak haczedilen malların bir kısmının satılması üzerine alacağın karşılanmasına rağmen ihaleye devam edilmesi¹²⁸, re'sen gözetilmesi gereken ve kamu düzenini ilgilendiren durumlar olarak kabul edilmektedir. Ancak kamu düzeni kavramının zamana, yere ve toplumun ortak değerlerine göre değişen ve takdirî bir kavram olmasından kaynaklı olarak tanımlanmasının zor olması ve kamu düzenine aykırılık teşkil eden durumların ancak örnek olarak belirtilebilmesi sebebiyle, ileri sürülen fesih sebebinin kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmediği her somut olay özelinde değerlendirilmelidir¹²⁹.

¹²⁶ "... Satış talebinin, yukarıdaki maddede öngörülen süreler içinde olup olmadığını icra müdürü re'sen gözetmeli, bu sürelerden sonra ise, satış talebini reddetmelidir. Satış isteme sürelerinin geçmesine rağmen, icra müdürünün satış talebini kabul etmesi, bu hususun kamu düzeninden oluşu nedeniyle süresiz şikâyet tâbidir. Satış isteme süresinin geçmesi nedeniyle haczin kalkışına rağmen yapılan ihalenin feshi gerekir.", Y12.HD, 28.09.2017, E. 2017/5449, K. 2017/11615, www.lexpera.com.tr. Aynı yönde bkz. Y12.HD, 09.05.2017, E. 2016/29800, K. 2017/7407; Y12.HD, 21.02.2017, E. 2016/19571, K. 2017/2238; Sakarya BAM 8.HD, 03.11.2022, E. 2022/1199, K. 2022/1713; İzmir BAM 8.HD, 27.09.2022, E. 2022/2285, K. 2022/2094, www.lexpera.com.tr.

¹²⁷ "... Dairemizin yerleşik içtihatları gereğince; kıymet takdiri tarihi kural olarak icra dairesince fillen yapılan keşif tarihidir ve satışın kıymet takdirinin esas alındığı tarihten itibaren 2 yıl sonra yapılması başlı başına ihalenin feshi sebebi olup bu hususun, 2 yıl içinde taşınmazın değerinde oluşacak muhtemel değişiklikler nedeniyle hem borçlu hem de alacaklı tarafın menfaatlerini korumaya yönelik bir düzenleme olması nedeniyle, kamu düzenine ilişkin olduğundan re'sen gözetilmesi gerekir.", Y12.HD, 17.05.2023, E. 2023/1071, K. 2023/3470, www.lexpera.com.tr. Aynı yönde bkz. Y12.HD, 29.03.2022, E. 2022/2203, K. 2022/4074; Y12.HD, 10.03.2022, E. 2022/1065, K. 2022/3043; Y12.HD, 15.02.2022, E. 2022/1284, K. 2022/1793, www.lexpera.com.tr. Kanun'da öngörülen iki yıllık sürenin taşınmaz mala ilişkin olarak yeniden kıymet takdiri yapılabilmesi için asgari süre olduğu, bu süreden sonra mutlaka yeniden kıymet takdirî yapılmasını öngören bir düzenlemenin olmadığı, sırf bu sebeple ihalenin feshedilmemesi gerektiği ve söz konusu uygulamanın hakkın kötüye kullanılmasına da sebebiyet verebileceği belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Murat Atalı, "Taşınmazların Paraya Çevrilmesinde Kıymet Takdiri ile İhale Kararı Arasındaki Süre ve Bunun İhale Kararına Etkisi", *Prof. Dr. Selçuk Özteke'ye Armağan*, C. 1 (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022), 381 vd. Bu hususun mutlak fesih sebebi olduğu ve mahkemece re'sen dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. Yasin Köse, "7343 Sayılı Kanun ile İhalenin Feshi Şikâyetinde (İİK m.134) Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", *TAAD*, S. 53 (2023), 317.

¹²⁸ "... Memurluk, kıymet taktirine göre borca yeter miktarda borçlunun dokuz gayrimenkulu haczedilmiştir. Satışta ilk dört sıradaki gayrimenkuller 85. maddeye uygun olarak alacağı karşılanmasına göre bundan sonraki beş gayrimenkulün bu gerekçe ile satışının yapılmaması gerekirken icra müdürlüğünce ihaleye devam olunarak borçlunun tüm taşınmazların satılması doğru olmadığından mahkemece bu husus kamu düzenine ilişkin olduğundan ve süresiz de şikâyet konusu yapılabacağından şikâyetin kabulü ile borcu karşılayanlar dışındaki taşınmazlara ilişkin ihalenin feshine karar vermek gerekirken şikâyetin reddi isabetsizdir.", Y12.HD, 10.10.2007, E. 2007/17061, K. 2007/18366, karararama.yargitay.gov.tr.

¹²⁹ Genel şikâyet yolu bakımından bu yöndeki değerlendirmeler için bkz. Pekcanitez ve Simil, *Şikâyet*, 148-149. İcra sözleşmelerinde, sözleşme özgürlüğünün sınırlarına ilişkin olarak ele alınan kamu düzeni kavramına yönelik aynı yöndeki değerlendirmeler için bkz. İbrahim Aşik, *İcra Sözleşmeleri*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2006), 65-66.

SONUÇ

İhalenin feshi talepleri bakımından hukukî yarar şartının özellikle zarar kavramı yönünden değerlendirildiği, ihalenin feshi kurumunda hukukî yarar şartına yüklenen anlamın ve zararın varlığının belirlenmesine ilişkin uygulamada kullanılan ölçütün yerindeliğinin ve sonuçlarının incelendiği bu çalışmada şu sonuçlara varılmıştır:

İhalenin feshi talebinde bulunma yetkisi ile hukukî yararın bulunması şartları birbirinden ayırt edilmeli ve talep sahibinin hukukî yararının olup olmadığı her somut olayda ayrıca değerlendirilmelidir. Zira ihalenin feshi talebinde bulunan kişinin mevzuatta sayılan kişilerden olması, her hâlükârda ihalenin feshedilmesinde hukukî yararının bulunduğunu değil sadece talepte bulunması yetkisine sahip olduğunu gösterir.

İhalenin feshi talepleri yönünden hukukî yarar şartının öngörüldüğü İcra ve İflâs Kanunu'nun 134'üncü maddesinin on birinci fıkrasından bu yola başvurmakta olan kişinin kişisel olması gerektiği anlaşılmakla birlikte, mahkemeye yöneltilen her hukukî korunma talebi bakımından kabul edildiği üzere, ihalenin feshedilmesindeki yararın aynı zamanda hukukî, doğrudan, doğmuş ve güncel olma özelliklerini de taşıması gerekir.

Anılan düzenlemede yer alan menfaat ihlâli ifadesi, ileri sürülen fesih sebebi kapsamında zarar olan kişinin bu yola başvurmakta hukukî yararı olduğu, hukukî yarar ile zarar kavramının örtüştüğü şeklinde yorumlansa da ihalenin feshine ilişkin hukukî yararın bulunması, talep sahibinin sadece maddî zararının olduğu anlamına gelmez. Nitekim hukukî yarar, maddî zarardan daha geniş anlama sahip olduğu gibi talebin esastan incelenmesi için aranılan usûlî bir şart olması yönüyle de zarar kavramından ayrılır. Bu doğrultuda, yargı kararlarında hukukî yarar ile zarar kavramının özdeşleştirilmesi ve hatta birbiri yerine kullanılması isabetli değildir. Bu uygulamaya zemin hazırlayan İcra ve İflâs Kanunu'nun 134'üncü maddesinin on birinci fıkrasındaki düzenlemenin kaldırılması gerekir. Nitekim hukukî yarar şartı, ihalenin feshi kurumu yönünden genel şikâyet yolunda olduğu gibi açıkça düzenlemese dâhi her hâlükârda talepte bulunan kişinin hukukî yararı olması gerektiği sonucuna varılır.

Hukukî yarar şartının sadece maddî zarar yönünden değerlendirilmesinin sonucu olarak yargı kararlarında geliştirilen ve belirli istisnalar dışında genel olarak içtihat değişikliğine kadar aranılan, ilgili malvarlığı unsurunun muhammen değeri üzerindeki bedelle yapılan ihalelerde zararın ve hukukî yararın bulunmadığı yönündeki ölçütün, belirli usûlsüzlüklerin esastan incelenmesini engellediği, bu durumun ise mahkemeye erişim hakkı, hak arama özgürlüğü ve ihalenin feshi kurumunun amacıyla bağdaşmadığı aşikârdır.

Yargıtay'ın yakın zamanda hukukî yarar şartının değerlendirilmesi bakımından yaklaşımını değiştirmesi, muhammen değerden daha yüksek bedelle yapılan ihalelerde de hukukî yararın bulunabileceğinin kabul edilmesi, hukukî yararı dar

yorumlayan önceki içtihatlarına nazaran isabetlidir. Ancak bu yaklaşım, haksız veya dayanağı olmayan sebepler gösterilmek suretiyle yapılan başvurularda hukukî yararın olduğu, her ileri sürülen fesih sebebinin ihalenin feshini gerektirdiği anlamına gelmez. Zira fesih sebebi olarak ileri sürülen hukuka aykırılığın ihale bedelinden daha yüksek bedelle ihale edilebileceğinin ispatlanması arandığı için içtihat değişikliğinin kapsamı sınırlı olduğu gibi esastan ret kararı para cezasına karar verilmesini de gerektirir.

İhalenin feshi yoluna konu edilen kötü niyetli başvuruların engellenmesine veya ihalenin kısa sürede kesinleşmesine hizmet etmek üzere hukukî yararın dar yorumlanması yahut ihalenin feshi yoluna başvuru yapılmasını güçleştirecek veya engelleyecek düzenlemeler yapılması yerine çözüm arayış şekli değiştirilmelidir. Yargıtay'ın içtihat değişikliğine esas olan paranın değer kaybı ve ilgili malvarlığı unsurunun değerindeki hızlı artış sadece ihalenin feshine talep eden kişi bakımından değil, aynı zamanda ihale alıcısı yönünden de dikkate alınmalıdır. Bu doğrultuda, çatışan menfaatlerin dengelenmesi amacına hizmet etmek üzere ihale bedeli, paranın alım gücündeki değişiklikler gözetilerek nemalandırılmalıdır. İhalenin feshi kurumuna sıklıkla başvurulmasının hukuk sistemimizde açık artırma yolunun asıl, diğer paraya çevirme usûllerinin istisnaî olarak uygulanmasıyla da bağlantılı olmasından hareketle, başta pazarlık yolu olmak üzere diğer paraya çevirme usûlleri de işlevsel hâle getirilmelidir.

KAYNAKÇA

- Akkan, Mine. “Medenî Usûl Hukukunda Etkin Hukukî Koruma”. *Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, S. 1 (2007): 29-68.
- Amonn, Kurt ve Walther, Fridolin. *Grundriss des Schuldbetreibungs und Konkursrechts*. Bern: Stämpfli Verlag, 2008.
- Atalı, Murat. “Taşınmazların Paraya Çevrilmesinde Kıymet Takdiri ile İhale Kararı Arasındaki Süre ve Bunun İhale Kararına Etkisi”. *Prof. Dr. Selçuk Öztek’e Armağan*. C. I. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022: 371-389.
- Atalı, Murat, Ermenek, İbrahim ve Erdoğan, Ersin. *İcra ve İflâs Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Atalı, Murat, Ermenek, İbrahim ve Erdoğan, Ersin. *Medenî Usûl Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Aslan, Kudret. “İhalelerin Feshi Hakkında 7343 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler ve Bunların Değerlendirilmesi”. *AHBVÜHFD* 26, S. 4 (2022): 1-35.
- Arslan, Ramazan. *İcra - İflâs Hukukunda İhale ve İhalelerin Feshi*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984.
- Arslan, Ramazan, Yılmaz, Ejder, Taşpınar Ayvaz, Sema ve Hanağası, Emel. *İcra ve İflâs Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Aşık, İbrahim. *İcra Sözleşmeleri*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2006.
- Aşık, İbrahim, Oruç, Yakup, Tok, Ozan ve Saçar, Ömer Faruk. *İcra ve İflâs Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Aydemir, Dilek ve Şaylan, Hafize Zülal. *İhalelerin Feshinde Uygulamadaki Sorunlar*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023.
- Bauer, Thomas ve Staehelin, Daniel. *Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs - Ergänzungsband*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2017 (BSK SchKG EB ve Bölüm Yazarı).
- Berkin, Necmeddin M. *Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1980.
- Bilge, Necip. “Yargısal İçtihatların Bağlayıcı Gücü ve İçtihat Birleştirme Kararları”. *Dr. A. Recaî Seçkin’e Armağan*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1974: 217-283.
- Bolayır, Nur. “Fransız Hukukunda Vente Amiable (Dostane Satış) Kurumu”, *AÜHFD* 72, S. 1 (2023): 67-96.
- Boran Güneysu, Nilüfer. *İcra Hukukunda Taşınmazların Kıymet Takdiri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Böttcher, Roland. *Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung. Kommentar*. München: C.H. Beck Verlag, 2010.
- Brox, Hans ve Walker, Wolf-Dietrich. *Zwangsvollstreckungsrecht*. München: Vahlen Verlag, 2021.
- Çelikoğlu, Cengiz Topel. “7343 Sayılı Kanunla İİK’da Yapılan Paraya Çevirme ve İhalelerin Feshi’ne İlişkin Değişikliklerin Takdim ve İzahı”. *Adalet Dergisi*, S. 68 (2022): 409-450.

- Çiftçi, Pınar. *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2010.
- Dassler, Gerhard ve Schiffhauer, Horst. *Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung Kommentar*. Bielefeld: Gieseking Verlag, 2013 (Dassler, Schiffhauer ve Bölüm Yazarı).
- Dieth, Markus. *Beschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen gemäss Art.17 ff. SchKG unter Berücksichtigung des Beschwerdeverfahrens im Kanton Aargau*. Zürich: Schulthess Verlag, 1999.
- Eggen, Gerhard. *Der Zuschlag in der Zwangsversteigerung*. Bern: Stämpfli, 1932.
- Erdoğan, Ersin ve Erzurumlu Işık, Nurbanu. “Emsal Mahkeme Kararlarının Bağlayıcılığı”. *Prof. Dr. Selçuk Öztekin’e Armağan*. C. II. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022: 1151-1181.
- Erdönmez, Güray. “İcra ve İflâs Hukukunda İhalelin Feshini İsteyebilecek Kişiler”. *Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, S. 10 (2008): 357-408.
- Erdönmez, Güray ve Güzelce, Onat Kaan. “Cüz’i İcra Hukuku Bakımından Geçmişten Bugüne Yaşanan Sürecin Ana Hatlarıyla Değerlendirilmesi”. (Editör: Hakan Pekcanitez ve Muhammet Özkes). *Cumhuriyetin 100. Yılında Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukumuzun Gelişim ve Değişim Süreci*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023: 1095-1164.
- Erişir, Evrim. “Yargıtay 12. Hukuk Dairesi’nin İhalelin Feshinin Kabule Şayanlık Koşulu Olan Hukukî Yararı Genişleten 7.11.2023 Tarihli Yeni İctihadına Eleştirel Bir Bakış”. *Turkish Law Blog*. Erişim Tarihi: Şubat 29, 2024. <https://turkishlawblog.com/hub/detail/yargitay-12-hukuk-dairesinin-ihalelin-feshinin-kabule-sayanlik-kosulu-olan-hukuki-yarari-genisleten-7112023-tarihli-yeni-ictihadina-elistirel-bir-bakis>.
- Erzurumlu Işık, Nurbanu. *Medenî Usûl Hukukunda Yorum - Hukuk Yaratma ve İctihadi Birleştirme Kararları*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.
- Fritzsche, Hans ve Walder-Bohner, Hans Ulrich. *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht*. Zürich: Schulthess Verlag, 1984.
- Gaul, Hans Friedhelm. *Hukukun Esasları ve Hukuk Dogmatığı Bakımından Hakkın İcra Yoluyla Elde Edilmesi*. (Çev. Nevhis Deren Yıldırım). *İcra Hukuku Analizleri*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016: 25-86.
- Gaul, Hans Friedhelm, Schilken, Eberhard, Becker-Eberhard, Ekkehard. *Zwangsvollstreckungsrecht*. München: C.H. Beck Verlag, 2010.
- Göksu, Mustafa. “İhalelin Feshi Talebinde Ceza, Harç ve Teminat Konularında 7343 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin Bilhassa Hak Arama Hürriyeti ve Adaletle Erişim Bakımından Değerlendirilmesi”. *AHBVÜHFD* 27, S. 1 (2023): 113-150.
- Görgün, L. Şanal, Börü, Levent ve Kodakoğlu, Mehmet. *İcra ve İflâs Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Gündoğdu, Süleyman Burak. *Medenî Yargıda Usûl Kurallarına Aykırılığın Anayasa Mahkemesi’nce Bireysel Başvuru Yoluyla Denetlenmesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Hanağası, Emel. *Davada Menfaat*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.
- Hatemi, Hüseyin. *Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976.

- Hunkeler, Daniel. *Kurzkommentar SchKG*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014 (Hunkeler ve Bölüm Yazarı).
- Jäger, Carl, Walder, Hans Ulrich, Kull, Thomas M. ve Kottmann, Martin. *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*. Band I (Art.1-158). Zürich: Schulthess Verlag, 1997.
- Kale, Serdar. “İcra ve İflâs Hukukunda Online Satış”. *Lexpera Blog*. Erişim Tarihi: Şubat 15, 2024. <https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/>.
- Karslı, Abdurrahim. *İcra ve İflâs Hukuku Esasları*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022.
- Kılıçoğlu, Evren. *İcra Sözleşmeleri*. İstanbul: Arıkan Yayınevi, 2005.
- Korkmaz, Cansu. *Sinaî Mülkiyet Haklarının Haczi ve Paraya Çevrilmesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Köksoy, Mesut. *İcra Hukukunda Hukukî Güvenlik İlkesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Köse, Yasin. “7343 Sayılı Kanun ile İhalenin Feshi Şikâyetinde (İİK m.134) Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”. *TAAD*, S. 53 (2023): 313-340.
- Kuru, Baki. *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*. İstanbul: Adalet Yayınevi, 2013.
- Lorandi, Franco. *Der Freihandverkauf im Schweizerischen Schuldbetreibungs und Konkursrecht*. Bern: Paul Haupt Verlag, 1994.
- Lorandi, Franco. *Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit. Kommentar zu den Artikeln 13-30 SchKG*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2000.
- Meier, Isaak. *Das Verwaltungsverfahren vor den Schuldbetreibungs- und Konkursbehörden, Beschwerdeverfahren nach Art.17 ff. SchKG und Verfahren zum Erlass emer Verfügung*. Schulthess: Zürich 2002.
- Meriç, Nedim. *İcra Hukukunda Karşılama Prensipleri (Türk ve İsviçre Hukuku Kapsamında)*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Meriç, Nedim ve Korkmaz, Ramazan. “Takip Hukuku ile İlgili Akademik Çalışmalar ve Öğretinin Durumu”. (Editör: Hakan Pekcanitez ve Muhammet Özokes). *Cumhuriyetin 100. Yılında Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukumuzun Gelişim ve Değişim Süreci*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023: 1063-1093.
- Mohrbutter, Jürgen. *Handbuch des gesamten Vollstreckungs- und Insolvenzrechts*. Köln: Carl Heymanns Verlag, 1974.
- Mohrbutter, Jürgen, Drischler, Karl, Radtke, Manfred ve Tiedemann, Heinz-Adolf. *Die Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungspraxis*. Band I. Köln: Carl Heymanns Verlag, 1986.
- Muşul, Timuçin. *İcra ve İflâs Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- Muşul, Timuçin. *İcra ve İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Müller, Urs. *Die Zwangsvollstreckung in Immaterialgüter*. Zürich: Juris Druck & Verlag, 1978.
- Namlı, Mert. *İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Nötzli, Peter. *Die analoge Anwendung zivilprozessualer Normen auf das Beschwerdeverfahren nach SchKG unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Zürich*. Zürich: Schulthess Verlag, 1984.

- Öktemer, Y. Semih. “İhalenin Feshi Davasını Açma Hakkı”. *Yargıtay Dergisi* 18, S. 3 (1992): 396-411.
- Özbek, Mustafa Serdar. “İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağıyla Getirilmek İstenen Değişikliklerin Değerlendirilmesi”. *AÜHF* 57, S. 3 (2008): 463-524.
- Özçelik, Volkan. *İcra Müdürünün Takdir Yetkisi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.
- Özekes, Muhammet. *Medenî Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2003.
- Özekes, Muhammet. “İstinaf Sistemi ile Birlikte Hukuk Yargılamasında İçtihat Aykırılıklarının Giderilmesi”. *Türkiye’de İstinaf Mahkemelerinin Kurulmasından Sonra Yargıtay’ın Rolü Konferansı*. Ankara: Adalet Bakanlığı Yayınları, 2007: 143-151.
- Özekes, Muhammet. *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2009.
- Özekes, Muhammet. “Yüzyıllık Akışta Yargılama ve Takip Hukukumuzda İlişkin Kanunların Ruhu Üzerine”. (Editör: Hakan Pekcanitez ve Muhammet Özekes). *Cumhuriyetin 100. Yılında Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukumuzun Gelişim ve Değişim Süreci*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023: 167-207.
- Özekes, Muhammet. “İcra Takiplerinde Nemalandırma ve Mülkiyet Hakkı İhlâli Sorunu”. *İzmir Barosu Dergisi*, S. 2 (2023): 193-234.
- Özmumcu, Seda. *Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005.
- Pekcanitez, Hakan. “Hukuki Dinlenilme Hakkı”. *Prof. Dr. Seyfullah Edis Armağanı*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2000: 753-791.
- Pekcanitez, Hakan. *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*. C. II. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Pekcanitez, Hakan ve Simil, Cemil. *İcra - İflâs Hukukunda Şikâyet*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.
- Pekcanitez, Hakan. “Yargıtay Yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Değerlendirilmesi”, *TBB*, S. 144 (2019): 383-419.
- Pekcanitez, Hakan. “Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi (İİK md.111/a)”. *GSÜHF*, S. 1 (2022): 819-848.
- Pekcanitez, Hakan ve Akkan, Mine. “7343 Sayılı Kanunla İcra ve İflâs Kanunu’nda Yapılan Değişikliklerin Zaman Bakımından Uygulanması”. *TBB*, S. 160 (2022): 259-297.
- Pekcanitez, Hakan, Atalay, Oğuz, Sungurtekin Özkan, Meral ve Özekes, Muhammet. *İcra ve İflâs Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023.
- Postacıoğlu, İlhan E. *İcra Hukuku Esasları*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982.
- Postacıoğlu, İlhan E. ve Altay, Sümer. *İcra Hukuku Esasları*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Stahelin, Adrian. “Freihandverkauf: Rechtsnatur und Anfechtung”. *Schweizerisches und internationales Zwangsvollstreckungsrecht Festschrift für Karl Spühler*. Zürich: Schulthess Verlag, 2005: 397-406.

- Stachelin, Daniel, Bauer, Thomas ve Lorandi, Franco. *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I (Art.1-158 SchKG)*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2021, (Stachelin, Bauer, Lorandi ve Bölüm Yazarı).
- Steiner, Anton. *Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung*. Kommentar. Band I. München: J. Schweitzer Verlag, 1984 (Steiner ve Bölüm Yazarı).
- Storz, Karl-Alfred. *Praxis des Zwangsversteigerungsverfahrens*. München: C.H. Beck Verlag, 1979.
- Stöber, Kurt. *Beck'sche Kurz-Kommentare. Zwangsversteigerungsgesetz*. München: C.H. Beck Verlag, 2022 (Stöber ve Bölüm Yazarı).
- Sungurtekin Özkan, Meral. "İcra Hukukunda Oranlılık İlkesi". *Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2001: 177-203.
- Tanrıver, Süha. *İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1996.
- Topal, Mustafa. *İhalelin Feshi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Tuncer Kazancı, İdil. "Cumhuriyet Döneminde Takip Hukuku ile İlgili İçtihatların Değişimi". (Editör: Hakan Pekcanitez ve Muhammet Özekes). *Cumhuriyetin 100. Yılında Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukumuzun Gelişim ve Değişim Süreci*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023: 1029-1062.
- Umar, Bilge. *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi*. İzmir: Ege Üniversitesi İktisadi ve Ticari Bilimler Fakültesi Yayınları, 1973.
- Uyar, Talih. "İhalelin Feshinde Hukukî Yarar Koşulu". *İcra ve İflâs Hukukuna İlişkin (Uygulamaya Yönelik) "Makale ve İnceleme Yazıları" ile "Hukukî Mütalâalar" ve Yüksek Mahkemenin Önemli İçtihatları*. C. II. Ankara: Bilge Yayınevi, 2023: 1548-1555.
- Üstündağ, Saim. *İcra Hukukunun Esasları*. İstanbul: Nesil Matbaacılık, 2000.
- Wieser, Eberhard. "Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Zwangsvollstreckung". *ZZP*, S. 98 (1985): 50-86.
- Yazıcı, Burçin. "İcra ve İflâs Kanunu m.111/a Uyarınca Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi". *AkdHFD* 12, S. 2 (2022): 1119-1147.
- Yeşilova, Bilgehan. "İcra ve İflâs Kanunu'na Göre Taşınırın Açık Artırma Yoluyla Satışında İhalelin Feshinin Ancak Kimlerce Talep Edilebileceğine İlişkin Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi". (Editör: Emel Hanağası ve Mustafa Göksu). *Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2015: 1787-1828.
- Yeşiltepe, Ali Özgür. *İcra ve İflâs Hukukunda İhalelin Feshi Sebepleri*. İstanbul: İMÜS-BE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Yıldırım, M. Kâmil. "İcra Hukukunun Anayasa ile İlişkisi ve Ölçülülük İlkesi.", *MÜHF-HAD* IV, S. 1-3 (1989): 98-115.
- Yıldırım, M. Kâmil ve Deren-Yıldırım, Nevhis. *İcra ve İflâs Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021.
- Yılmaz, Ejder. *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.

BİR KIYMETLİ EVRAK TÜRÜ OLARAK SUKUKUN SÜRDÜRÜLEBİLİR HEDEFLER İÇİN KULLANILMASI: YEŞİL SUKUK ÜZERİNE BİR ANALİZ^(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Meltem KARATEPE KAYA^(**)**

Öz

Son yıllarda sürdürülebilir bir dünya hedefinin önem kazanmasıyla birlikte bankacılıkta da bu hedefe uygun yatırım araçları ortaya çıkmıştır. Yeşil sukuk bankacılık alanında ortaya çıkan ve yeşil projelere katkı sağlamayı amaçlayan önemli faizsiz yatırım araçlarından biridir. 2017 yılında Malezya merkezli bir yenilenebilir enerji şirketi olan Tadau Energy'nin dünyanın ilk yeşil sukukunu ihraç etmesiyle birlikte faizsiz bir yatırım aracı olan yeşil sukuk piyasalarda yerini almıştır. Bu makalede, yeşil sukuk gibi faizsiz finansal araçların ülkelerin sürdürülebilirlik hedeflerine ulaşmasında nasıl bir rol oynadığı ve bu çabaları nasıl desteklediği incelenmektedir. Makalede öncelikle sukukun Türk kıymetli evrak hukukundaki ve bankacılıktaki yeri incelenmektedir. Devamında yeşil sukuka ilişkin detaylı bilgi verilerek yeşil projelere yatırım yapmak için tercih edilen yeşil sukukun çevre dostu projelerin finansmanında nasıl kullanılabilceği ve sürdürülebilirlik ilkesiyle uyumlu olarak nasıl faaliyet gösterebileceği değerlendirilmektedir. Bu kapsamda yeşil sukuk ihracına ilişkin karşılaşılan zorluklar da çalışmada ele alınmaktadır. Son olarak, yeşil sukukun ülkemiz ve dünya piyasaları için önemi ve potansiyeli üzerinde durulmakta ve sürdürülebilir yatırımlara olan ilginin artmasıyla birlikte yapılan analizlerin literatüre katkı sağlaması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Yeşil Sukuk, Sürdürülebilirlik, İslami Finans, Bankacılık, Tahvil.

AN ANALYSIS ON THE USE OF SUKUK AS A FINANCIAL INSTRUMENT FOR SUSTAINABLE GOALS: A STUDY ON GREEN SUKUK

Abstract

A sustainable world is becoming an increasingly important goal, which has led to the introduction of investment instruments in banking that align with this purpose in recent years. One important interest-free investment instrument that has surfaced in the financial industry to support green projects is green sukuk. The world's first green sukuk was issued by Malaysia-based renewable energy company Tadau Energy in 2017, making green sukuk an interest-free investment option. This article looks at the role of interest-free financial products like green sukuk in aiding national efforts to attain sustainability goals. The essay first examines sukuk's place in Turkish banking and securities laws. Then, comprehensive details regarding green sukuk are given, analyzing how green sukuk-the favored option for investing in environmentally friendly projects-can be used to finance environmentally friendly projects and function according to the sustainability principle. In this context, issues related to green sukuk issuance are also discussed. In conclusion, the significance and possibilities of green sukuk for both local and international markets are highlighted to add analyses to the literature that mirror the expanding interest in sustainable investments.

Keywords

Green Sukuk, Sustainability, Islamic Finance, Banking, Bond.

^(*) [Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 23.02.2024](#) - [Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 22.05.2024](#),
[DOI No: https://doi.org/10.54704/akdhfd.1441899](#).

^(**) [İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı / İstanbul, Türkiye.](#)
[E-posta: meltemkaratepe.kaya@medeniyet.edu.tr](#),
[Orcid Id: https://orcid.org/0000-0003-3428-0293](#).



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

Extended Abstract

The effects of climate change, which are felt all over the world, have a negative impact on global development and aggravate inequality on a global scale. Countries and worldwide communities have directed their attention toward environmental sustainability, particularly in light of the growing number of environmental problems and social inequities that have arisen as a result of violations committed by corporations, as well as the consequent adverse influence that climate change has had on these issues. Because of this, the goal of sustainability has had an impact on the tools used for financial investing as well as on a variety of other facets of contemporary life. The idea of socially responsible investment has recently come into existence and has gained substantial traction in the world of business.

An open policy approach to regulation and long-term planning are required in order to take action against climate change. This is because the fight against climate change demands the mobilization of resources from individuals, businesses, and governments that are essential for development. For countries to be able to finance the required actions for a more sustainable environment, they need to prepare a variety of local and international sources of financing.

It has become increasingly vital for both practitioners and thinkers in Islamic finance to take action against climate change in recent years, just as it has become increasingly relevant in all other professions. The core principles of Islamic finance include the avoidance of interest and investment in industries that are prohibited by Islamic law, as well as the prevention of practices in these prohibited domains. It is the goals of safeguarding the general welfare of society and improving social justice that lie at the heart of these concepts. On the basis of this idea, Islamic scholars, practitioners of Islamic finance, and environmental think tanks argue that Islamic finance is inherently compatible with the principles of climate finance. The goal of Islamic finance is to direct investments towards low-carbon and climate-resilient purposes, which will ultimately be beneficial to both society and the environment.

Although the term "sustainability" was initially used in a document published by the United Nations in 1978, its current definition arose principally in the Brundtland Report, which was compiled for the United Nations in 1987 by a commission led by Dr. Gro Harlem Brundtland. In accordance with the report's definition, sustainable development constitutes the process of satisfying the requirements of the present without jeopardizing the capacity of future generations to satisfy their own requirements. It is the first time that the progress of humanity is stated in conjunction with the most effective management of resources simultaneously. The efficient utilization of resources and the investment in sustainable resources are two of the most significant actions that must be taken in order to create a world that is sustainable. Significant advancements have been made in the banking industry in order to achieve this objective, particularly with the introduction of a lease certificate that is in accordance with Shariah and is referred to as "green sukuk."

For the purpose of financing environmentally friendly initiatives, green sukuk, which is one of the most important tools used to bridge Islamic finance with a sustainable world, is utilized. In addition to the objective of generating financial returns, the issuing of green sukuk is also intended to fulfill the needs for protection against climate and environmental concern. The term "green" refers to a financial instrument that adheres to the principles of Islamic financing and provides support for projects that are ecologically friendly or sustainable. In accordance with the principles of Islamic finance and the concepts of environmental sustainability, the income that is created from the issue of green sukuk is allocated to fund particular initiatives. By conforming to Islamic finance laws and environmental sustainability principles, green sukuk issuance seeks to attract investors who are interested in investments that are both socially responsible and ecologically conscientious.

This article will provide an analysis of the specifics of green sukuk, the significance of which has grown over the past several years as a result of the growing interest in environmentally responsible investments. Taking into account the relevance of green sukuk as well as its enormous potential, the objective is to make a contribution to the existing body of literature by providing assessments.

GİRİŞ

Bütün dünyada etkisini hissettiren iklim değişikliği, küresel kalkınmayı olumsuz etkilemekte ve küresel eşitsizliği arttırmaktadır¹. Özellikle şirketlerin ihlallerinden kaynaklı çevresel sorunların ve buna bağlı olarak toplumsal eşitsizliklerin artması ve iklim değişikliğinin bunlar üzerindeki olumsuz etkisini göstermesi ile birlikte ülkeler ve uluslararası topluluklar çevresel sürdürülebilirliğe odaklanmıştır². Böylelikle sürdürülebilirlik gündemi hayatımızın her alanında olduğu gibi finansal yatırım araçlarını da etkilemiştir. İş dünyasında sosyal sorumluluk sahibi yatırım kavramı da ortaya çıkmış ve önemli hale gelmiştir³.

İklim değişikliğine karşı atılacak adımlar kalkınma için kullanılması gereken kaynakları insanlardan, firmalardan ve hükümetlerden sağlayacağı için uzun vadede oldukça planlı olmayı ve regülasyona açık bir politika izlemeyi gerektirmektedir⁴. Daha sürdürülebilir bir çevre için atılması gereken adımların finansmanında ülkelerin yerli ve yabancı çok çeşitli finansman kaynakları hazırlaması gerekmektedir⁵.

Son zamanlarda diğer her alanda olduğu gibi İslami finans alanında da hem uygulamacılar hem de teorisyenler için daha sürdürülebilir bir dünya için iklim değişiklikleri ile mücadele önem kazanmıştır⁶. Faiz alınmaması ve İslam dini tarafından yasaklanan endüstrilere yatırım yapılmaması ve bu yasaklı alanlarda uygulamaların engellenmesi İslami finansın akla gelen temel prensipleridir⁷. İslami

¹ Djoko Santoso, Budi Setiawan, P. Pradono, Zahara Sitta Iskandar, Mulia Asri Hastari, "Revisiting the role of international climate finance (ICF) towards achieving the nationally determined contribution (NDC) target: A case study of the Indonesian energy sector," *Environmental Science and Policy* 131, S. 188 (2022): 188-195.

² Azhar Alam, Ririn Tri Ratnasari, Isnani Latifathul Jannah, Afief El Ashfahany, "Development and evaluation of Islamic green financing: A systematic review of green sukuk," *Environmental Economics* 1, S. 14 (2023): 61-72; Luthfia Ayu Karina, "Peluang dan tantangan perkembangan green sukuk di Indonesia," *Conference on Islamic Management Accounting and Economics* 259, S. 2, (2019): 259-265.

³ "Responsible Capitalism," ECGI, Erişim tarihi: Şubat 12, 2024, <https://www.ecgi.global/content/responsible-capitalism>.

⁴ Alam ve diğerleri, "Development and evaluation of Islamic green financing: A systematic review of green sukuk," s. 62.

⁵ Luthfia Ayu Karina, "Peluang dan tantangan perkembangan green sukuk di Indonesia," *Conference on Islamic Management Accounting and Economics* 259, S. 2, (2019): 259-265; Adinda Tenriangkke Muchtar ve diğerleri, "Literature study on climate change financing in Indonesia: Mapping sources, distribution mechanisms, and beneficiaries of climate change-related funds," *The Indonesian Institute Center for Public Policy Research*, (Indonesia: The Indonesian Institute, 2012).

⁶ Michael S. Bennett and Zamir Iqbal, "How socially responsible investing can help bridge the gap between Islamic and conventional financial markets," *International Journal of Islamic and Middle Eastern Finance and Management* 6, S. 3, (2013): 211-226; Deloitte, "Corporate Sukuk: Building the ecosystem to finance sustainable infrastructure," Deloitte Islamic Finance insights series: Leading by engaging, (2016); Obaidullah, M, 'Managing climate change: the role of Islamic finance.' IES 26, S. 1, (2018): 31-62; White and Case, "Green Bonds and Islamic Finance," (2016) Erişim tarihi: 14 Şubat, 2024, <https://www.whitecase.com/publications/alert/green-bonds-islamic-finance>.

⁷ Rethel, L., 'Whose legitimacy? Islamic finance and the global financial order', *Review of International Political Economy* 18, S. 1, (2011): 75-98; Pollard, J., ve Samers, M. 'Islamic banking and

finansın temel prensipleri arasında riskin adil bir şekilde dağıtılması ve toplumsal refahın artırılması gibi ilkeler de bulunur. Bu prensiplerin temelinde toplumun genel refahını sağlama ve toplumsal adaletin artırılması hedefleri yer almaktadır⁸. Bu prensipler aynı zamanda İslami finansın çevresel ve sosyal sorumluluklarına odaklanmasını teşvik eder.

Nitekim İslami finans, yatırımların sadece finansal getiriye odaklanmamasını, aynı zamanda toplumun ve çevrenin refahına katkıda bulunmasını önemser. Bu bağlamda, çevresel düşünce kuruluşları ile iş birliği içinde olan İslam alimleri ve finans uygulayıcıları, yatırımların düşük karbonlu ve iklim dostu projelere yönlendirilmesini teşvik ederler. Bu yaklaşım, sadece finansal kazanç hedefiyle değil, aynı zamanda gezegenimizin sürdürülebilirliği ve gelecek nesillerin refahıyla ilgili endişeleri de dikkate alır. Bu şekilde, İslami finansın yapısı, çevresel sürdürülebilirlik ve iklim değişikliğiyle mücadele gibi küresel zorluklara karşı olumlu bir etki yapmayı amaçlar.

Sonuç olarak, İslami finansın çevrenin ve toplumun sürdürülebilirliğine katkı sağlayan iklim finansmanı ilkeleriyle doğası gereği uyumlu olduğu ileri sürülmektedir⁹. İslam hukukunda faiz, tefecilik, belirsiz veya aldatıcı sözleşmeler ve kumar içerikli işlemler etik kabul edilmemektedir ve yasaklanmıştır. İslami finans temelinde yatan düşünceye göre insanların ihtiyaçlarını sürdürülebilir ve verimli bir ekonomik sistemin sınırları içerisinde karşılayabilmeleri gerekmektedir. Sürdürülebilir bir dünya düzeninin önemi böylece vurgulanmış ve bu düzene zarar verecek her şey yasaklanmıştır¹⁰.

“Sürdürülebilirlik” terimi ilk kez 1978 yılında bir Birleşmiş Milletler belgesinde kullanılsa da¹¹ bugünkü anlamıyla ilk olarak 1987 yılında Doktor Gro Har-

finance: postcolonial political economy and the decentring of economic geography' *Transactions of the Institute of British Geographers* 32, S. 3, (2007): 313-330; Felicia Ho Ming Liu, 'The Development of Climate Finance in Asia Drivers, Processes, Outcomes' (PhD thesis, King's College London 2021) s. 105.

⁸ Obaidullah, M, 'Managing climate change: the role of Islamic finance.' IES 26, S. 1, (2018): 31-62; Visser, H. 'Islamic finance: Principles and practice' (Edward Elgar Publishing 2013).

⁹ Ahmed, H., Mohieldin, M., Verbeek, J., ve Aboulmagd, F. "On the sustainable development goals and the role of Islamic finance," *Policy Research Working Paper*, No. 7266. World Bank 2015, Erişim Tarihi: Şubat 17, 2024, <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/22000>; Obaidullah, M, 'Managing climate change: the role of Islamic finance.' IES 26, S. 1, (2018): 31-62; Visser, H. 'Islamic finance: Principles and practice' (Edward Elgar Publishing 2013).

¹⁰ Obaidullah, M, 'Managing climate change: the role of Islamic finance.' IES 26, S. 1, (2018): 31-62; Visser, H. 'Islamic finance: Principles and practice' (Edward Elgar Publishing 2013); Felicia Ho Ming Liu, 'The Development of Climate Finance in Asia Drivers, Processes, Outcomes' (PhD thesis, King's College London 2021) s. 105.

¹¹ Sürdürülebilirlik kelimesi ilk kez 1972 yılında İngilizlerin yazdığı "Blueprint for Survival" adlı kitapta insanın geleceği bağlamında normatif kavramların ön planda olduğu bir şekilde kullanılmıştır. Kelime yine 1974'te Amerika Birleşik Devletleri'nde "büyümeyen" bir ekonomiyi meşrulaştırmak için kullanıldığı zaman da normatifliği ön plandadır. Ayrıntılı bilgi için bknz. Charles V Kidd, "The evolution of sustainability," *Journal of Agricultural and Environmental Ethics* 5, (1992): 1-26.

lem Brundtland liderliğindeki bir komisyon tarafından Birleşmiş Milletler (BM) için hazırlanan ünlü Brundtland Raporu'nda ortaya çıkmıştır¹². Rapor'da sürdürülebilir kalkınma, "bugünün ihtiyaçlarının, gelecek nesillerin kendi ihtiyaçlarını karşılayabilme kabiliyetinden ödün vermeden" giderilmesi olarak tanımlanmaktadır. İnsanlığın gelişimi ilk kez kaynakların en iyi şekilde yönetilmesi ile paralel olarak zikredilmiştir. Sürdürülebilir bir dünya için atılacak en önemli adımlardan birisi, kaynakların verimli kullanımı ve yatırımların sürdürülebilir kaynaklara yapılmasıdır.

Bankalar, kalkınma ve yatırımlar için finansman sağlamada temel aktörlerdir. Geleneksel olarak bankalar, işletmelere ve bireylere kredi vererek projelerin ve yatırımların gerçekleşmesine yardımcı olmaktadır. Ancak, bu temel işlev zamanla değişmiştir. Özellikle sürdürülebilir kalkınma ve iklim değişikliği ile mücadele konularında bankaların rolü giderek daha fazla önem kazanmaktadır. Günümüzde bankalar, yalnızca finansman sağlamakla kalmayıp, aynı zamanda çevresel ve sosyal etkileri de göz önünde bulundurarak yatırımları yönlendirmeye çalışmaktadır. Bu dönüşüm, yeşil finansman ve sosyal sorumluluk ilkeleri çerçevesinde bankaların stratejik kararlarını ve operasyonlarını yeniden şekillendirmelerini gerektirmektedir. Bu bağlamda, bankacılık alanında önemli gelişmeler yaşanmaktadır. Özellikle İslam hukuku temelli bir kira sertifikası olan "yeşil sukuk," bu çerçevede büyük önem taşımaktadır.

Yeşil sukuk, bankacılık ve sürdürülebilirlik arasında doğrudan bir bağlantı kurar. Bankalar, yeşil sukuk ihraç ederek veya bu tür sukuklara yatırım yaparak, sürdürülebilir projelere finansman sağlarlar. Bu durum hem çevresel faydalar yaratır hem de bankaların sürdürülebilirlik hedeflerine ulaşmalarına katkı sağlar. Yeşil sukuk, bankaların portföylerinde sürdürülebilir varlıkların oranını artırırken, yatırımcılara da çevresel ve sosyal faydalar sağlayan projelere katılma imkânı sunar. Özetle, bankacılık sektörü sürdürülebilirlik hedeflerine ulaşmada kilit bir rol oynarken, yeşil sukuk bu hedeflere yönelik önemli bir finansman aracı olarak öne çıkmaktadır. Bu bağlantı, sürdürülebilir kalkınma ve çevresel koruma çabalarını destekleyen bir ekosistem oluşturur.

Yeşil sukuk aynı zamanda İslam ile sürdürülebilir bir dünya arasında finansal bir köprü kurmak için kullanılan en önemli araçlardan biridir. İslami finans sisteminin bir enstrümanı olan sukuk, faizsiz finansman sağlama ilkesine dayanır. Geleneksel sukuk, belirli bir projeye veya varlığa dayalı olarak gelir getiren sertifikalar şeklinde ihraç edilir. Yeşil sukuk ise bu yapıyı sürdürülebilirlik unsurları ile birleştirir. Yeşil sukuk gelirleri, yenilenebilir enerji, enerji verimliliği, atık yönetimi, temiz ulaşım ve su yönetimi gibi çevresel projelerin finansmanında kul-

¹² "Do You Know When Sustainability First Appeared?," Erişim tarihi: Ekim 26, 2023, https://www.activesustainability.com/sustainable-development/do-you-know-when-sustainability-first-appeared/?_adin=02021864894.

lanılır. Bu enstrüman, finansal getiri sağlama amacının yanında, iklim ve çevre sorunlarına karşı koruma gerekliliklerini de karşılamak için ihraç edilmektedir¹³. Yeşil sukuk, çevre dostu veya sürdürülebilir “yeşil” projeleri desteklemek için İslam finansı prensiplerini benimseyen bir finansal araçtır. Sukuk, İslam’a uygun bir finans sertifikası olup, batı finansındaki tahvile benzer bir yapıya sahiptir. Bu özel finansal araç, örneğin yenilenebilir enerji projeleri veya enerji verimliliği girişimleri gibi olumlu çevresel etkilere sahip projeleri finanse etmeyi hedeflemektedir. Yeşil sukuk ihraçlarından elde edilen gelir, belirli projelerin desteklenmesi amacıyla ayrılmış olup, bu yaklaşım İslam finans prensipleriyle uyumludur. Yeşil sukuk ihracında, hem İslam finans yönergelerine hem de çevresel sürdürülebilirlik ilkesine uygun olarak hareket edilerek, sosyal sorumluluk ve çevresel bilinçli yatırımlara ilgi duyan yatırımcıları cezbetmek amaçlanmaktadır.

Bu makalede, son yıllarda sürdürülebilir yatırımlara olan artan ilgiyle birlikte yeşil sukukun önemi ve etkisi detaylı bir şekilde ele alınacaktır. Yeşil sukuk, çevresel projelerin finansmanında kullanılmasıyla çevresel sürdürülebilirliği teşvik eden önemli bir finansal araç olarak öne çıkmaktadır. Bu bağlamda, yapılan analizlerin literatüre sağlayacağı katkılar özellikle vurgulanacaktır.

I. BİR KIYMETLİ EVRAK ÇEŞİDİ OLARAK SUKUK

Sukuk, terim olarak, maddi getirisi olan ancak likit olmayan bir varlığın, bu varlıkları temsil eden ve tedavül edebilen sertifikalara dönüşmesini ifade eder¹⁴. Bu tanımdan yola çıkarak, sukukun Türk hukukunda kıymetli evrak olarak kabul edilip edilemeyeceği hususunda bir yorum yapmak mümkündür. Şöyle ki, TTK m.645’e göre, “Kıymetli evrak öyle senetlerdir ki, bunların içerdikleri hak, senetten ayrı olarak ileri sürülemediği gibi başkalarına da devredilemez¹⁵.” Buna göre, bir kıymetli evraktan söz edilebilmesi için öncelikle bir senedin varlığı gereklidir. Bu senedin içerdiği hak parayla ölçülebilir nitelikte olmalı ve hakkın tedavül kabiliyeti bulunmalıdır¹⁶. Yine kanunda ifade edildiği gibi bu hakkın senetten ayrılması mümkün olmamalı; senet hakkın varlığına delil iken, hak ancak senetle vuku bulabilmelidir.

¹³ Norhayati Abdullah ve Masri Azrul Nayan, “Green Sukuk: Financing the Future to Sustainable Environment,” *International Journal of Zakat and Islamic Philanthropy* 2, S. 2, (2020): 14-23.

¹⁴ Türk Ticaret Kanunu’nun 645. maddesi, bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6102.pdf>.

¹⁵ Abuzer Kendigelen / İsmail Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*, (On iki Levha Yayıncılık, Baskı 7, İstanbul 2023), s. 10; Halitoğlu, İsmail, “Menkul Kıymet İhracı ve Tedavülünün Meşruiyeti (Hisse Senetleri, Sukûk, Yatırım Fonları),” *Kilis 7 Aralık Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 7, S. 1 (2020): 351-387. s. 364; Tarık Han, Ahmad Habib, “Risk Yönetimi - İslami Finans Endüstrisindeki Sorunların Analizi,” *İslami Araştırma ve Eğitim Enstitüsü, İslami Kalkınma Bankası*, (2003), 55.

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Abuzer Kendigelen / İsmail Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*, (On iki Levha Yayıncılık, Baskı 7, İstanbul 2023), s. 25; Hasan Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukununun Esasları*, Ankara 2023, s. 120; Poroy Reha/Tekinalp Ünal, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, İstanbul 2021, s. 43.

Sukukun tanımına baktığımızda, kıymetli evrak ile örtüştüğünü görebiliriz. İslam hukuku temelli, maddi kıymeti haiz bir finans aracı olan sukuk özelliklerine baktığımızda, sahibinin (hamilinin) bir yatırım projesine dahil olması için sadece sukuku elinde bulundurmasının yeterli olduğunu görürüz. Yatırımcıların haklarının ve yükümlülüklerinin ellerindeki senetlerle sınırlı olması, senetle hakkın birbirine bağlı olduğunu gösterir. Bu senetten doğan hak ve borçlar, ancak sukuku elinde bulunduran için sonuç doğurur. Bu özellikler, sukukun kıymetli evrak olarak kabul edilebileceğini gösteren emarelerdir. Sukukun kıymetli evrak olmasının bir sonucu olarak, yatırımcıların sorumluluğu satın aldıkları sukuk ile sınırlıdır. Bu nedenle, yatırım yaptıkları projeye ilişkin olumsuz bir durum ortaya çıkarsa, yatırımcının bütün malvarlığına gidilmesi mümkün olmayacaktır¹⁷. Bu durum, küçük ölçekli yatırımcıların büyük çaplı projelere dahil olmasını kolaylaştıran önemli bir faktördür¹⁸.

Sukuk terimi “kira sertifikası” olarak da kullanılmaktadır¹⁹. Nitekim hukukumuzda Kira Sertifikaları Tebliği’nde²⁰ kira sertifikası; “*Her türlü varlık ve hakkın finansmanını sağlamak amacıyla varlık kiralama şirketi tarafından ihraç edilen ve sahiplerinin bu varlık veya haktan elde edilen gelirlerden payları oranında hak sahibi olmalarını sağlayan menkul kıymet*” olarak ifade edilmiştir²¹.

Buna göre sukukun özellikleri şöyle sıralanabilir;

- Sukuk sahibi hamil, kolaylıkla her hangi projeye ortak olabilir yahut payını olarak ortaklıktan ayrılabilir. Bu özelliği nedeniyle yatırımcılar düşük bedellerle büyük projelerin bir parçası olabilmektedir.
- Sukukun İslam hukuku kaynaklı bir yatırım aracı olmasının bir sonucu olarak faiz getirisi yasaktır. Sukukun getirileri faizden değil sukuk varlıklarından elde edilen gelirden kâr payı alma²² yahut kira geliri şeklinde gerçekleşmektedir²³.

¹⁷ İsmail Halitoğlu, “Menkul Kıymet İhracı ve Tedavülünün Meşruiyeti (Hisse Senetleri, Sukûk, Yatırım Fonları),” *Kilis 7 Aralık Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 7, S. 1 (2020): 351-387, s. 354.

¹⁸ İsmail Halitoğlu, “Menkul Kıymet İhracı ve Tedavülünün Meşruiyeti (Hisse Senetleri, Sukûk, Yatırım Fonları)” *Kilis 7 Aralık Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 7, S. 1 (2020): 351-387, s. 354.

¹⁹ Ancak bu çalışmada sukuk kullanımı tercih edilmiştir.

²⁰ Sermaye Piyasası Kurulu’nun 07.06.2013 tarih ve 28670 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan III-61.1 sayılı Kira Sertifikaları Tebliği, 2013; bknz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/06/20130607-14.htm>.

²¹ Kaan Türkay, Ömer Limanlı ve Gülfer Tuna, “Kira Sertifikası (Sukuk), BİST Sürdürülebilirlik Endeksi ve Devlet Tahvili Arasındaki Zamanla Değişen Nedensellik İlişkisi: Türkiye Örneği,” *Fiscaoeconomia* 7, S. 2, (2023): 1028-1066.

²² Yatırımcıların kâra katılımı sukukun başlangıçtaki ihraç anında belirtilen paylaşma oranına göre iken zarara katılma oranı ortaklık payına göre belirlenmektedir; bknz. Erdal Yılmaz, “Yeni Bir Finansal Araç Olarak Sukuk: Çeşitleri, Türkiye Uygulaması ve Vergilendirilmesi” *Muhasebe ve Finansman Dergisi*, S. 61, (2014): 81-100.

²³ Erdal Yılmaz, “Yeni Bir Finansal Araç Olarak Sukuk: Çeşitleri, Türkiye Uygulaması ve Vergilendirilmesi” *Muhasebe ve Finansman Dergisi*, S. 61, (2014): 81-100.

- Sukuk, likit bir finansal araç olduğu için temsil ettiği varlığın tedavül kabiliyeti olması halinde Şer'i hukuka uygun şartlar altında ikincil piyasalarda işlem görmesi mümkündür²⁴. Sukuk genellikle birincil piyasada ihraç edilip daha sonra ikincil piyasada alınıp satılabilir, böylelikle likiditesini artırır ve yatırımcılarına esneklik sağlar.
- Sukuk yatırımlarında, Şer'i hukukun özüne uygun olarak, yüksek belirsizlik içeren işlemler zarara sebebiyet verebileceği gerekçesiyle yasaklanmıştır²⁵. Ancak bu yatırımcının kazanç getirisinin garanti olduğu anlamına gelmeyecektir. Sukuk sahibi, yatırdığı paranın nominal değerinin önceden belirlenmiş bir oranında veya belirli bir miktarında kâr elde edeceğine dair başlangıçta bir öngöründe bulunamaz²⁶. Sonuç olarak sukuk sahibi yapmış olduğu yatırımın risklerine katlanacaktır. Dahası bakım veyahut sigortalama gibi kalemlerden ötürü sukuka bağlı bir masrafın ortaya çıkması durumunda sukuk sahibi bu masraflara da katlanmakla yükümlüdür²⁷.

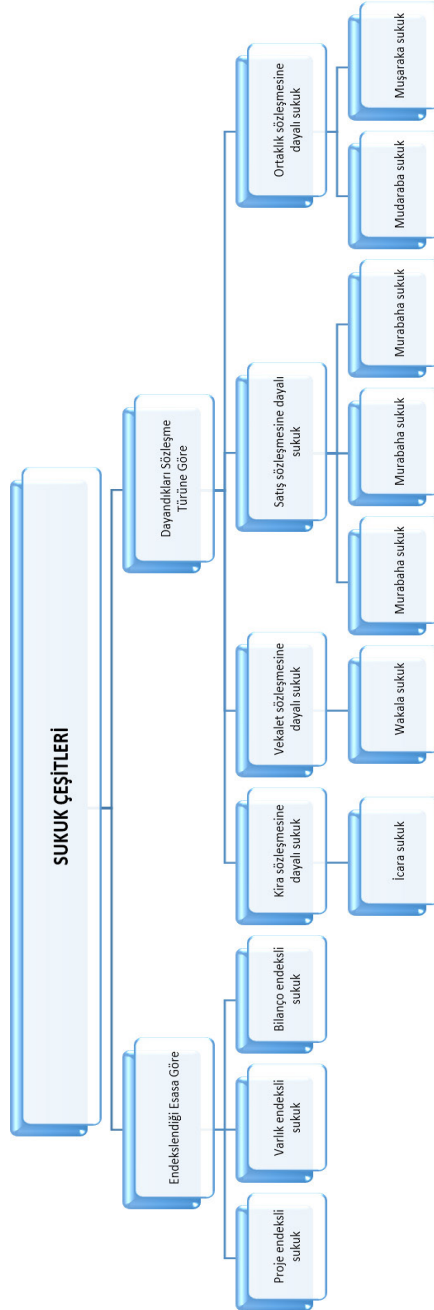
Sukukun kıymetli evrak niteliğinin bir sonucu olarak senetten doğan haklar sukuk sahibine belirli mal, hizmet veya bir menfaat üzerinde müşterek mülkiyet payı şeklinde bir hak kazandırmaktadır. Ayrıca bu senetler nama ya da hamiline yazılı olarak ihraç edilebilmektedir.

²⁴ İsmail Halitoğlu, 'Menkul Kıymet İhracı ve Tedavülünün Meşruiyeti (Hisse Senetleri, Sukûk, Yatırım Fonları)' *Kilis 7 Aralık Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 7*, S. 1 (2020): 351-387, s. 354.

²⁵ İsbet Ebru Yazıcıoğlu ve Hasan Kazak, "İslami Finansal Enstrümanlardan Birisi Olarak Sukuk: Hibrid Sukuk İçerisinde Yer Alan Murabaha Sözleşmelerinin İslami Hükümlere Uygunluk Yönünden İncelenmesi" *6 Journal of Life Economics*, S. 1, (2019): 91-118, s. 94.

²⁶ İsmail Halitoğlu, 'Menkul Kıymet İhracı ve Tedavülünün Meşruiyeti (Hisse Senetleri, Sukûk, Yatırım Fonları)' *Kilis 7 Aralık Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 7*, S. 1 (2020): 351-387, s. 354.

²⁷ Mecm'au'l-Fkhi'l-İslamî, Karârât, 576; AAOIFI, el-Meâyîru's-Şer'iyye, 17. Standart, 240; İsmail Halitoğlu, "Menkul Kıymet İhracı ve Tedavülünün Meşruiyeti (Hisse Senetleri, Sukûk, Yatırım Fonları)" *Kilis 7 Aralık Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 7*, S. 1 (2020): 351-387, s. 354.



Tablo 1: Yeşil Sukuk Çeşitleri²⁸

²⁸ İsmail Halitoğlu, "Menkul Kıymet İhracı ve Tedavülünün Meşruiyeti (Hisse Senetleri, Sukûk, Yatırım Fonları)" *Kilis 7 Aralık Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 7, S. 1 (2020): 351-387, s. 354.

II. YEŞİL YATIRIM ARAÇLARI

Dünyada yeşil projelerin fonlanmasına yönelik veya sürdürülebilir kalkınma hedeflerine ulaşmak için kullanılan finansman yöntemleri sınırlıdır. Bunların en önemli örneklerinden biri “yeşil tahviller”dir. Yeşil tahviller, çevre kirliliğinin azaltılması, hava kirliliği seviyelerinin düşürülmesi gibi yeşil projelerin ve diğer çevre dostu projelerin finansmanı amacıyla ortaya çıkmış olan bir finansman aracıdır²⁹. İlk kez 2007 yılında Dünya Bankası tarafından ihraç edilen yeşil tahviller, gelirlerin yalnızca iklim veya çevre dostu yeşil projelere yatırıldığı bir sermaye piyasası aracıdır³⁰. Ülkelerin çevresel konulara duyarlılığının artmasıyla birlikte yeşil tahvil piyasasının önemi de her geçen gün artmaktadır. Endonezya, Malezya, Hong Kong, Çin, Hindistan gibi birçok ülke kendi ülke ve bölgelerindeki sürdürülebilir kalkınma programlarını finanse etmek için yeşil tahvil ihraç etmiştir³¹. Bu tahvillerin piyasaya sürüldükten sonra gelişim süreci hızlı olmuş ve yeşil tahvil talebi 3,4 milyar ABD dolarından 156 milyar ABD dolarına yükselmiştir³². Küresel alanda bakıldığında Çin, 2010 yılında toplam 110 milyar dolarlık yeşil tahvil ihracıyla en büyük yeşil tahvil ihraç eden ülkedir³³. Onu, aynı yıl 10 milyar dolara kadar yeşil tahvil ihraç eden Hindistan takip etmektedir³⁴.

Getirisi ve vadesi göz önünde bulundurulduğunda yeşil tahviller geleneksel tahvillerle benzer özelliklere sahip olsa da yeşil tahvillerde fon ve gelirlerin kullanımına ilişkin bazı ek yükümlülükler mevcuttur. En önemli ayırım yeşil tahville yatırım yapılabilecek alanların sınırlı olmasıdır. Yeşil tahvil gelirleri yalnızca yenilenebilir enerji üretim ve iletim projeleri, enerji verimliliğini artırıcı yatırımlar, kirliliğin önlenmesi veya azaltılmasına yönelik projeler, doğal yaşamın sürdürülebilirliğine yönelik yatırımlar, sürdürülebilir su kaynakları yönetimine yönelik yatırımlar gibi yeşil proje yatırımları ile temiz ulaşım ve karbon emisyonlarının

²⁹ Sisodia, G., Joseph, A. and Dominic, J., “Whether corporate green bonds act as armour during crises? Evidence from a natural experiment,” *International Journal of Managerial Finance* 18, S. 4, (2022): 701-724; Ulfah, I.F., Sukmana, R., Laila, N. and Sulaeman, S. “A structured literature review on green sukuk (Islamic bonds): implications for government policy and future studies,” *Journal of Islamic Accounting and Business Research*, S. 3, (2023).

³⁰ Çetin, D. T., “Green bonds in climate finance and forecasting of corporate green bond index value with artificial intelligence” *Journal of Research in Business* 7, S. 1, (2022): 138-157, s. 139.

³¹ Ulfah, I.F., Sukmana, R., Laila, N. and Sulaeman, S. “A structured literature review on green sukuk (Islamic bonds): implications for government policy and future studies,” *Journal of Islamic Accounting and Business Research*, S. 3, (2023).

³² Zhang, L., Huang, F.L.L., Ni, X. and Iqbal, S., “Energy financing for energy retrofit in COVID-19: Recommendations for green bond financing,” *Environmental Science and Pollution Research* 29, S. 16, (2022): 23105-23116.

³³ Ulfah, I.F., Sukmana, R., Laila, N. and Sulaeman, S. “A structured literature review on green sukuk (Islamic bonds): implications for government policy and future studies,” *Journal of Islamic Accounting and Business Research*, S. 3, (2023).

³⁴ Prakash, N. and Sethi, M. “A review of innovative bond instruments for sustainable development in Asia”, *International Journal of Innovation Science*, (2021).

azaltılmasına yönelik yatırımlarda kullanılabilirliktedir³⁵. Yeşil tahvillerin faydası sadece yatırımcılar için değil aynı zamanda ihraççılar için de büyüktür. Şöyle ki, yeşil tahviller düşük faiz oranları ve ihraç maliyetleri, yüksek uzun vadeli finansman, kaynakların kullanımında şeffaflık, ihraççının itibarının ve yatırımcıların iklim farkındalığının artırılması ve devlet-özel sektör ortaklıklarının desteklenmesi gibi avantajlar barındırmaktadır. Diğer yandan standartlaşma eksikliği, raporlamada şeffaflığın yeterli olmaması, raporlama ve izlemenin ek maliyetleri, düşük piyasa derinliğinden kaynaklı likidite ve yatırımcı duyarlılığının yetersiz olması da yeşil tahvillerin dezavantajlarından sayılabilir³⁶.

Bir diğer yeşil finansman aracı ise sosyal tahvildir. Sosyal tahviller, 2010 yılından bu yana var olan finansman araçlarından biridir. Sosyal finansman mekanizması, sosyal projelerin finansmanında devreye alınmakta ve hükümetler tarafından kullanılmaktadır³⁷. Uluslararası Sermaye Piyasası Birliği'nin 2020 yılı raporuna göre³⁸ sosyal tahviller, yalnızca gereklilikleri karşılayan sosyal projelerin bir kısmının veya tamamının finansmanına yöneliktir. Sosyal tahviller çevre projelerinde kullanılabileceği gibi sermaye toplamak amacıyla da kullanılabilir. Sosyal tahvili ihraç eden ilk ülke Endonezya'dır. Hindistan ise bu finansmana ülkedeki kadınların güçlendirilmesi programlarını desteklemek için başvurmuştur.

Bir başka finansman modeli olan sürdürülebilirlik tahvilleri, sabit gelir planına sahip borçlanma senetleri veya menkul kıymetlerdir. Bu tahvillerin temel amacı, yatırımcıların çevresel ve sosyal faydalar sağlayan projelere yatırım yapmasını teşvik etmek ve bu projelerin finansal piyasalar aracılığıyla desteklenmesini sağlamaktır. Genellikle belirli sürdürülebilirlik hedefleri ve performans göstergeleri doğrultusunda ihraç edilirler ve ihraççıların bu hedeflere ulaştıklarını düzenli olarak raporlaması beklenir. Sürdürülebilirlik tahvilleri, sürdürülebilir kalkınma hedeflerini destekleyen projeler ile sosyal amaç güden projeleri kasıtlı olarak birleştirir. Örneğin, bir sürdürülebilirlik tahvili hem yenilenebilir enerji projelerine hem de dezavantajlı topluluklar için sağlık hizmetleri geliştirme projelerine fon sağlayabilir. Bu şekilde, yeşil tahviller ile sosyal tahviller arasında

³⁵ ICMA. (2018, June). Green Bond Principles: Voluntary Process Guidelines for Issuing Green Bonds. International Capital Market Association. <https://www.icmagroup.org/sustainable-finance/the-principles-guidelines-and-handbooks/green-bond-principles-gbp/#translations>; Çetin, D. T., "Green bonds in climate finance and forecasting of corporate green bond index value with artificial intelligence" *Journal of Research in Business* 7, S. 1, (2022): 138-157, s. 140.

³⁶ Çetin, D. T., "Green bonds in climate finance and forecasting of corporate green bond index value with artificial intelligence" *Journal of Research in Business* 7, S. 1, (2022): 138-157, s. 140.

³⁷ Ulfah, I.F., Sukmana, R., Laila, N. and Sulaeman, S. "A structured literature review on green sukuk (Islamic bonds): implications for government policy and future studies," *Journal of Islamic Accounting and Business Research*, S. 3, (2023).

³⁸ International Capital Market Association, 'ICMA Quarterly Report: Second Quarter 2020' (ICMA, 2020) https://www.icmagroup.org/assets/documents/Regulatory/Quarterly_Reports/ICMA-Quarterly-Report-Second-Quarter-2020.pdf erişim tarihi [21.05.2024].

bir bağlantı oluşturarak, çevreye ve topluma olumlu etkisi olan tüm projelerin finansmanında kullanılmaları amaçlanmaktadır. Sürdürülebilirlik tahvilleri, yeşil tahvillerle benzer bir yapıya sahiptir, ancak sadece gezegele ilgili sürdürülebilir kalkınma hedefleri için kullanımı açısından farklılık gösterir. Ayrıca, sürdürülebilirlik yükümlülükleri sadece gezegele için değil, aynı zamanda insanlar için de geçerlidir³⁹.

Bu çalışmanın konusu olan yeşil sukuk da anılan bu çevre dostu yatırım araçlarından biri olarak gösterilebilir. Diğer yatırım finansman araçlarıyla farklarına aşağıda değinilecektir.

III. YEŞİL SUKUKUN ORTAYA ÇIKIŞI

İklim değişikliğinin varlığını hissettirerek bir soruna dönüşmeye başlaması ile birlikte ülke ekonomileri de buna yönelik tedbirler almaya başlamıştır. Ekonomi politikalarının iklim değişikliği ile mücadele etmeye yönelik şekillendirilmesi de ülkeler için önemli bir hedef haline gelmiştir. İklim değişikliği ile mücadele ve daha sürdürülebilir bir dünya için öncelik çevre dostu enerji kaynaklarına geçiştir⁴⁰.

Paris Anlaşması'nda alınan kararlara istinaden, yatırımların odak noktasının küresel enerji kaynaklı karbondioksit emisyonlarını 2050 yılına kadar net sıfıra indirmek ve küresel sıcaklık artışını 1,5°C ile sınırlamak olması gerekmektedir⁴¹. Çevre dostu enerji kaynaklarına geçiş için gerekli teknolojilere yapılan küresel yatırım 2022'de 1,3 trilyon ABD doları tutarında yeni bir rekora ulaşmış olsa da sıcaklık artışını 1,5°C ile sınırlı kılabilmek için yıllık yatırımların dört kattan fazla artarak 5 trilyon ABD dolarının üzerine çıkması gerekmektedir⁴². 2030 yılına kadar ise kümülatif yatırımların 44 trilyon ABD dolarına ulaşması gerekiyor; geçiş teknolojileri toplamın yüzde 80'ini temsil ediyor veya verimlilik, elektrifikasyon, şebeke genişletme ve esnekliğe öncelik veren 35 trilyon ABD doları gerekmektedir. Bu sorunun üstesinden gelmek için Dünya Bankası 2008'den bu yana yeşil tahvillerin kullanımını teşvik etmektedir. Bu finansman mekanizması, dünya çapında temiz enerji geliştirme projelerini finanse etmek için 6,4 milyar ABD doları toplamayı başarmıştır⁴³.

³⁹ Prakash, N. and Sethi, M. "A review of innovative bond instruments for sustainable development in Asia", *International Journal of Innovation Science*, (2021).

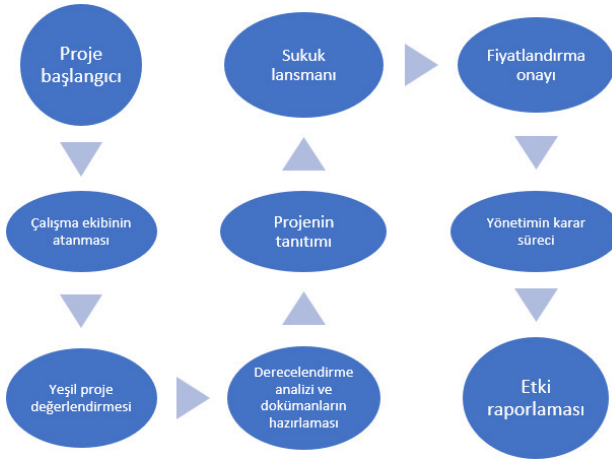
⁴⁰ J.S. Keshminder, Gurmit Kaur Bariam Singh, Zainora AB. Wahid, Mohammad Syafiq Abdullah, "Green sukuk: Malaysia taking the lead," *Malaysian Journal of Consumer and Family Economics* 22, S. 2, (2019): 1-22.

⁴¹ The Paris Agreement. Erişim Tarihi: Şubat 23, 2024, https://unfccc.int/files/essential_background/convention/application/pdf/english_paris_agreement.pdf.

⁴² Irvine, L., Grifferty, M. P., & Cowman, A., "Green Sukuk: The race to be first," *Islamic Finance News*, (2014).

⁴³ J.S. Keshminder, Gurmit Kaur Bariam Singh, Zainora AB. Wahid, Mohammad Syafiq Abdullah, "Green sukuk: Malaysia taking the lead," *Malaysian Journal of Consumer and Family Economics* 22, S. 2, (2019): 1-22.

İşte İslami finans aracı olan yeşil sukuk, özellikle yeşil yatırım hedeflerine sahip sorumlu yatırımcılardan özel ve uluslararası finansmana erişim başta olmak üzere, iklim değişikliğinin azaltılması ve uyumuna yönelik yatırımların önünü açma potansiyeline sahip bir yatırım aracıdır⁴⁴. Temmuz 2017’de, Malezya merkezli bir yenilenebilir enerji şirketi olan Tadau Energy dünyanın ilk yeşil sukukunu ihraç etmiştir⁴⁵. 16 yıl vadeli ve 250 milyon Ringgit (58 milyon ABD Doları) değerindeki anlaşma, Malezya’da güneş enerjisi projelerini finanse etmek amacıyla gerçekleştirilmiştir⁴⁶. Aynı yıl içinde, Malezya’nın sermaye piyasası düzenleyicisi olan Menkul Kıymetler Komisyonu, Hong Kong ve Singapur gibi diğer finans merkezlerinde olduğu gibi ihraç ve doğrulama maliyetlerini destekleyecek bir yeşil sukuk hibe programını duyurmuştur⁴⁷. 2017’den günümüze kadar Malezya’da toplamda 5.8 milyar Ringgit (yaklaşık 1.4 milyar ABD Doları) değerinde on adet yeşil sukuk ihracı gerçekleştirilmiştir⁴⁸.



Tablo 2: Yeşil Sukuk İhraç Süreci⁴⁹

⁴⁴ Dina Azhgaliyeva, Zhanna Kapsalyamova, "Financing Climate Change Mitigation Using Green Sukuk," *International Association for Energy Economics*, (2022) s. 16.

⁴⁵ Ahmad Tajjudin Rozman and Nurul Afiah Azmi, "Green Sukuk, Environmental Issues and Strategy," *IOP Conf. Series: Earth and Environmental Science* 1067, (2022).

⁴⁶ Sustainable finance, Can Sukuk become a driver of solar and green energy growth?, Deloitte Islamic finance Insights Series Leading by engaging. <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/xs/Documents/financial-services/Deloitte-solar-energy-report.pdf>.

⁴⁷ Ahmad Tajjudin Rozman and Nurul Afiah Azmi, "Green Sukuk, Environmental Issues and Strategy," *IOP Conf. Series: Earth and Environmental Science* 1067, (2022).

⁴⁸ Mohamed Cherif El Amri, Mustafa Omar Mohammed ve Mohamed Hamoud Abdi, 'How Green Sukuk Structure Contributes to SDGs?', in: Mohd Ma'Sum Billah, *Islamic Wealth and the SDGs*, (1. Baskı, Springer 2021), 621-637.

⁴⁹ Mohamed Cherif El Amri, Mustafa Omar Mohammed ve Mohamed Hamoud Abdi, 'How Green Sukuk Structure Contributes to SDGs?', in: Mohd Ma'Sum Billah, *Islamic Wealth and the SDGs*, (1. Baskı, Springer 2021), 621-637.

IV. YEŞİL SUKUKUN ÖNEMİ

“Sukuk” kelimesinin kökü Arapça’dan ve İslam hukukundan gelmektedir⁵⁰. Sukuk Arapça’da belirli projelerin veya yatırım faaliyetleri gibi varlık sahipliğinin kanıtı olarak hizmet eden sertifikaları ifade etmektedir⁵¹. Yeşil sukuk ise daha özel bir amaçla kullanılan çevre dostu projeleri finanse etmek için tasarlanmış olan Şer’i uyumlu finansal araçlardır⁵². İslami finansın temelinde yatan saik uzun vadeli faydalar elde etmek ve her zaman insanlara fayda sağlayan faaliyetlerin içinde olmaktadır. Bundan dolayı İslami finans, gerçek ekonomik faaliyetleri ve sürdürülebilir kalkınmayı desteklerken; kumar, açığa satış ve topluma zarar veren faaliyetlerin finansmanını içeren ürünleri yasaklamaktadır⁵³. Hatta sukukun yapısı gereği belirsizlik içeren işlemler de zarar tehlikesi barındırması sebebiyle yasaklanmıştır⁵⁴.

Sukukun faiz içermemesi ve şeriat ilkelerini aşmadan yatırımcılara getiri sağlaması kullanım alanını yaygınlaştırmıştır⁵⁵. Sukuktan elde edilen gelir kira geliri ve kâr payı şeklinde ortaya çıkmaktadır⁵⁶. Sukuka yatırım yapılırken ihraççının yatırımcıya herhangi bir kâr taahhüdü bulunmamakta ya da belli bir kâr oranı üzerinde anlaşma söz konusu olmamaktadır⁵⁷. Sukuka yatırım yapanlar kâra katılırken ihraç aşamasında belirlenmiş olan paylaşma oranı dikkate alınmakta iken, zarara katlanırken ortaklık payına göre hesaplama yapılmaktadır⁵⁸.

⁵⁰ Sukuk esasen “yazılı belge ya da resmi tutanak” anlamına gelen “sak” kelimesinin çoğulunu ifade etmek için kullanılmaktadır. Arapça’da bono ve tahvile karşılık “senet” teriminin kullanılması tercih edilirken; tahvilin faizsiz olduğunu ifade etmek için sukuk kelimesi tercih edilmektedir. Günümüzde İslami tahvil, varlığa dayalı tahvil ve kira sertifikası gibi finansal araçlar için de sukuk ifadesi kullanılmaktadır. Ayrıntılı açıklama için bkz. Buket Çatakoğlu, ‘Türk Sermaye Piyasası Hukuku’nda Borçlanma Araçları’, (1. Baskı, Seçkin Yayınları 2016), s. 49.

⁵¹ Mat Rahim, S. R., & Mohamad, Z. Z., “Green Sukuk for Financing Renewable Energy Projects,” *Turkish Journal of Islamic Studies* 5, S. 2, (2018): 129-144.

⁵² Ahmad Tajjudin Rozman and Nurul Afifah Azmi, “Green Sukuk, Environmental Issues and Strategy,” *IOP Conf. Series: Earth and Environmental Science*, (2022): 1067; Alam, N., Duygun, M., & Ariss, R. T., “Green Sukuk: An Innovation in Islamic Capital Markets BT - Energy and Finance: Sustainability in the Energy Industry” (A. Dorsman, Ö. Arslan-Ayaydin, & M. B. Karan (eds.); (Springer International Publishing 2016): 167-185); Azhgaliyeva, D., Kapoor, A., & Liu, Y., “Green bonds for financing renewable energy and energy efficiency in South-East Asia: a review of policies,” *Journal of Sustainable Finance & Investment* 10, S. 2, (2020): 113-140. <https://doi.org/10.1080/20430795.2019.1704160>.

⁵³ Kammer, A., Norat, M., Pinon, M., Prasad, A., Towe, C. M., & Zeidane, Z., “Islamic Finance: Opportunities, Challenges, and Policy Options” (2015) (SDN/15/05; IMF Staff Discussion Note). <https://www.imf.org/en/Publications/Staff-Discussion-Notes/Issues/2016/12/31/Islamic-Finance-Opportunities-Challenges-and-Policy-Options-42816>.

⁵⁴ Buket Çatakoğlu, “Türk Sermaye Piyasası Hukuku’nda Borçlanma Araçları” Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, (2015) s. 50.

⁵⁵ Suwanan, A. F., Putro, A. C., Triyanto, A., Munir, S., & Merlinda, S., “Analysis of the impacts and challenges of Covid-19 on green sukuk in Indonesia” (2021).

⁵⁶ Buket Çatakoğlu, “Türk Sermaye Piyasası Hukuku’nda Borçlanma Araçları” Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, (2015) s. 50.

⁵⁷ Hakan Aslan, Alternatif Bir Yatırım ve Finansman Aracı Olarak Sukuk: Yapısı, İşleyişi ve Türkiye Piyasası İçin Öneriler, Yüksek Lisans Tezi, (2012) s. 56.

⁵⁸ Buket Çatakoğlu, “Türk Sermaye Piyasası Hukuku’nda Borçlanma Araçları” Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, (2015) s. 50.

Sukukun bir çeşidi olan ve daha sürdürülebilir bir dünya hedefiyle önem kazanan yeşil sukuk, yenilenebilir enerji kaynaklarının finansmanı için kullanılabilir, enerji ve sermaye piyasasını bir araya getiren, diğerlerine alternatif bir yatırım aracıdır. Yeşil sukuk geniş bir yatırımcı yelpazesine hitap ederken, Şer'i hukuka uygun hareket etmeyi hedefleyen yatırımcılar da bu çevre dostu yatırımlarda yer alabilmekte ve dahası yeşil finans olarak yeşil sukuk, yeşil projelere odaklanan yatırım akışlarının artmasına da katkıda bulunmaktadır⁵⁹. Küresel bazda yeşil sukuk ihracı 2022'deki 9,4 milyar dolarlık rekor ihracın ardından 2023'ün ilk dokuz ayında 10,1 milyar dolara ulaşmıştır⁶⁰.

Yeşil sukuk, İslami değerleri takip eden finansal araçlara olan ihtiyaca cevap verebilmenin yanı sıra, sürdürülebilir kalkınma programlarını finanse ederek Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri 2030⁶¹ gündemini gerçekleştirebilecektir. Bu nedenle çevre için muazzam faydalara ve potansiyele sahiptir⁶². Yeşil sukuk ihracına dahil olan tüm paydaşların, çevresel sürdürülebilirliği ve iklim değişikliğini destekleyen kurumlar olarak kendileri veya kuruluşları için talepte bulunmasına, tanıtım yapmasına ve imaj yaratmasına izin verilmektedir. Sonuç olarak, yeşil sukukun hem finansal olarak kapsayıcı olması hem de sosyal sorumluluk bilincini destekleyici olması nedeniyle İslami usullere uygun hareket eden yatırımcıların çoğunlukta yaşadığı ülkelerin hedeflenen Sürdürülebilir Kalkınma Hedeflerine ulaşmalarına yardımcı olma konusunda önemli bir rol oynadığı söylenebilir⁶³.

V. SÜRDÜRÜLEBİLİRLİK VE YEŞİL SUKUK ARASINDAKİ İLİŞKİ

Yakın zamana kadar çevrenin korunmasına ve iklim değişikliğinin önlenmesine gösterilen ilgi şirketlerin sosyal sorumluluğunun bir parçası olarak algılanmaktaydı. Şirketler sosyal sorumluluk hedeflerini belirlemekte ve bunları

⁵⁹ Meo, M. S., & Abd Karim, M. Z. "The role of green finance in reducing CO 2 emissions: An empirical analysis. Borsa Istanbul," *Review* 22, S. 1, (2022): 169-178. <https://doi.org/10.1016/j.bir.2021.03.002>; Rasoulinezhad, E., & Taghizadeh-Hesary, F., "Role of green finance in improving energy efficiency and renewable energy development" *Energy Efficiency* 15, S. 2, (2022). <https://doi.org/10.1007/s12053-022-10021-4>; Donna Vanny Araminta, Qudziyah, Yan Putra Timur, "The Role of Green Sukuk in Realizing the Sustainable Development Goals 2030 Agenda," *Jurnal Ekonomi & Bisnis Islam* 8, S. 2, (2022): 251-266.

⁶⁰ https://ukifc.com/wp-content/uploads/2023/12/GEFI592_Refinitive_Report_20231202.pdf; Ahmad Tajjudin Rozman and Nurul Afiqah Azmi, "Green Sukuk, Environmental Issues and Strategy," *IOP Conf. Series: Earth and Environmental Science* 1067, (2022).

⁶¹ <https://www.undp.org/sustainable-development-goals>.

⁶² Donna Vanny Araminta, Qudziyah, Yan Putra Timur, "The Role of Green Sukuk in Realizing the Sustainable Development Goals 2030 Agenda," *Jurnal Ekonomi & Bisnis Islam* 8, S. 2, (2022): 251-266.

⁶³ Donna Vanny Araminta, Qudziyah, Yan Putra Timur, "The Role of Green Sukuk in Realizing the Sustainable Development Goals 2030 Agenda," *Jurnal Ekonomi & Bisnis Islam* 8, S. 2, (2022): 251-266.

J. S. Keshminder, Mohammad Syafiq Abdullah, M. Mardi, "Green sukuk - Malaysia surviving the bumpy road: performance, challenges and reconciled issuance framework," *Qualitative Research in Financial Markets* 14, S. 1, (2022): 76-94.

tamamen yasal, hatta etik ve ahlaki amaçlarla yerine getirmekteydi. Şirketlerin hedeflediği sonuçlar firmanın kurumsal iş modeli ve pazar beklentilerinden tamamen bağımsızdı⁶⁴. Ancak zamanla şirketlerin davranışları ve yaklaşımları çeşitli faktörlerle değişkenlik göstermiş ve bu durum sürdürülebilirlik uygulamalarına yatırımlarının artmasına neden olmuştur. Bu faktörler şirketlerin sürdürülebilir hedeflerine yönelik hassasiyet, düzenleyici gelişmelere uyum sağlama ihtiyacı, ürünlerin kalitesini artırma ve aynı zamanda üretim maliyetlerini düşürme ihtiyacı, yeni pazar fırsatları ve giderek daha önemli hale gelen tüketicilerin gözündeki imaj ve itibarı iyileştirme ihtiyacı olarak sıralanabilir⁶⁵. Şirketlerin yeşil uygulamalar ile başarı arasındaki gittikçe büyüyen bağlantının farkına varmasıyla birlikte⁶⁶ sürdürülebilirliğin şirketlere etkisi sınırlarını yalnızca çevresel sorunlarla ilgili olmaktan çıkarıp şirketin genel iş modelini kapsayacak şekilde genişletmiştir⁶⁷.

Şirketlerin sürdürülebilirlik konusunda yaklaşımlarını değiştirmelerine sebebiyet veren önemli faktörlerin başında uluslararası anlaşmalar gelmektedir. Zira 2015 yılında Paris Anlaşması'nın⁶⁸ imzalanmasıyla başlayan iklim değişikliği ile mücadele ve sürdürülebilir kalkınmanın sağlanması süreci, 2016 yılında Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen Sürdürülebilir Kalkınma Amaçlarının açıklanması ile devam etmiş ve 2019 yılında Avrupa Birliği tarafından yayımlanan Avrupa Yeşil Mutabakat belgesi ile perçinlenmiştir.

Henüz taslak aşamasında olsa da Avrupa Komisyonu tarafından 23 Şubat 2022 tarihinde yayımlanan Kurumsal Sürdürülebilirlik ve Özen Yükümlülüğü Direktifi'nin de (Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive - CSDD)⁶⁹ küresel tedarik zincirlerinde özellikle büyük ölçekli şirketlerin ve yöneticilerinin kurumsal faaliyetlerinin çevresel ve sosyal etkilerine ilişkin özen yükümlülüğünün tesis edilmesine katkı sağlayacağı muhakkaktır.

Dünyadaki gelişmelere ayak uydurmak ve küresel iklim değişikliği ile mücadeleye katkı sağlamak amacıyla ülkemizde de T.C. Cumhurbaşkanlığı tarafın-

⁶⁴ Naciti, V., Cesaroni, F. & Pulejo, L. "Corporate governance and sustainability: a review of the existing literature," *J Manag Gov* 26, (2022): 55-74, s. 63.

⁶⁵ Poddar, A., Narula, S. A., & Zutshi, A. "A study of corporate social responsibility practices of the top Bombay Stock Exchange 500 companies in India and their alignment with the Sustainable Development Goal" *Corporate Social Responsibility and Environmental Management* 26, S. 6, (2019): 1184-1205, s. 1190.

⁶⁶ Fernando, Y., Jabbar, C. J. C., & Wah, W. X., "Pursuing green growth in technology firms through the connections between environmental innovation and sustainable business performance: Does service capability matter?" *Resources, Conservation and Recycling*, S. 141, (2019): 8-20, s. 9.

⁶⁷ Naciti, V., Cesaroni, F. & Pulejo, L. "Corporate governance and sustainability: a review of the existing literature," *J Manag Gov* 26, (2022): 55-74, s. 62.

⁶⁸ The Paris Agreement. Erişim Tarihi: Şubat 23, 2024, https://unfccc.int/files/essential_background/convention/application/pdf/english_paris_agreement.pdf.

⁶⁹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0071>.

dan hazırlanan Kalkınma Planları⁷⁰ ve Orta Vadeli Programlarda çeşitli strateji ve önceliklere yer verilmiştir. T.C. Ticaret Bakanlığı tarafından 2021 yılında hazırlanan Yeşil Mutabakat Eylem Planı ülkemizin iklim değişikliği ile mücadele stratejisinin belirlenmesinde önemli bir belge olmuştur⁷¹. Ayrıca Türk Ticaret Kanunu m.88 uyarınca yetkilendirilen Kamu Gözetimi Kurumu, Türkiye Sürdürülebilirlik Standartlarını belirlenmekte ve internet sitesinde yayımlanmaktadır⁷². Bütün bu adımlar sadece reel sektörde değil aynı zamanda finansal sistemde de dönüşümün başlamasında önemli dönüm noktaları olmuştur⁷³.

Yatırımlarda iklim değişikliği ile mücadelenin ve daha sürdürülebilir bir dünyada yaşamının hedeflenmesi ile birlikte İslam hukukunda da buna uyumlu bir yatırım aracına ihtiyaç duyulmuştur. İslami bankacılık, İslami fonlar, tekafül⁷⁴ veya İslami sigorta ve sukuk piyasası İslam yatırım hukukunun ana konularıdır⁷⁵. Bütün bunlar sürdürülebilir kalkınma hedeflerine katkıda bulunabilecek konumda şekillendirilirken Şer'i hukuka uyumlu olarak ihraç edilen "yeşil sukuk", geleneksel yatırımı hedefine koyan varlık yöneticileri için büyük ilgi uyandırdı⁷⁶.

Hem İslami yatırımlara hem de çevresel, sosyal, yönetim (ÇSY) (environmental, social, governance (ESG)) temelli yatırımlara bakıldığında her ikisinde de temel değerlerin ahlak, şeffaflık ve adalet ilkelerinin yönlendirdiği kavramlar olduğu gözlemlenebilir. Bu ortak payda iki değeri yeşil sukuk gibi bir yatırım aracıda bir araya getirmiştir. Yeşil sukuk aracılığıyla yapılan yatırımlarda yatırım hem Şeriata hem de ÇSY'ye uyumludur⁷⁷.

⁷⁰ <https://www.sbb.gov.tr/kalkinma-planlari/>.

⁷¹ Yeşil Mutabakat Eylem Planı, bkz. <https://ticaret.gov.tr/dis-iliskiler/yesil-mutabakat>.

⁷² Kamu Gözetimi Kurumu, bkz. <https://kgk.gov.tr/surdurulebilirlik>.

⁷³ Yeşil Sukuk Çalışma Raporu, T.C. Cumhurbaşkanlığı Finans Ofisi <https://www.cbfo.gov.tr/sites/default/files/docs/2022-05/cbfo-yesil-sukuk-calisma-raporu.pdf>.

⁷⁴ Tekafül, Arapça kökenli bir terim olup "karşılıklı yardımlaşma" anlamına gelir. İslam'da faiz, kumar ve belirsizlik gibi unsurlardan kaçınarak İslami sigorta prensiplerine dayanan bir sigorta sistemini ifade eder. Katılımcılar, belirli bir riski paylaşmak için bir araya gelir ve birbirlerinin zararlarını karşılamak üzere bir fon oluştururlar. Bu fon, zarar gören katılımcılara tazminat sağlamak için kullanılır. Tekafül işlemleri, İslami kurallara uygun olarak yürütülür ve genellikle bir şariat denetleme kurulu tarafından denetlenir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan Aslan, "Türkiye'de Tekafül (İslami Sigorta) Uygulamaları: Problemler ve Çözüm Önerileri," *Uluslararası İslam Ekonomisi ve Finans Araştırmaları Dergisi*, 2015, Y. 1, C. 1, S. 1; Siddiqi, M. N. (2006). Introduction to Islamic banking and finance. International Institute of Islamic Thought (IIIT).

⁷⁵ Corapi E. "Current Issues on the Transition to a Sustainable Economy in the European, Italian and Middle East Framework: Green Bonds Standards and Greenwashing," *European Business Law Review* 34, S. 7, (2023): 1167-1192, s. 1990.

⁷⁶ Corapi E. "Current Issues on the Transition to a Sustainable Economy in the European, Italian and Middle East Framework: Green Bonds Standards and Greenwashing," *European Business Law Review* 34, S. 7, (2023): 1167-1192, s. 1991.

⁷⁷ Corapi E. "Current Issues on the Transition to a Sustainable Economy in the European, Italian and Middle East Framework: Green Bonds Standards and Greenwashing," *European Business Law Review* 34, S. 7, (2023): 1167-1192, s. 1991.

Tabi ki bu uyumu genellemek mümkün değildir. Yani her ne kadar çeşitli örneklerde iki alan eşleşebilirse de bu her zaman mümkündür diyemeyiz. Zira, örneğin, bir yatırımcı bu tür şirketlerin olumlu bir sosyal ve çevresel etki yaratmadığı gerekçesiyle kumar veya alkolle iştigal eden şirketlere olan yatırımlarını kesebilir ya da bu şirketler kendi bünyesinde ise ortadan kaldırabilir. Bu durum Şer'i hukuka da uygun olacaktır. Ancak her ne kadar iki kavram benzer olsa da aslında bir o kadar da ayrıdır. Nitekim bir başka seferde aynı yatırımcı yüksek kaldıracağı bir güneş enerjisi çiftliği projesine yatırım yapabilir ki bu durum ÇSY penceresinden bakan biri için oldukça olumlu bir yatırım olsa da riba yasağı⁷⁸ nedeniyle şeriata uygun olmayacaktır⁷⁹.

Ancak ifade etmeliyiz ki, farklılıklar olsa da yeşil sukuk İslam ile ÇSY yatırımları arasında bir köprü vazifesi görmüştür. Zira sukuk arzına bir sürdürülebilirlik bileşeninin eklenmesi, geleneksel sukuk yatırımcılarının dışında kalan sosyal açıdan sorumlu yatırımcıları cezbetmiş ve onları varlıklarını çeşitlendirmeye ve bu tür arzulara katılmaya teşvik etmiştir. Yeşil sukuk yatırımları pandemi ile birlikte özellikle Körfez ülkelerin yatırım arayışına girmesi neticesi daha da artmıştır. Nitekim en önemli yeşil sukuk ihraçlarından biri Mart 2021'de Suudi Arabistan'da bulunan İslam Kalkınma Bankası tarafından gerçekleştirilmiştir. Banka 2,5 milyar ABD doları tutarındaki sürdürülebilirlik sukukunu ihraç etmiştir⁸⁰. İslam Kalkınma Bankası ayrıca Sürdürülebilir Kalkınma Hedeflerine olan bağlılığının bir parçası olarak, on yıllık strateji çerçevesi aracılığıyla Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri ile ilgili faaliyetlere yönelik finansmanını, Binyıl Kalkın-

⁷⁸ Riba, İslam hukukunda faiz veya faiz benzeri kazançları ifade etmektedir ve bu kavram, İslam'ın temel prensiplerinden biri olan riba yasağıyla ilişkilendirilir. Riba, parasal kredilerde veya borçlardaki asıl borç miktarına ilave edilen ek bir bedelin geri alınması veya ödenmesi olarak tanımlanabilir. İslam'a göre, riba kazancı haksız bir gelir olarak kabul edilir ve toplumda adaletsizlik ve ekonomik dengesizlik yaratır. Bu nedenle, İslam hukukunda riba yasağı kesin bir kural olarak kabul edilir ve ticari işlemlerde faiz kullanımı veya elde edilen faiz gelirleri haram olarak görülür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Khan Feisal, Zamir Iqbal, "Islamic finance: Principles and practice" (Edward Elgar Publishing, 2008).

⁷⁹ Corapi E. "Current Issues on the Transition to a Sustainable Economy in the European, Italian and Middle East Framework: Green Bonds Standards and Greenwashing," *European Business Law Review* 34, S. 7, (2023): 1167-1192, s. 1991; Muhammet Yurtseven, Kamola Bayram, Tawfik Azrak, "Islamic Finance System as a Catalyst for Sustainability in the Economy in Kabir Hassan, Mehmet Saraç, Ashraf Khan, *Islamic Finance and Sustainable Development. A Sustainable Economic Framework for Muslim and Non-Muslim Countries*, 285 (heidelberg: Springer, 2021); Mohammed Obaidullah, "Managing Climate Change: The Role of Islamic Finance," *Jeddah: Islamic Research and training Institute* 32, (2017); Mohamad, Saadiah, Tabatabaei, Ali, "Islamic Hedging: Gambling or Risk Management?," (August 27, 2008); Islamic Law and Law of the Muslim World Paper No. 08-47, 21st Australasian Finance and Banking Conference 2008 Paper, bkz. <https://ssrn.com/abstract=1260110> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1260110>; Ibrahim Abraham, "Riba and Recognition: Religion, Finance and Multiculturalism," *Essays from the AASR Conference*, 2008.

⁸⁰ "Islamic Development Bank Issues Largest Sustainability Sukuk Ever," Erişim Tarihi: Aralık 25, 2024. <https://www.isdb.org/news/islamic-development-bank-issues-largest-sustainability-sukuk-ever>.

ma Hedefleri sırasında kaydedilen 80 milyar dolardan öümüzdeki 15 yıl içinde 150 milyar dolara çıkaracağını duyurmuştur⁸¹.

İslami yatırım ile sürdürülebilirliği uyumlu hale getiren bu yaklaşımın bir diğer açık örneği, Kuveyt Finans Kurumu'na ait olan ve ülkemizde faaliyet gösteren Kuveyt Türk Katılım Bankası tarafından gerçekleştirilmiştir. Banka, İrlanda Borsası'nda listelenen yeniden belirlenebilir sürdürülebilirlik Tier 2 sertifikalarını 350 milyon dolarlık bir bedelle ihraç etmiştir⁸².

Sonuç olarak, yeşil sukukun geleneksel sukukun tüm özelliklerini taşıyan ve aynı zamanda çevreye duyarlılık bağlamında yeşil tahvillere benzeyen bir finansal araç olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır⁸³. Yeşil tahvillerde finanse edilmesi planlanan projelerin çevresel etkileri dikkate alınırken, yeşil sukuk hem çevresel etkileri hem de yatırım faaliyetinin Şer'i hukuka uygunluğunu dikkate almaktadır⁸⁴. Bir başka ifadeyle yeşil sukuk, yeşil tahvillerden farklı olarak ayrıca bir fihhi uyumluluk kıyaslama ve değerlendirmesine tabi olmaktadır⁸⁵. Bu anlamda yeşil sukukun İslami finansın diğer araçlarıyla karşılaştırıldığında daha iyi bir şekilde yenilenebilir enerji üretimi, atık yönetimi, sürdürülebilir tarım, enerji verimli binaların inşası gibi eko-sürdürülebilir girişimlerin finansmanında kullanılmaya uygun olduğunu söylemek mümkündür⁸⁶. Bu yönüyle yeşil sukukun geleneksel sukuka oranla daha geniş bir kitleye hitap ettiği söylenebilir⁸⁷.

⁸¹ Salman Ahmed Shaikh, M. Kabir Hassan, 'Progress on Sustainable Development Goals in Muslim Majority Countries', Islamic Perspective for Sustainable Financial System, (Ed. Mehmet Saraç, Mohammed Kabir Hassan) (Istanbul University Press, 2020).

⁸² "Kuveyt Türk'ten Türkiye'nin ve Dünyanın İlk Sürdürülebilir Sermaye Benzeri Sukuk İhracı | Bizden Haberler | Kuveyt Türk Hakkında | Hakkımızda | Kuveyt Türk Katılım Bankası." Erişim tarihi 14 Şubat 2024. <https://www.kuveytturk.com.tr/hakkimizda/kuveyt-turk-hakkında/bizden-haberler/kuveyt-turkten-turkiyenin-ve-dunyanin-ilk-surdurulebilir-sermaye-benzeri-sukuk-ihraci>.

⁸³ Mohammed Abdullah Syafiq, Keshminder Singh, "What Drives Green Sukuk? A Leader's Perspective," *Journal of Sustainable Finance and Investment* 12, S. 1 (2020): 985-1005; Basov Sureh ve Bhatti Ishaq, "Islamic Finance in the Light of Modern Economic Theory," 1 (London: Palgrave mac millan, 2016); Moghul Umar, Aly Samir Safar, "Green Sukuk: The Introduction of Islam's Environmental Ethics to Contemporary Islamic Finance" *Georgetown International Environmental Law Review* 27, S. 1, (2015).

⁸⁴ "Climate Bonds Initiative, Green Sukuk" (2020). Erişim Tarihi: Ocak 20, 2024, climatebonds.net/projects/facilitation/green-sukuk.

⁸⁵ Yeşil Sukuk Çalışma Raporu, T.C. Cumhurbaşkanlığı Finans Ofisi <https://www.cbfo.gov.tr/sites/default/files/docs/2022-05/cbfo-yesil-sukuk-calisma-raporu.pdf>.

⁸⁶ Kassim, S., & Abdullah, A., "Pushing the frontiers of Islamic finance through socially responsible investment sukuk," *Al-Shajarah: Journal of the International Institute of Islamic Thought and Civilization (ISTAC)*, (2018): 187-213.

⁸⁷ Azhgaliyeva, D., "Green Islamic Bonds," Asian Development Outlook 2021 Background Paper. Erişim Tarihi: Aralık, 30, 2023, <https://www.adb.org/sites/default/files/instit-utional-document/691951/ado2021bn-green-islamic-bonds.pdf>.

VI. YEŞİL TAHVİL İLE YEŞİL SUKUK ARASINDAKİ TEMEL FARKLAR

Yeşil sukukun, finansal bir araç olarak sukukun tüm özelliklerini taşıyan ve aynı zamanda çevreye duyarlılık bağlamında yeşil tahvillere benzeyen bir finansal araç olduğu söylenebilir. Esasen geleneksel tahvil ile sukuk arasındaki farklarla yeşil tahvil ile yeşil sukuk arasındaki farklılıklar benzerlik göstermektedir. Aşağıdaki tabloda tahvil ve sukuk arasındaki farklar görülebilir:

Yeşil Sukuk



Varlıklar üzerinde mülkiyet hakkı kurulabilir. Sukuk varlığı dayanmak zorundadır.

Kâr paylaşımına göre fiyatlandırma yapılır. Faiz getirisi yoktur.

Kâr dağıtımı yapılırken risk göz önünde bulundurulur.

Kazanılan gelire göre kâr payı yahut kira gelirinden ödeme yapılır. Faiz ödemesi yapılmaz.

Yeşil Tahvil



Varlıklar üzerinde mülkiyet hakkı kurulmaz.

Faiz oranına göre fiyatlandırma yapılır.

Tahvil sahipleri için risk paylaşımı söz konusu değildir.

Kâr elde edilmese bile tahvil sahiplerine faiz ödemesi yapılır.

Tablo 3: Yeşil Tahvil ile Yeşil Sukuk Arasındaki Temel Farklar⁸⁸

Her iki yatırım türünde de amaç yeşil kalkınma hedeflerine ulaşmak için sürdürülebilir projelere yatırım yapmaktır. Yeşil tahvil sahipleri varlık esaslı olmayan, periyodik sabit kupon ödemeli (faiz) ve vade sonunda nominal değeri olmayan sözleşmeye bağlı bir alacak elde ederler. Yeşil sukuk tahvile göre daha fazla kazanç riski barındırmaktadır. Yeşil tahvil ticaretinin konusu özünde kredi iken⁸⁹ sukuk sahipleri tahvil gibi krediden değil belirli varlıkların kira getirisinden veya projelerin kâr gelirlerinden faydalandıkları için kazanç riskine maruz kalırlar⁹⁰. Yeşil tahvillerin getirisi önceden belirlenebilirken sukukun getirisi önceden belirlenmez ve borçlunun varlığın kullanımından elde ettiği kâr ve zarara göre değişkendir. Ayrıca, faizlerin kâr veya zarara bakılmaksızın ödenmesi gereken yeşil tahvillerin aksine, yeşil sukukta yatırılan sermayenin getirisi garanti edilmez. Dolayısıyla getiri açısından yeşil sukuk kâr veya zarar edilmesine göre değişiklik gösterebildiğinden yatırılan sermayenin geri dönüşü garanti edileme-

⁸⁸ Ulfah, I.F., Sukmana, R., Laila, N. and Sulaeman, S., "A structured literature review on green sukuk (Islamic bonds): implications for government policy and future studies", *Journal of Islamic Accounting and Business Research*, (2023).

⁸⁹ Hossain, G.M.S., "Predicting corporate green sukuk rating. Hamad bin Khalifa university" (2020). Erişim Tarihi: Ocak 30, 2024, <https://search.proquest.com/openview/6f63f2da402b916f4ccd2e16c0dfc317/1?pq-origsite=gscholar&cbl=2026366&diss=y>.

⁹⁰ Hossain, G.M.S., "Predicting corporate green sukuk rating. Hamad bin Khalifa university" (2020). Erişim Tarihi: Ocak 30, 2024, <https://search.proquest.com/openview/6f63f2da402b916f4ccd2e16c0dfc317/1?pq-origsite=gscholar&cbl=2026366&diss=y>.

mektedir⁹¹. Esasen iki finansman aracı arasındaki temel farklılık yeşil tahvillerle finanse edilmesi planlanan projelerin çevresel etkileri dikkate alınırken yeşil sukuk ihracı için hem çevresel etkilerin hem de yatırım faaliyetinin şeriatı uygunluğu dikkate alınmaktadır⁹². Yeşil sukuk ihracı ile desteklenecek projelerin belirlenmesinde kullanılan standartların kuruluşlar arasında farklılık göstermesi de yatırımcıları yeşil sukuktan uzaklaştıran önemli bir etkidir⁹³.

Yatırımcı nezdinde de yeşil tahvillerle yeşil sukuk arasında büyük bir fark vardır ve yeşil tahvillerin gelişimi yeşil sukuktan çok daha yüksek ve hızlıdır. Bu nedenle, yeşil sukuk'un yalnızca Müslüman çoğunluklu ülkeler için olmadığı, aksine sürdürülebilir ekonomik kalkınma gündemlerinin gerçekleştirilmesine yardımcı olacak İslami ilkelere dayalı alternatif bir finansman olma potansiyeline sahip olduğunu gösteren çalışmalara ve iyi bir tanıtıma gereksinim vardır. Ayrıca, yeşil sukuk piyasasının hala gelişme sürecinde olması, ikincil piyasanın zayıf olmasıyla ilişkilendirilmiştir. Başka bir deyişle, yeşil sukukun ikincil piyasada likidite sıkıntısı yaşadığı gözlemlenmektedir⁹⁴.

VII. YEŞİL SUKUK İHRACINA YÖNELİK ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR

Normal sukuk ile karşılaştırıldığında yeşil sukuk ihracı, daha fazla detay ve kamu aydınlatma düzeyi taşıdığı için ek bir prosedür ve dolayısıyla süreç içermektedir. Yeşil sukuk ihracı gerçekleştiren kurumun hem sukuka özgü prosedürleri uygulaması hem de ikinci bir görüş sağlayıcı aracılığıyla "çevreye uygunluk" değerlendirmesi yapması gerekmektedir⁹⁵. Proje ve finansman detaylarını içeren yeşil sukuk çerçevesinin, dış gözlemci olarak ikinci taraf güvence raporlaması⁹⁶ yapacak kişilere sunul-

⁹¹ Burada belirtilmelidir ki; yeşil sukuk ihracında ana varlığın fiyatındaki değişikliklerle birlikte sermaye değerlenmesine gidilebilirken yeşil tahvilde getiri sabit olduğundan ve tahvil ihraççısının performansına göre değişmeyeceğinden bu durum söz konusu değildir. Bknz. Hossain, G.M.S., "Predicting corporate green sukuk rating, Hamad bin Khalifa university" (2020). Erişim Tarihi: Ocak 30, 2024, <https://search.proquest.com/openview/6f63f2da402b916f4ccd2e16c0dfc317/1?pq-origsite=gscholar&cbl=2026366&diss=y>; Ulfah, I.F., Sukmana, R., Laila, N. and Sulaeman, S. (2023), "A structured literature review on green sukuk (Islamic bonds): implications for government policy and future studies", *Journal of Islamic Accounting and Business Research*.

⁹² "Climate Bonds Initiative, Green Sukuk" (2020). Erişim Tarihi: Ocak 20, 2024, climatebonds.net/projects/facilitation/green-sukuk.

⁹³ Ulfah, I.F., Sukmana, R., Laila, N. and Sulaeman, S., "A structured literature review on green sukuk (Islamic bonds): implications for government policy and future studies", *Journal of Islamic Accounting and Business Research*, (2023).

⁹⁴ "Climate Bonds Initiative, Green Sukuk" (2020). Erişim Tarihi: Ocak 20, 2024, climatebonds.net/projects/facilitation/green-sukuk; Ahmad Tajjudin Rozman and Nurul Afifah Azmi, "Green Sukuk, Environmental Issues and Strategy," *IOP Conf. Series: Earth and Environmental Science*, (2022): 1067, s. 1191.

⁹⁵ Delle Foglie, A. and Keshminder, J.S., "Challenges and opportunities of SRI sukuk toward financial system sustainability: a bibliometric and systematic literature review," *International Journal of Emerging Markets*, (2022). <https://doi.org/10.1108/IJOEM-04-2022-0601>.

⁹⁶ Terimlerin çeviri ve kullanımı için bknz. Yeşil Sukuk Çalışma Raporu, T.C. Cumhurbaşkanlığı Finans Ofisi. Erişim Tarihi: Aralık 26, 2023, <https://www.cbfo.gov.tr/sites/default/files/docs/2022-05/cbfo-yesil-sukuk-calisma-raporu.pdf>.

madan önce ihraççı tarafından planlanması ve sonuçlandırılması gerekmektedir. Zira yeşil sukuk ihracı gerçekleştirilirken ihrac gelirlerinin kullanımını belirleyen yeşil çerçeveye, bağımsız bir incelemeci tarafından hazırlanan ikinci görüş raporuna ve dahası toplanan fonların nasıl kullanılacağını ve ortaya çıkan çevresel etkileri kapsayan ihrac sonrası Etki Raporuna uyulması gerekmektedir⁹⁷. Bu süreç, ihrac eden kurumun projenin yeşil olarak nitelendirilmesini sağlayan kapsayıcı hedefleri, stratejileri, politikaları ve süreçlerinden başlayarak tüm bilgileri açıklamasını gerektirmektedir⁹⁸. Yeşil sertifikadan önce gerçekleştirilen sosyal etki çalışması, çevre çalışması, raporlama ve sorgulamalar da zaman alıcı, maliyetli ve proje planlamalarını sektöre uğratan prosedürler olarak görülmektedir⁹⁹. Dolayısıyla normal sukuk ile kıyaslandığında yeşil sukukun yeşil sertifika zorunluluğu nedeniyle ihrac edilmeden önce ek planlama ve prosedür gerektirmesi zaman almakta ve ekstra bir maliyet ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle planlama sürecinin tamamı zaman alır ve ek bir maliyet doğurur¹⁰⁰.

Küresel bazda kabul edilen yeşil tanımların ve yeşil standartların hâlâ eksik olması da yeşil sukuk açısından bir diğer risk faktörünü oluşturmaktadır. Çeşitli bağımsız denetim kuruluşlarının yeşil standartları iyileştirme ve yeknesak bir zemine oturtma çabasına rağmen bu standartlar hala çeşitlilik göstermekte ve süreci zorlaştırmaktadır¹⁰¹. Standartlar yeknesak olmadığı için ve dolayısıyla “yeşil”den ve hatta Şer’i kurallara uygunluktan ne anlaşılacağı net olmadığı için¹⁰² bazı piyasalarda yeşil sukuk ihracı standartlar yüksek belirlenmek suretiyle zorlaştırılmakta ve sınırlanmaktadır¹⁰³. Dahası bir piyasaya yatırım yapmayı amaçlayan yeşil sukuk yatırımcısı aynı hazırlıkla bir başka ülke piyasası için yatırım yapamamaktadır. Zira projenin yeniden etiketleme ve yeniden sertifikalandırma sürecinden geçmesi gerekmektedir ve bu da işlem maliyetlerini artırmaktadır¹⁰⁴. Sonuç olarak yatırım-

⁹⁷ Ahmad Tajjudin Rozman and Nurul Afiqah Azmi 2022 IOP Conf. Ser.: Earth Environ. Sci. 1067 012085, s. 4.

⁹⁸ Kamil, W.A.R., Bakhor, S.A.S.M., Luna-Martinez, J. De, Zhang, W. and Aziz, A.H.A., “Islamic green finance: development, ecosystem and prospects”, World Bank, (2019) (Working Paper - 135952).

⁹⁹ Jun, M., Kaminker, C., Kidney, S. and Pfaff, N., “Green bonds: country experiences, barriers and options,” (2016). Erişim Tarihi: Ocak 22, 2024, http://unepinquiry.org/wp-content/uploads/2016/09/6_Green_Bonds_Country_Experiences_Barriers_and_Options.pdf.

¹⁰⁰ Keshminder, J.S., Abdullah, M.S. and Mardi, M., “Green sukuk - Malaysia surviving the bumpy road: performance, challenges and reconciled issuance framework”, *Qualitative Research in Financial Markets* 14, S. 1, (2022): 76-94.

¹⁰¹ Hyun, S., Park, D. ve Tian, S., “The price of greenness: some evidence from green bond markets,” DECRG Kuala Lumpur Seminar Series, (2018): 1-23; Keshminder, J.S., Abdullah, M.S. and Mardi, M. “Green sukuk - Malaysia surviving the bumpy road: performance, challenges and reconciled issuance framework”, *Qualitative Research in Financial Markets* 14, S. 1, (2022): 76-94.

¹⁰² Tabassum, A., Diengdoh, M. and Vincent, G., “Green sukuk: challenges and potential,” *International Journal of Social Science and Economic Research* 4, S. 2, (2019): 1461-1470, bknz. http://ijsser.org/files_2019/ijsser_04__106.pdf.

¹⁰³ Claquin, T., “Green bonds - a promising tool for climate finance,” *Proparco Magazine*, (2015): 6-9.

¹⁰⁴ Jun, M., Kaminker, C., Kidney, S. and Pfaff, N., “Green bonds: country experiences, barriers and options,” (2016). Erişim Tarihi: Ocak 22, 2024, http://unepinquiry.org/wp-content/uploads/2016/09/6_Green_Bonds_Country_Experiences_Barriers_and_Options.pdf.

cıların yatırım aracına güvenini azaltmakta¹⁰⁵ ve yeşil sukuk yatırımından uzaklaşmasına sebebiyet vermektedir¹⁰⁶. Yeşil sukuk ihracının artırılması için gereken bir diğer önemli unsur da ihraççıların projelerini sunarken ve yatırımcıların sorularına yanıt verirken şeffaf olmaları, gerçeklerden kaçınmamalarıdır.

Yukarıda anılan zorlukların giderilmesi için devletlerin, düzenleyici kurumların, merkez bankaları ve kurumların yeşil sukuk piyasasının zorluklarını ele alarak piyasanın büyümesini hızlandırmak için doğru müdahaleleri uygulama konusunda stratejiler geliştirmesi gerekmektedir. Bu stratejiler özellikle yeşil sukuk tahvilinde yer alan “yeşil” ifadesinin ve ihraç standartlarının tüm piyasalar için yeknesaklaştırılması amacını içermelidir. Bu yeknesaklaştırma aynı zamanda eğitimleri de içermelidir. Zira örneğin, tartışmasız “yeşil” kabul edilebilecek güneş enerjisi kullanımı ve bu alana yatırım dahi yeni bir teknoloji ile gerçekleştirilecekse, tanıtıma ve yatırımcıların eğitim ve programlar vasıtasıyla ikna edilmesine ihtiyaç duyulur. Bu arada yeşil sukuk yatırımlarının sadece mevcut yeşil taksonomiye sahip güneş enerjisi veya hidroelektrik projeleri ya da yeşil bina uygulamaları ile sınırlı kalmaması da bir diğer amaç olmalıdır. Yeşil tanımının ve dolayısıyla yeşil projelerin tabir-i caizse ufkunun genişletilmesi gerekmektedir. Ulaşım, tarım ve afetlerin azaltılması gibi diğer çeşitli proje veya teknolojilerin de yeşil sukuk ile gerçekleştirilebilmesinin önü açılmalıdır. Nitekim, T.C. Cumhurbaşkanlığı Finans Ofisi tarafından hazırlanan Yeşil Sukuk Çalışma Raporunda¹⁰⁷ elektrikli yerli otomobil TOGG ve yerli elektrikli traktör gibi sürdürülebilirlik kapsamında yer alan projelerin finansmanında yeşil sukukun önemli bir rol oynayabileceği vurgulanmıştır. Yeşil sukuk projelerinin sadece güneş enerjisi projeleriyle sınırlandırılması yeşil sukuk piyasasındaki arzı sınırlamakta ve likidite sorunu ortaya çıkarmaktadır. İşte yeşil sukuk ile fonlanan yatırımların çeşitlenmesi, bir diğer deyişle “yeşil” yatırımların demiryolu taşımacılığı, otomotiv, yeşil bina yapımı gibi alanlara genişlemesi yeşil sukukun ihracını arttıracak ve projelerde karşılaşılan likidite sorununu azaltacaktır¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Delle Foglie, A. and Keshminder, J.S. “Challenges and opportunities of SRI sukuk toward financial system sustainability: a bibliometric and systematic literature review”, *International Journal of Emerging Markets*, (2022). <https://doi.org/10.1108/IJOEM-04-2022-0601>; Keshminder, J.S., Abdullah, M.S. and Mardi, M., “Green sukuk - Malaysia surviving the bumpy road: performance, challenges and reconciled issuance framework”, *Qualitative Research in Financial Markets* 14, S. 1, (2022): 76-94. <https://doi.org/10.1108/QRFM-04-2021-0049>.

¹⁰⁶ Keshminder, J.S., Abdullah, M.S. and Mardi, M., “Green sukuk - Malaysia surviving the bumpy road: performance, challenges and reconciled issuance framework”, *Qualitative Research in Financial Markets* 14, S. 1, (2022): 76-94.

¹⁰⁷ Yeşil Sukuk Çalışma Raporu, T.C. Cumhurbaşkanlığı Finans Ofisi. Erişim Tarihi: Aralık 26, 2023, <https://www.cbfo.gov.tr/sites/default/files/docs/2022-05/cbfo-yesil-sukuk-calisma-raporu.pdf>.

¹⁰⁸ Keshminder, J.S., Abdullah, M.S. and Mardi, M., “Green sukuk - Malaysia surviving the bumpy road: performance, challenges and reconciled issuance framework”, *Qualitative Research in Financial Markets* 14, S. 1, (2022): 76-94.

SONUÇ

Dünyada iklim değişikliğini ve ağır sonuçlarını önlemeye yönelik farkındalığın artmasıyla birlikte iş dünyası da sosyal sorumluluk sahibi yatırım kavramını ortaya atmış ve buna bağlı olarak yeşil finansman seçenekleri önem kazanmıştır. Yeşil sukuk gelirleri yalnızca mevcut ve gelecekteki yeşil projeleri finanse etmek veya yeniden finanse etmek için kullanılan faizsiz, Şer'i hukuka uygun bir yatırım şeklidir. Yeşil sukuk ile fonlanması planlanan projeler sürdürülebilir büyümeyi teşvik eden ve çevre sorunlarının çözümüne odaklı projeler olmalıdır. Yeşil sukuk bir anlamda paranın hem sosyal hem de maddi kazanç elde etmek için yatırıldığı sosyal açıdan sorumlu yatırımın bir parçası haline gelmiştir.

Yeşil sukuk her ne kadar günümüzde önem kazanan daha sürdürülebilir bir dünya amacına hizmet etse ve Şer'i kuralları dikkate alan yatırımcılar için önemli bir yatırım aracı olsa da henüz hedeflenen noktaya ulaşmamıştır. Yeşil sukuk piyasasının genişlememesinin sebepleri arasında, yeşil tahvillerin ve yeşil sukukun avantajlarının anlaşılması, mevcut uluslararası uygulamalara ilişkin farkındalık eksikliği, yeşil sukuk için yerel yönergelerin eksikliği, yeşil sukuk piyasasının temel gereksinimlerinin karşılanmasıyla ilgili işlem maliyetleri, yeşil sukuka yönelik derecelendirme eksikliği, endeksler ve listelemeler, uluslararası yatırımcıların yerel pazarlara erişimde zorluk yaşaması ve yerli yeşil yatırımcıların eksikliği sıralanabilir. Bunun yanı sıra az gelişmiş yerel tahvil piyasası, ihracının maliyet-fayda oranı konusundaki görüşü, projelerin boyutları ve tahviller arasındaki genel tutarsızlık gibi çeşitli sebepleri olsa da en önemli sebebi yeşil sukuk ihracı için ortaya konulan şartların belli bir standarda oturtulmamış olmasıdır. Bu makalede değerlendirildiği üzere özellikle “yeşil” ile ifade edilmek istenilen hedefin daha net bir şekilde ortaya konulması, ifadenin içeriğinin doldurulması ve yeşil sukuk ihracına yönelik koşulların uluslararası piyasalarda belli bir standarda kavuşturulması gerekmektedir. Aksi halde hem yeşil sukuk ihracına yönelik prosedürlerin ağırlığı hem de netlik olmaması yatırımcı için ek maliyete sebebiyet verebilmekte ve dolayısıyla yeşil sukuk ihracını azaltmaktadır.

Sonuç olarak, engellerin ortadan kaldırılması ve yeşil sukukun daha net anlaşılması halinde, yeşil sukukun önemli yatırım araçlarından biri olacağı ortadadır. Yeşil sukuk yatırımının artması için devletler yeşil sukukun sürdürülebilirliğini destekleyecek sağlam bir yasal zemin oluşturmalıdır. Vergide teşvik uygulanması, teşvik yardımları sunulması, yeşil sukuk konusunda kamusal okuryazarlığın desteklenmesi gibi politikalarla devletler yeşil sukuk ihracının artması ve dolaşımıyla ülkede yeşil sukukla fonlanan projelerin çoğalması için ihracçı kurumlara destek olabilirler.

KAYNAKÇA

- AAOIFI, el-Meâyîru'ş-Şer'iyye, 17. Standart, 240.
- Abdullah Norhayati ve Nayan Masri Azrul, "Green Sukuk: Financing the Future to Sustainable Environment," *International Journal of Zakat and Islamic Philanthropy* 2, S. 2, (2020): 14-23.
- Abraham Ibrahim, "Riba and Recognition: Religion, Finance and Multiculturalism", *Essays from the AASR Conference*, 2008.
- Ahmed ve diğerleri, "On the sustainable development goals and the role of Islamic finance," Policy Research Working Paper; No. 7266. *World Bank* 2015, Erişim Tarihi: Şubat 17, 2024, <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/22000>.
- Alam ve diğerleri, "Development and evaluation of Islamic green financing: A systematic review of green sukuk," *Environmental Economics* 1, S. 14 (2023): 61-72;
- Alam, N., Duygun, M., & Ariss, R. T., "Green Sukuk: An Innovation in Islamic Capital Markets BT - Energy and Finance: Sustainability in the Energy Industry" (A. Dorsman, Ö. Arslan-Ayaydin, & M. B. Karan (eds.); (Springer International Publishing 2016): 167-185).
- Araminta Donna Vanny, Qudziyah ve Timur Yan Putra, "The Role of Green Sukuk in Realizing the Sustainable Development Goals 2030 Agenda," *Jurnal Ekonomi & Bisnis Islam* 8, S. 2, (2022): 251-266.
- Aslan Hakan, Alternatif Bir Yatırım ve Finansman Aracı Olarak Sukuk: Yapısı, İşleyişi ve Türkiye Piyasası İçin Öneriler, Yüksek Lisans Tezi, (2012).
- Aslan Hakan, "Türkiye'de Tekafül (İslami Sigorta) Uygulamaları: Problemler ve Çözüm Önerileri," *Uluslararası İslam Ekonomisi ve Finansı Araştırmaları Dergisi*, 2015, Y. 1, C. 1, S. 1.
- Azhgaliyeva, D., Kapoor, A., ve Liu, Y., "Green bonds for financing renewable energy and energy efficiency in South-East Asia: a review of policies," *Journal of Sustainable Finance & Investment* 10, S. 2, (2020): 113-140.
- Azhgaliyeva, D. "Green Islamic Bonds" Asian Development Outlook 2021 Background Paper. Erişim Tarihi: Aralık, 30, 2023, <https://www.adb.org/sites/default/files/institutional-document/691951/ado2021bn-green-islamic-bonds.pdf>.
- Azhgaliyeva Dina ve Kapsalyamova Zhanna, "Financing Climate Change Mitigation Using Green Sukuk," *International Association for Energy Economics*, (2022).
- Basov Suren ve Bhatti Ishaq, "Islamic Finance in the Light of Modern Economic Theory," 1 (London: Palgrave mac millan, 2016).
- Bennett Michael S. ve Iqbal Zamir, "How socially responsible investing can help bridge the gap between Islamic and conventional financial markets," *International Journal of Islamic and Middle Eastern Finance and Management* 6, S. 3, (2013): 211-226.
- Claquin, T., "Green bonds - a promising tool for climate finance," *Proparco Magazine*, (2015): 6-9.
- Corapi, E. "Current Issues on the Transition to a Sustainable Economy in the European, Italian and Middle East Framework: Green Bonds Standards and Greenwashing," *European Business Law Review* 34, S. 7, (2023): 1167-1192.

- Çatakoğlu, Buket, “Türk Sermaye Piyasası Hukuku’nda Borçlanma Araçları” Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, (2015).
- Çetin, D. T., “Green bonds in climate finance and forecasting of corporate green bond index value with artificial intelligence” *Journal of Research in Business* 7, S. 1, (2022): 138-157.
- Delle Foglie, A. and Keshminder, J.S. “Challenges and opportunities of SRI sukuk toward financial system sustainability: a bibliometric and systematic literature review”, *International Journal of Emerging Markets*, (2022). Erişim Tarihi: Ocak 22, 2024, <https://doi.org/10.1108/IJOEM-04-2022-0601>.
- Delle Fogie A. ve Keshminder J.S., “Challenges and opportunities of SRI sukuk toward financial system sustainability: a bibliometric and systematic literature review,” *International Journal of Emerging Markets*, (2022). Erişim Tarihi: Ocak 22, 2024, <https://doi.org/10.1108/IJOEM-04-2022-0601>.
- Deloitte Islamic finance Insights Series Leading by engaging. <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/xs/Documents/financial-services/Deloitte-solar-energy-report.pdf>.
- Deloitte, “Corporate Sukuk: Building the ecosystem to finance sustainable infrastructure,” *Deloitte Islamic Finance insights series: Leading by engaging*, (2016).
- Feisal Khan, Iqbal Zamir, “Islamic finance: Principles and practice” (Edward Elgar Publishing, 2008).
- Felicia Ho Ming Liu, ‘The Development of Climate Finance in Asia Drivers, Processes, Outcomes’ (PhD thesis, King’s College London 2021).
- Fernando, Y., Jabbour, C. J. C., ve Wah, W. X., “Pursuing green growth in technology firms through the connections between environmental innovation and sustainable business performance: Does service capability matter?” *Resources, Conservation and Recycling*, S. 141, (2019): 8-20.
- Halitoğlu, İsmail, “Menkul Kıymet İhracı ve Tedavülünün Meşruiyeti (Hisse Senetleri, Sukûk, Yatırım Fonları),” *Kilis 7 Aralık Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 7, S. 1 (2020): 351-387.
- Han Tarık, Habib Ahmad, “Risk Yönetimi - İslami Finans Endüstrisindeki Sorunların Analizi,” *İslami Araştırma ve Eğitim Enstitüsü, İslami Kalkınma Bankası*, (2003).
- Hossain, G.M.S., “Predicting corporate green sukuk rating, Hamad bin Khalifa university” (2020). Erişim Tarihi: Ocak 30, 2024, <https://search.proquest.com/openview/6f63f2da402b916f4ccd2e16c0dfc317/1?pq-origsite=gscholar&cbl=2026366&diss=y>.
- Hyun, S., Park, D. and Tian, S., “The price of greenness: some evidence from green bond markets,” *Issue August*, (2018): 1-23.
- ICMA. (2018, June). Green Bond Principles: Voluntary Process Guidelines for Issuing Green Bonds. International Capital Market Association. <https://www.icmagroup.org/sustainable-finance/the-principles-guidelines-and-handbooks/green-bond-principles-gbp/#translations>.
- Islamic Law and Law of the Muslim World Paper No. 08-47, 21st Australasian Finance and Banking Conference 2008 Paper, bknz. <https://ssrn.com/abstract=1260110> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1260110>.

- Irvine, L., Grifferty, M. P., & Cowman, A., "Green Sukuk: The race to be first," *Islamic Finance News*, (2014).
- Jun, M., Kaminker, C., Kidney, S. and Pfaff, N., "Green bonds: country experiences, barriers and options," (2016). Erişim Tarihi: Ocak 22, 2024, http://unepinquiry.org/wp-content/uploads/2016/09/6_Green_Bonds_Country_Experiences_Barriers_and_Options.pdf.
- Kamil, W.A.R., Bakhor, S.A.S.M., Luna-Martinez, J. De, Zhang, W. and Aziz, A.H.A., "Islamic green finance: development, ecosystem and prospects", *World Bank*, (2019) (Working Paper - 135952).
- Kammer, A., Norat, M., Pinon, M., Prasad, A., Towe, C. M., & Zeidane, Z., "Islamic Finance: Opportunities, Challenges, and Policy Options" (2015) (SDN/15/05; IMF Staff Discussion Note). <https://www.imf.org/en/Publications/Staff-Discussion-Notes/Issues/2016/12/31/Islamic-Finance-Opportunities-Challenges-and-Policy-Options-42816>.
- Kamu Gözetimi Kurumu, bknz. <https://kgk.gov.tr/sürdürülebilirlik>.
- Karina Luthfia Ayu, "Peluang dan tantangan perkembangan green sukuk di Indonesia," *Conference on Islamic Management Accounting and Economics* 259, S. 2, (2019): 259-265.
- Kassim, S., & Abdullah, A., "Pushing the frontiers of Islamic finance through socially responsible investment sukuk," *Al-Shajarah: Journal of the International Institute of Islamic Thought and Civilization (ISTAC)*, (2018): 187-213.
- Kendigelen, Abuzer ve Kırca, İsmail, *Kıymetli Evrak Hukuku*. İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, 2023.
- Keshminder ve diğerleri "Green sukuk: Malaysia taking the lead," *Malaysian Journal of Consumer and Family Economics* 22, S. 2, (2019): 1-22.
- Keshminder, J.S., Abdullah, M.S. and Mardi, M., "Green sukuk - Malaysia surviving the bumpy road: performance, challenges and reconciled issuance framework", *Qualitative Research in Financial Markets* 14, S. 1, (2022): 76-94.
- Kidd, Charles V, "The evolution of sustainability," *Journal of Agricultural and Environmental Ethics* 5, (1992): 1-26.
- Luthfia Ayu Karina, "Peluang dan tantangan perkembangan green sukuk di Indonesia," *Conference on Islamic Management Accounting and Economics* 259, S. 2, (2019): 259-265.
- Mat Rahim, S. R., ve Mohamad, Z. Z., "Green Sukuk for Financing Renewable Energy Projects," *Turkish Journal of Islamic Studies* 5, S. 2, (2018): 129-144.
- Mecm'au'l-Fkhi'l-İslamî, Karârât, 576.
- Meo, M. S., & Abd Karim, M. Z. "The role of green finance in reducing CO 2 emissions: An empirical analysis. Borsa İstanbul," *Review* 22, S. 1, (2022): 169-178.
- Muchtar ve diğerleri, "Literature study on climate change financing in Indonesia: Mapping sources, distribution mechanisms, and beneficiaries of climate change-related funds," The Indonesian Institute Center for Public Policy Research, (Indonesia: The Indonesian Institute, 2012).

- Mohamed Cherif El Amri, Mustafa Omar Mohammed ve Mohamed Hamoud Abdi, "How Green Sukuk Structure Contributes to SDGs?," in: Mohd Ma'Sum Billah, *Islamic Wealth and the SDGs*, (1. Baskı, Springer 2021), 621-637.
- Mohamad, Saadiyah and Tabatabaei, Ali, "Islamic Hedging: Gambling or Risk Management?," (August 27, 2008).
- Mohammed Abdullah Syafiq, Keshminder Singh, "What Drives Green Sukuk? A Leader's Perspective," *Journal of Sustainable Finance and Investment* 12, S. 1 (2020): 985-1005.
- Moghul Umar, Aly Samir Safar, "Green Sukuk: The Introduction of Islam's Environmental Ethics to Contemporary Islamic Finance" *Georgetown International Environmental Law Review* 27, S. 1, (2015).
- Naciti, V., Cesaroni, F. & Pulejo, L. "Corporate governance and sustainability: a review of the existing literature," *J Manag Gov* 26, (2022): 55-74.
- Obaidullah Mohammed, "Managing Climate Change: The Role of Islamic Finance," *Jeddah: Islamic Research and training Institute* 32, (2017).
- Obaidullah, M, "Managing climate change: the role of Islamic finance" IES 26, S. 1, (2018): 31-62; Visser, H. 'Islamic finance: Principles and practice' (Edward Elgar Publishing 2013).
- Poddar, A., Narula, S. A., & Zutshi, A. "A study of corporate social responsibility practices of the top Bombay Stock Exchange 500 companies in India and their alignment with the Sustainable Development Goal" *Corporate Social Responsibility and Environmental Management* 26, S. 6, (2019): 1184-1205.
- Pollard, J., ve Samers, M. "Islamic banking and finance: postcolonial political economy and the decentring of economic geography," *Transactions of the Institute of British Geographers* 32, S. 3, (2007): 313-330.
- Poroy, Reha ve Tekinalp, Ünal, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021.
- Prakash, N. ve Sethi, M. "A review of innovative bond instruments for sustainable development in Asia", *International Journal of Innovation Science*, (2021).
- Pulaşlı, Hasan. *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Rasoulnezhad, E., & Taghizadeh-Hesary, F., "Role of green finance in improving energy efficiency and renewable energy development" *Energy Efficiency* 15, S. 2, (2022).
- Rethel, L., 'Whose legitimacy? Islamic finance and the global financial order', *Review of International Political Economy* 18 S. 1, (2011): 75-98.
- Rozman Ahmad Tajjudin ve Azmi Nurul Afiqah, "Green Sukuk, Environmental Issues and Strategy," *IOP Conf. Series: Earth and Environmental Science* 1067, (2022).
- Salman Ahmed Shaikh, M. Kabir Hassan, "Progress on Sustainable Development Goals in Muslim Majority Countries," *Islamic Perspective for Sustainable Financial System*, (Ed. Mehmet Saraç, Mohammed Kabir Hassan) (Istanbul University Press, 2020).
- Sermaye Piyasası Kurulu'nun 07.06.2013 tarih ve 28670 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan III-61.1 sayılı Kira Sertifikaları Tebliği, 2013; bknz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/06/20130607-14.htm>.

- Sisodia, G., Joseph, A. ve Dominic, J., "Whether corporate green bonds act as armour during crises? Evidence from a natural experiment," *International Journal of Managerial Finance* 18, S. 4, (2022): 701-724.
- Siddiqi, M. N. (2006). Introduction to Islamic banking and finance. International Institute of Islamic Thought (IIIT).
- Suroso ve diğerleri, "Revisiting the role of international climate finance (ICF) towards achieving the nationally determined contribution (NDC) target: A case study of the Indonesian energy sector," *Environmental Science and Policy* 131, S. 188 (2022): 188-195.
- Suwanan ve diğerleri, "Analysis of the impacts and challenges of Covid-19 on green sukuk in Indonesia," *Halal Development: Trends, Opportunities and Challenges* (2021).
- Tabassum, A., Diengdoh, M. and Vincent, G., "Green sukuk: challenges and potential," *International Journal of Social Science and Economic Research* 4, S. 2, (2019): 1461-1470, bknz. http://ijsser.org/files_2019/ijsser_04__106.pdf.
- The Paris Agreement. Erişim Tarihi: Şubat 23, 2024, https://unfccc.int/files/essential_background/convention/application/pdf/english_paris_agreement.pdf.
- Türkay, Kaan, Limanlı, Ömer ve Tuna, Gülfen, "Kira Sertifikası (Sukuk), BİST Sürdürülebilirlik Endeksi ve Devlet Tahvili Arasındaki Zamanla Değişen Nedensellik İlişkisi: Türkiye Örneği," *Fiscaoeconomia* 7, S. 2, (2023): 1028-1066.
- Ulfah, I.F., Sukmana, R., Laila, N. and Sulaeman, S. "A structured literature review on green sukuk (Islamic bonds): implications for government policy and future studies," *Journal of Islamic Accounting and Business Research*, S. 3, (2023).
- Yazicioğlu, İsalet Ebru ve Kazak, Hasan, "İslami Finansal Enstrümanlardan Birisi Olarak Sukuk: Hibrid Sukuk İçerisinde Yer Alan Murabaha Sözleşmelerinin İslami Hüklümlere Uygunluk Yönünden İncelenmesi" *Journal of Life Economics* 6, S. 1, (2019): 91-118.
- Yeşil Mutabakat Eylem Planı, bknz. <https://ticaret.gov.tr/dis-iliskiler/yesil-mutabakat>.
- Yeşil Sukuk Çalışma Raporu, T.C. Cumhurbaşkanlığı Finans Ofisi. Erişim Tarihi: Aralık 26, 2023, <https://www.cbfo.gov.tr/sites/default/files/docs/2022-05/cbfo-yesil-sukuk-calisma-raporu.pdf>.
- Yılmaz Erdal, "Yeni Bir Finansal Araç Olarak Sukuk: Çeşitleri, Türkiye Uygulaması ve Vergilendirilmesi," *Muhasebe ve Finansman Dergisi*, S. 61, (2014): 81-100.
- Yurtseven ve diğerleri, "Islamic Finance System as a Catalyst for Sustainability in the Economy in Kabir Hassan, Mehmet Saraç, Ashraf Khan, Islamic Finance and Sustainable Development. A Sustainable Economic Framework for Muslim and Non-Muslim Countries, 285 (heidelberg: Springer, 2021).
- White and Case, "Green Bonds and Islamic Finance," (2016) Erişim tarihi: 14 Şubat, 2024, <https://www.whitecase.com/publications/alert/green-bonds-islamic-finance>.
- Zhang ve diğerleri, "Energy financing for energy retrofit in COVID-19: Recommendations for green bond financing," *Environmental Science and Pollution Research* 29, S. 16, (2022): 23105-23116.

İnternet Kaynakları

- “Climate Bonds Initiative, Green Sukuk” (2020). Erişim Tarihi: Ocak 20, 2024, climatebonds.net/projects/facilitation/green-sukuk.
- “Do You Know When Sustainability First Appeared?,” Erişim tarihi: Ekim 26, 2023, https://www.activesustainability.com/sustainable-development/do-you-know-when-sustainability-first-appeared/?_adin=02021864894.
- “Islamic Development Bank Issues Largest Sustainability Sukuk Ever,” Erişim Tarihi: Aralık 25, 2024. <https://www.isdb.org/news/islamic-development-bank-issues-largest-sustainability-sukuk-ever>.
- “Kuveyt Türk’ten Türkiye’nin ve Dünyanın İlk Sürdürülebilir Sermaye Benzeri Sukuk İhracı | Bizden Haberler | Kuveyt Türk Hakkında | Hakkımızda | Kuveyt Türk Katılım Bankası.” Erişim tarihi: Şubat 14, 2024, <https://www.kuveytturk.com.tr/hakkimizda/kuveyt-turk-hakkinda/bizden-haberler/kuveyt-turkten-turkiyenin-ve-dunyanin-ilk-surdurulebilir-sermaye-benzeri-sukuk-ihraci>.
- “Responsible Capitalism,” ECGI, Erişim tarihi: Şubat 12, 2024, <https://www.ecgi.global/content/responsible-capitalism>.

İHALENİN FESHİ TALEPLERİNDE HUKUKİ YARAR^(*)

Arş. Gör. Dr. Bünyamin KARTAL^(**)

Öz

Mahkemeden hukukî koruma talebinde bulunan kimsenin hukukî koruma istemekte bir menfaati bulunmalıdır. Hukukî yarar olarak ifade edilen bu menfaat, ihalenin feshi talepleri için de geçerlidir. Buna rağmen kanun koyucu İİK m.134/11'de ihalenin feshi talebinde bulunan kimsenin hukukî yararını ispat etmesi gerekliliğini ayrıca düzenlemiştir. İİK m.134/2, ihalenin feshini talep edebilecek kimseleri sınırlı olarak saymıştır. Bir kimsenin ihalenin feshini isteyecek kimselerden olması her durumda ihalenin feshini istemekte hukukî yararı olduğu anlamına gelmemektedir. Genellikle ihalenin feshini isteme yetkisi ile hukukî yarar meselesi birbiri ile karıştırılmaktadır. İhalenin feshi taleplerinde hukukî yarar, Kanunda sınırlı olarak sayılan ilgililer ve her ihalenin feshi sebebi için somut olayın koşulları dikkate alınarak ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bu doğrultuda çalışmamızda menfaatin zarar görmesinden ne anlaşılması gerektiği, karşılaştırmalı hukukta ihalenin feshi taleplerinde hukukî yarar şartı ve Türk hukukunda kimler için hangi koşullarda ihalenin feshini istemekte hukukî yarar bulunduğu ve Yargıtay'ın 07.11.2023 tarihli içtihat değişikliği incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

İhale, İhalenin Feshi, Hukuki Yarar, İİK m.134, Şikâyet.

LEGAL INTEREST IN REQUESTS FOR INVALIDATION OF AUCTION

Abstract

The person who requests legal protection from the court must have an interest in seeking legal protection. This interest, which is expressed as a legal benefit, is also valid for requests for invalidation of auction. Despite this, the legislator has also regulated in Article 134/11 of the Enforcement and Bankruptcy Law that the person requesting invalidation of auction must prove the legal benefit. Enforcement and Bankruptcy Law Article 134/2 has limited the number of people who can request invalidation of auction. The fact that a person is among those who can request the invalidation of auction does not mean that he has a legal interest in requesting the invalidation of auction in every case. Often, the authority to request invalidation of auction and the issue of legal interest are confused with each other. The legal benefit in requests for invalidation of auction should be evaluated separately for the limited parties listed in the Law and the reason for invalidation of each auction taking into account the circumstances of the incident. In this regard, in our study, what should be understood from damage to interest, the condition of legal benefit in requests for invalidation of auction in comparative law, and under what conditions for whom there is a legal benefit in requesting invalidation of auction in Turkish law, and the jurisprudence change of the Supreme Court dated 07.11.2023 were examined.

Keywords

Auction, Invalidation of Auction, Legal Benefit, Article 134 of EBL, Complaint

^(*) [Makalenin Dergiye Geliş Tarihi](#): 04.04.2024 - [Makalenin Kabul Edildiği Tarih](#): 22.05.2024, DOI No: <https://doi.org/10.54704/akdhfd.1465026>.

^(**) İnönü Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı / Malatya, Türkiye.

E-posta: bunyamin.kartal@inonu.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-6116-520X>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

Extended Abstract

While in Swiss law, it is accepted that every interested party whose interests are harmed has a legal interest in requesting invalidation of auction, in Turkish and German law, the people who can request the invalidation of auction are limited. German law has gone one step further and listed the reasons for invalidation of auction in a limited manner. The request for invalidation of auction made by persons other than those listed in Article 134/2 of the Enforcement and Bankruptcy Law must be rejected due to the lack of right to take legal action. The concept of “absence of active hostility” in the Supreme Court decisions should be understood in this way. Who can request invalidation of auction and the requirement that those requesting invalidation of auction have legal benefits are two different things. It is possible for a person whose rights have been violated to have their authority to litigate a lawsuit on their own behalf. However, there is a need for a clear legal regulation in order to accept that a right holder with the capacity to dispose does not have the authority to pursue a lawsuit. In our opinion, Article 134/2 of the Enforcement and Bankruptcy Law constitutes an example of this situation.

The current legal benefit in terms of the request for invalidation of auction depends on one of the reasons for invalidation of auction having occurred. Whether the legal interest is current or not should be evaluated in the context of whether the invalidation request has been made within the periods stipulated in the Law. Economic or ideal benefit alone is not sufficient to request invalidation of auction. However, in some judicial decisions, it is accepted that the legal benefit regarding the invalidation of auction must be economically concrete.

It is necessary to approach the concept of damage in Article 134/11 of the Enforcement and Bankruptcy Law within the framework of whether there will be a change in the legal status of the relevant party requesting invalidation in case the request for invalidation of auction is accepted. Damage to interest in requests for invalidation of auction should be conceptually understood as the direct or indirect impact of the interest, benefit or right of the relevant party as a result of the legal consequences of the reason for invalidation of auction. The legal interests of those who may request the invalidation of auction must be evaluated on a case-by-case basis.

Although the legal benefit of the debtor is not absolute and certain, it occurs if the action taken by the enforcement bodies violates a legally protected interest of the debtor. The creditor, who has a valid demand of forced sale as of the auction date, may request the termination of the tender. If a forced sale has been requested on behalf degree, other creditors who do not request a sale in that degree may also request the invalidation of auction. In case of a forced sale upon the request of the debtor, all creditors may request the termination of the tender. Whether or not a payment will be made to the creditor as a result of the prepared order table should not be accepted as a criterion when determining the legal benefit of the creditor. In addition to those in the land registry, those in other registries such as the motor vehicles registry, patent registry, trademark registry, animal pledge registry and ship registry may request the termination of the tender. Company partners and share lien creditors may also request the invalidation of auction within the scope of the trade registry as an official registry. For those who participate in the auction by bidding, the reason for the invalidation of auction is the concrete realization of the claim that the goods will be tendered to them if the tender is made in accordance with the procedure. If the tender buyer has made a mistake regarding the essential characteristics of the goods, there is a legal benefit in requesting the invalidation of auction.

In cases of public order, it is decided to invalidate the auction regardless of the legal interests of the person concerned. However, in this case, the maximum period of one year for the request for invalidation of auction is applied, not an indefinite complaint.

The jurisprudence brought by the 12th Civil Chamber of the Supreme Court of Appeals with its decision No. 2023/4344, Decision 2023/7236, dated 7/11/2023, has prevented the problem of perceiving the legal benefit sought in requests for invalidation of auction as a purely economic benefit. In addition, with the relevant jurisprudence, the issue of what should be understood from the real value of the goods and the issue of tendering based on this value has been opened to discussion. In our opinion, if the reason for invalidation of auction prevents the sale of the goods at a higher price, the legal benefit of the injured party in requesting the invalidation of auction should be accepted. Thus, the way is opened for the goods to be sold at the highest value that can be sold in the market and under market conditions.

GİRİŞ

İhaleinin feshini talep edebilecek kimseler, İcra ve İflas Kanunu (İİK) madde (m.) 134/2'de sınırlı olarak sayılmıştır. Bu kimseler, dayandıkları ihaleinin feshi sebebinden dolayı menfaatlerinin zarara uğradığını ispatlamak zorundadırlar. İhaleinin feshini isteyebilecek kimselerin hukukî yarara sahip olup olmadıkları her somut olayın koşullarına göre belirlenir. Bu nedenle hukukî yararın tespiti için temel bir kıstas koymak güçtür. Ancak menfaatin zarar görmesinden ne anlaşılması gerektiğinin temel çerçevesi çizilebilir. Bu bağlamda çalışmamızda menfaatin zarar görmesi ve ihaleinin feshi taleplerinde aranan hukukî yarar, karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler ve uygulamalar ile Türk yargı kararları inceleyerek ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi E. 2023/4344 K. 2023/7236 T. 7.11.2023 sayılı kararı ile bir içtihat değişikliğine gitmiştir. Söz konusu karar sırf ekonomik yararın hukukî yarar olarak anlaşılmamasına işaret etmesi ve muhammen bedelin üstünde satılan mallar bakımından ihaleinin feshini talep etmekte hukukî yararın varlığını içtihat etmesi bakımından çalışmamız kapsamında özel olarak incelenmiştir.

I. İHALENİN FESHİ TALEPLERİNDE ARANAN HUKUKİ YARAR ŞARTI

Hukukî yarar, mahkemeye yöneltilen geçici ve nihai tüm hukukî koruma taleplerinin olmazsa olmaz şartıdır¹. Hukukî yarar, mahkemeden hukukî koruma talebi ve bir dava açılabilmesi için davacının hukukî koruma istemekte ya da dava açmakta bir çıkarının bulunması gerektiğine yönelik temel ilkedir². Hukukî yarar, mahkemeden talepte bulunan kimsenin, mevcut hukukî durumunu iyileştirecek veya değiştirecek bir hükme ihtiyaç duyması şeklinde tanımlanabilir³.

İhaleinin feshi talebi, şikâyet yoluyla ileri sürülür. Şikâyet talebinde bulunabilecek ilgilinin taşınması gereken hukukî yarar için, icra takip işleminin ilgilinin hukukî durumuna yönelik ve onu etkileyen bir işlem olması aranır⁴. Şikâyet yoluna başvuran kimsenin hukuken korunmaya değer güncel bir hukukî yararı

¹ Hakan Pekcanitez, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017), 947; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 319; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2023), 216.

² Emel Hanağası, *Davada Menfaat*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2009) 18; Melis Taşpolat Tuğsavul, *Kolektif Hukuki Yarar Çerçevesinde Topluluk Davaları*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016), 7; Ferhat Büyükkay, *Menfi Tespit Davası*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2024), 55-56.

³ Hanağası, *Menfaat*, 155; Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuk El Kitabı Cilt I*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 387; Pekcanitez, *Pekcanitez Usul*, 947-948; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 320; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 321.

⁴ Philipp Maier und Ivan Vagnato, *Kommentar zum SchKG* içinde, editör Jolanta Kren Kostkiewicz und Dominik Vock (Zürich: Schulthess Verlag, 2017), Art 17 Nr 4; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özkes, *İcra ve İflas Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2023), 66.

bulunmalıdır⁵. Hukukî yararın güncel olması, dava veya talebe ilişkin menfaatin davanın açıldığı ya da talebin ileri sürüldüğü anda mevcut olması şeklinde anlaşılmalıdır⁶. Bir görüşe göre, güncel hukukî yarar, davacının muhtemel hakkına ulaşabilmesi ya da uyuşmazlığın giderilebilmesi için o an itibarıyla mahkeme kararına gerek duyması olarak ifade edilmektedir⁷. İhlal edilmiş bir hak ya da mevcut bir uyuşmazlık var ise doğmuş ve güncel bir hukukî yararın varlığı kabul edilmelidir⁸. İhale feshi talebi bakımından hukukî yararın güncel olması, ihale feshi sebeplerinden birisinin gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Ancak kanun koyucu ihale feshine ilişkin hukukî yararın güncelliğini belirli bir süre ile sınırlandırmıştır. Meydana gelen ihale feshi sebepleri, yalnızca bu sürelerde ileri sürüldüğü takdirde hukukî yararın varlığı kabul edilebilir. Hukukî yararın güncel olup olmadığı, fesih talebinin Kanunda öngörülen süreler içerisinde ileri sürülüp sürülmediği bağlamında değerlendirilmelidir. İsviçre doktrininde hukukî yararın güncelliği belirlenirken ihale feshi talebinin bir yıllık süre içinde ve paraların paylaşılmasından önce yapılmış olması dikkate alınmaktadır⁹.

İhale feshi talebi için yalnız başına ekonomik veya ideal yarar yeterli değildir¹⁰. Bununla birlikte bazı yargı kararlarında ihale feshine ilişkin hukukî yararın ekonomik olarak somutlaşmasının gerektiği kabul edilmektedir. Örneğin, Yargıtay eski tarihli kararlarında muhammen bedelin üzerinde bir bedelle ihale edilen mallar yönünden sırf bu gerekçeyle ihale feshinin talep edilmesinde hukukî yarar olmadığını kabul etmiştir¹¹. Fakat bu durum muhammen bedelin altında satılan mallar

⁵ Hakan Pekcanitez ve Cemil Simil, *İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017), 233; Flavio Cometta und Urs Möckli, *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs* içinde, editör Daniel Staehelin, Thomas Bauer und Franco Lorandi (Basel: Helbing Lichtenhahn, 2021), Art 17 Nr 40.

⁶ Jolanta Kren Kostkiewicz, *SchKG Kommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlässen, OFK - Orell Füssli Kommentar*, (Zürich: Navigator.CH, 2020), Art.17 Nr 29; Hanağası, *Menfaat*, 230.

⁷ Hanağası, *Menfaat*, 235.

⁸ Yargıtay 4. HD. E. 2013/18434 K. 2014/141 T. 13.1.2014; "Bir davanın korunmaya değer, güncel hukuksal yarar bulunmaması nedeniyle reddedilebilmesi için, borçluyu tehdit edebilecek tehlike ve savsaklamalara karşı onu koruma gereksiniminin olmaması gerekir." (Lexpera, E.T.: 20.02.2024) Yargıtay 8. HD. E. 2016/9873 K. 2020/231 T. 16.1.2020; "Bu güncel hukuki yararın sadece davanın açıldığı tarihte değil, tahkikatın bitimi ve hükmün verilmesine kadar devamı gereklidir... sonuç olarak davacının taşınmazda pay sahibi olmadığı ve parsel hakkındaki ortaklığın giderilmesi davasında da tapunun iptal edilmesi nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına karar verildiği; dolayısıyla muhdesatın tespiti davası açmakta davacının hukuki yararı bulunmadığı görülmektedir." (Lexpera, E.T.: 20.02.2024).

⁹ Cometta und Möckli, *BSK*, Art 22 Nr 20.

¹⁰ Pekcanitez ve Simil, *Şikâyet*, 233.

¹¹ Yargıtay 12. HD. E. 2023/306 K. 2023/1295 T. 02.03.2023; "kıymet takdiri bedeli olan 400.000,00 TL'nin üzerinde bir fiyatla 868.000,00 TL'ye ihalesi yapıldığından, ihale feshi isteminin hukuki yarar yokluğundan reddinin gerekeceği ve şikâyetçi aleyhine para cezasına hükmedilemeyeceğine karar verilmiş olup, yerel gazetede yapılan ilanın yetersiz olduğu, diğer taşınmaz malikine yapılan tebligat yapılmadığı ve ihale feshi talebinin geç başlatıldığı iddialarının hukuki yarar yokluğu nedeniyle reddi gerektiği gerekçeleriyle İlk Derece Mahkemesi kararının kaldırılarak ihale feshi isteminin hukuki

bakımından ihaleinin feshini istemekte hukukî yarar olduğu sonucunu doğurmaz. Muhammen bedelin altında satılan mallar bakımından ihaleinin feshinin istenebilmesi için geçerli bir ihaleinin feshi sebebine dayanılması gerekir¹².

Birden çok ilgilinin ihaleinin feshini talep etmesi durumunda hukukî yarar, her bir ilgili için ayrı ayrı değerlendirilir. İcra mahkemesi, somut olayın koşullarına göre yargılamayı usul ekonomisini gözeterek talepleri birleştirerek görmelidir¹³.

II. HUKUKİ YARARIN BELİRLENMESİNDE MENFAATİN ZARAR GÖRMESİ

İhaleinin feshi taleplerinde hukukî yarar koşulu İİK m.134/11’de özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, “İhaleinin feshini şikâyet yolu ile talep eden ilgili, vaki yolsuzluk neticesinde kendi menfaatlerinin muhtel olduğunu ispata mecburdur.” Fıkıradaki yer verilen *muhtel* sözcüğü, sözlük anlamı itibarıyla “bozulmuş, bozuk, eksilmiş, özelliklerini yitirmiş, zarara uğramış” anlamlarına gelmektedir¹⁴. Bu bağlamda ihaleinin feshini talep eden kimsenin dayandığı ihaleinin feshi sebebinden dolayı menfaatinin zarar görmüş olması gerekir¹⁵.

Menfaatin zarar görmesi, bir maddi hukuk meselesi değildir. Gerçekten mahkemedeki bir talepte bulunan kimsenin hukukî yararının/menfaatinin¹⁶ bulunması, dava konusuna ilişkin dava şartlarındandır¹⁷. Bu nedenle “zarar” kavramını maddi hukukta maddi zararı açıklayan fark teorisi ve somut zarar teorisi gibi görüşler ile açıklamaya çalışmak doğru değildir. İİK m.134/11’de yer alan zarar (muhtel) kavramına, ihaleinin

yarar yokluğu nedeniyle reddine ve para cezasına hükmedilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.” (Lexpera, E.T.: 20.02.2024) Benzer yönde bkz. Yargıtay 12. HD. E. 2015/34126 K. 2016/7099 T. 10.3.2016, Yargıtay 12. HD. E. 2020/2111 K. 2020/2456 T. 10.3.2020, Yargıtay 12. HD. E. 2020/3931 K. 2020/7496 T. 23.9.2020, Yargıtay 12. HD. E. 2022/4445 K. 2022/6354 T. 26.5.2022.

¹² Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 714. Yargıtay 12. HD. E. 2023/4882 K. 2023/7240 T. 7.11.2023: “Satılan (taşınır veya taşınmaz) malın muhammen bedelin altında bir bedelle satılmış olması, yalnız (tek) başına ihaleinin feshi sebebi teşkil etmez; yani, geçerli bir ihaleinin feshi sebebine (yolsuzluğa) dayanmayan ilgilinin, sadece malın muhammen bedelinin altında satılmış olduğuna dayanarak ihaleinin feshini istemekte hukukî yararı yoktur. Fakat, ihaleinin feshini isteyen kişi, geçerli bir ihaleinin feshi sebebine (yolsuzluğa) dayanmakta ve satılan mal bu nedenle muhammen bedelin altında satılmış ise, ilgilinin o ihaleinin feshini istemekte hukukî yararı vardır.” (Lexpera, E.T.: 20.02.2024).

¹³ Davaların birleştirilmesinde temel amaç, usul ekonomisi ilkesine hizmet etmek ve çelişkili kararlar verilmesini önlemektir. İbrahim Ermenek, *Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 186.

¹⁴ Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2006), 469.

¹⁵ Kuru, *El Kitabı*, 714; Talih Uyar, “İhaleinin Feshinde Hukukî Yarar Koşulu ile İcra Dairesine Teminat Mektubu Sunma Koşulunun Düşündürdükleri”, *Bursa Barosu Dergisi* 47, S. 121 (2022): 86; Mahmut Coşkun, *Haciz-Satış ve İhaleinin Feshi*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 1076.

¹⁶ Menfaat kavramı yerine hukukî yarar, hukukî menfaat, hukukî çıkar, hukukî himaye ihtiyacı ya da hukukî himaye menfaati gibi kavramların kullanması ve bunlar arasında bir fark bulunmadığı konusunda bkz. Hanağası, *Menfaat*, 4-5.

¹⁷ Hanağası, *Menfaat*, 18 vd; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 319; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku Cilt 1*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2016), 622; Pekcanitez, *Pekcanitez Usul*, 946; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayyavaz ve Hanağası, *Usul*, 320.

feshi talebinin kabulü halinde fesih talebinde bulunan ilgilinin hukukî durumunda bir değişiklik olup olmayacağı çerçevesinde yaklaşmak gerekir. Bu bağlamda menfaat, başarı ihtimalinden bağımsız olarak hukukî koruma talebinin haklı görülmesi halinde talepte bulunanın hukukî durumuna etki edip etmeyeceği kıstası ile belirlenmelidir¹⁸.

Menfaatin¹⁹ zarar görmesi, kavramsal olarak ihalenin feshi sebebinin doğurduğu hukukî sonuçtan ilgilinin çıkarının, yararının veya bir hakkının doğrudan ya da dolaylı olarak etkilenmesi şeklinde açıklanabilir. Başka bir anlatımla, ilgilinin ihalenin feshi sebebinden dolayı zedelenecek meşru, hukukî, kişisel, doğrudan ve güncel bir çıkarı, ihalenin feshi kararı ile temin edilebilecek olmalıdır. Bu bağlamda menfaatin ihlali için soyut bir kıstas belirlemek ve buna göre değerlendirme yapmak pek mümkün değildir. Yalnızca yukarıda temel sınırlarını belirlediğimiz çerçevede somut olayın koşullarına göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu nedenle menfaatin zarar görüp görmediği belirlenirken ihalenin feshini talep eden kimseye ve dayanılan fesih sebebine göre bir sonuca varılmalıdır. Bir fesih sebebi, borçlu bakımından ihalenin feshini talep etmede hukukî yarar şartını sağlarken alıcı için aynı sebebe dayanılarak fesih talep edilmesinde hukukî yarar olmayabilir. Örneğin, muhammen bedeli beş yüz bin Türk lirasına kadar olan satışlar için gazete veya internet haber sitesi ile ilan yapılsaydı daha çok isteklinin katılacağına ilişkin fesih talebinde borçlunun hukukî yararı vardır²⁰. Ancak aynı sebebe dayanarak alıcının fesih talep etmesinde hukukî yarar bulunmamaktadır²¹. Başka bir deyişle, ihalenin feshi talebinde hukukî yararın varlığı, her somut olayın koşulları göz önüne alınarak belirlenmelidir²². Bu belirleme yapılırken ihalenin feshi talebinin takibe faydası gözetilir²³.

III. HUKUKÎ YARAR ŞARTININ İHALENİN FESHİNİ TALEP EDEBİLECEK KİŞİLER BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. GENEL OLARAK

İsviçre hukukunda hukukî yararı bulunmak koşuluyla “ilgililer”in ihalenin feshini isteyebileceği kabul edilmiştir²⁴. Buna göre bir kimsenin ihalenin feshini

¹⁸ Simon Zingg, *ZPO, Band I: Art.1-149 ZPO; Band II: Art.150-352 ZPO und Art.400-406 ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung* içinde, editör Heinz Hausheer und Hans Walter (Bern: Stämpfli Verlag, 2012), 579.

¹⁹ Menfaat, hukuktaki anlamıyla zarar görmeme arzusunu ifade etmektedir. Bkz. Murat Topuz, *Mad-di Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 177.

²⁰ Kuru, *El Kitabı*, 714.

²¹ Zira ilanın gazete ile yapılmaması alıcının zararına değil, aksine yararına bir durumdur. Kuru, *El Kitabı*, 714.

²² Roger Schlegel und Markus Zopfi, *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG* içinde, editör Jolanta Kren Kostkiewicz und Dominik Vock (Zürich: Schulthess Verlag, 2017) 800; Coşkun, *İhalenin Feshi*, 1076.

²³ Cometta und Möckli, *BSK*, Art 17 Nr 7.

²⁴ Schlegel und Zopfi, *Schulthess Kommentar*, Art 132a Nr 2; Kren Kostkiewicz, *OFK*, Art 132a Nr 2.

isteyip isteyemeyeceği somut olay karşısında ihalelerin feshini istemede hukukî yararı bulunup bulunmadığına bakılarak belirlenmektedir²⁵.

Alman hukukunda Alman Cebri Artırma Kanunu (Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung-ZVG) § 97'de, ihalelerin feshini şikâyet yoluyla ileri sürebilecek kimseler sınırlı olarak sayılmıştır. Alman kanun koyucu, şikâyet hakkı verilen kimseleri, artırma sürecinden potansiyel olarak etkilenen hak gruplarını dikkate alarak belirlemiştir²⁶. Buna göre, artırmanın gerçekleşmesi halinde, mal kendisine ihale edilen kimse ile ona kefil olan üçüncü kişiler ve her halde ilgili herkes²⁷ ihalelerin feshini isteyebilir. Artırmanın sonuçlanmaması durumunda ise, geçerli olarak pey sürenler ile ZVG § 81²⁸ uyarınca pey sürenlerin yerine geçecek kimseler ihalelerin feshini isteyebilir²⁹. Ancak bu kimselerin ihalelerin feshini isteyebilmeleri için ihalelerin feshi sebeplerinden birinin şikâyetçinin haklarına hâlel getirmiş olması gerekir³⁰.

Hukumumuzda İcra ve İflas Kanunu m.134/2, ihalelerin feshini isteyebilecek ilgilileri sayarak tüketmiştir. Buna göre ihalelerin feshini yalnızca borçlu, satış isteyen alacaklı, hacizli malın resmî sicilinde kayıtlı olan ilgililer ve sınırlı aynî hak sahipleri ile pey sürmek suretiyle ihaleye katılanlar talep edebilir. Böylelikle ihaleyle ilgisi olmayan kimselerin dayanaksız ve haksız sebeplerle ihalelerin feshini isteyememeleri ve cebri artırmanın olabildiğince hızlı sonuçlanması amaçlanmıştır³¹.

Sözü edilen hükümde sınırlı olarak sayılanlar dışındaki kimselerin ihalelerin feshini talep etmesi mümkün değildir. İhalelerin feshi talebi Kanunda sınırlı olarak sayılanlar dışında kalan kimseler tarafından ileri sürülürse, mahkemece talebin hangi gerekçeyle reddedilmesi gerektiği tartışılmalıdır. Bir görüşe göre Kanunda

²⁵ Schlegel und Zopfi, *Schulthess Kommentar*, Art 132a Nr 2.

²⁶ Anna Michelsen, *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung* içinde, editör Johann Kindl und Caroline Meller-Hannich (Baden-Baden: Nomos, 2021), Art. 97 Nr 1.

²⁷ Örneğin, icra emrinin tebliğ edildiği tarih itibarıyla hakkı tapu siciline tescil edilmiş kimseler veya taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı ya da taşınmazı yükümlü kılan bir hak veya kira veya leasing hakkı sahibi olanlardan mahkemenin ya da ilgilinin talebi üzerine bu hakkını inandırıcı şekilde ispat eden kimseler. Bkz. ZVG § 9.

²⁸ ZVG § 81'e göre, mal en yüksek teklifi veren kimseye ihale edilir. Ancak en yüksek teklif sahibi kimse, hakkını bir başkasına temlik eder ve o kimse de en yüksek teklif kapsamındaki yükümlülüğü üstlenirse mal ilgili istekleyle ihale edilir. En yüksek teklifi veren kimse, duruşma sırasında ya da noter onaylı bir belgede başka bir kişi için teklif verdiğini beyan ederse, en yüksek teklifi verenin temsil yetkisi veya diğer kişinin rızası mahkemece kabul edilir veya noter onaylı bir belge ile kanıtlanırsa, mal temsil olunan kimseye ihale edilir.

²⁹ Artırmanın sonuçlanmaması halinde kural olarak borçlunun da şikâyet hakkı yoktur. Ancak istisnai olarak mahkeme kararının hukuken yanlış olması halinde borçlunun şikâyet hakkı kabul edilmektedir. Örneğin, ZVG § 85a uyarınca, en yüksek teklif muhammen bedelin yarısına ulaşmaz ise teklif reddedilir. ZVG § 71'e göre de geçersiz teklif, reddedilir. Mahkemece geçersiz teklif § 71 gereğince reddedilmesi gerekirken § 85a kapsamında reddedilirse borçlu şikâyet yoluna başvurabilir. Bkz. Roland Böttcher, *Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung* içinde, editör Roland Böttcher und Ulrich Keller (München: C.H. Beck, 2022), Art.97 Nr 8.

³⁰ Michelsen, ZVG, §97 Nr 1.

³¹ Güray Erdönmez, "İcra ve İflas Hukukunda İhalelerin Feshini İsteyebilecek Kişiler", *Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi* 4, S. 10 (2008): 360.

sayılanlar dışında kalan kimselerin ihalenin feshini talep etmekte hukukî yararı bulunmamaktadır. Bu kimselerin ihalenin feshine ilişkin sebeplerden birisine dayanarak ihalenin feshini talep etmeleri halinde bu talep mahkemece hukukî yarar yokluğundan usulden reddedilmelidir³². Yargıtay ise bu durumda davanın hukukî yarar yokluğundan reddedilmesini hatalı kabul etmekte ve sözü edilen hallerde davayı “aktif husumet yokluğu”ndan reddetmektedir³³.

Husumet (sıfat), maddi hukuktaki hak sahipliği ve hukukî ilişkinin tarafı olma ile ilgilidir. Biçimsel olarak davada yer alan davacı ve davalı, maddi hukuk açısından dava konusu hak veya hukukî ilişkinin gerçek tarafları iseler aktif husumete (davacı) ya da pasif husumete (davalı) sahiptirler³⁴. Ancak Yargıtay kararlarında husumet kavramının çoğu kere taraf ehliyeti, dava ehliyeti ve dava takip yetkisi için de kullanıldığı görülmektedir. Sıfat maddi hukuka göre belirleneceğinden davanın esasına girilerek karar verilmesini gerekli kılar. Oysa taraf ehliyeti, dava ehliyeti ve dava takip yetkisi usule ilişkin sorunlardır.

Kanaatimizce İİK m.134/2’de sayılan dışında kalan kişilerce ileri sürülen ihalenin feshi talebi dava takip yetkisinin yokluğundan dolayı reddedilmelidir. Yargıtay kararlarındaki “aktif husumet yokluğu” kavramı da bu şekilde anlaşılmalıdır. Kimlerin ihalenin feshini talep edebileceği ile ihalenin feshini talep eden kimselerin hukuki yarara sahip olmaları gerekliliği birbirinden farklı şeylerdir³⁵. Kural olarak hakkı ihlal edilen bir kimsenin dava açabilmesi için dava açma yetkisinin olduğuna yönelik ayrı bir düzenlemeye gerek yoktur³⁶. Zira hakkın kapsamında talep hakkı ve dava yetkisi de bulunmaktadır³⁷. Bir hakkı ihlal edilen kimsenin bir davayı kendi adına taraf olarak yürütmeye yetkisinin³⁸ ortadan kaldırılabilmesi mümkündür. Ancak tasarruf ehliyetine

³² Mustafa Topal, *İhalenin Feshi*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 319-323. Bu bağlamda Kanun ihalenin feshini talep etme hakkı olmadığı halde ihalenin feshini isteyen kimseleri doğrudan kötüniyetli kabul etmektedir. Bu kişilerin talebi hukukî yarar yokluğundan usulden reddedilmelidir. Mustafa Göksu, “İhalenin Feshi Talebinde Ceza, Harç ve Teminat Konularında 7343 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin Bilhassa Hak Arama Hürriyeti ve Adalet Erişim Bakımından Değerlendirilmesi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 27, S. 1 (2023): 129.

³³ Yargıtay 12. HD. E. 2022/13134 K. 2023/679 T. 7.2.2023; “Söz konusu taşınmaz yönünden şikayetçi ...’un aktif husumet ehliyeti bulunmadığından işin esasına girilmeden ihalenin feshi isteminin aktif husumet yokluğundan reddine karar verilmesi gerekirken, hukuki yarar yokluğundan reddi isabetsiz ise de sonuçta istem reddedildiğinden sonucu doğru Bölge Adliye Mahkemesi kararının onanması gerekmştir.” (Lexpera, E.T.: 20.02.2024) Aynı yönde bkz. 12. HD. E. 2015/13450 K. 2015/19023 T. 3.7.2015; 12. HD. E. 2022/13025 K. 2023/615 T. 6.2.2023; 12. HD. E. 2023/2540 K. 2023/6218 T. 17.10.2023; 12. HD. E. 2022/11992 K. 2023/333 T. 19.1.2023.

³⁴ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 227-228; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *Usul*, 273.

³⁵ Semih Y. Öktemer, “İhalenin Feshi Davasının Açma Hakkı”, *Yargıtay Dergisi* 18, S. 71 (1975): 406. Bir görüşe göre, İİK m.134/2’de yer alan kategorik sayım hukukî yarara sahip olması muhtemel kimseler esas alınarak hazırlanmıştır. Ancak bu ilgililerin hukukî dayandıkları ihalenin feshi sebebi bakımından hukukî yararlarını ayrıca ispat etmeleri gerekmektedir. Bkz. Topal, *İhalenin Feshi*, 323.

³⁶ Buse Dişel, *Dava Takip Yetkisi*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020), 9.

³⁷ Hanağası, *Menfaat*, 52.

³⁸ Dava takip yetkisi kavramı hakkında bkz. Dişel, *Dava Takip Yetkisi*, 8 vd.

sahip bir hak sahibinin dava takip yetkisinin olmadığını kabul edebilmek için açık bir kanunî düzenlemeye ihtiyaç vardır³⁹. Kanaatimizce İİK m.134/2 bu durumun bir örneğini oluşturmaktadır. Kanun koyucunun İİK m.134/6'da davanın esastan reddi halinde ihaleinin feshi talebinde bulunan kimseyi ihale bedelinin %10'una kadar para cezasına mahkûm edileceğini düzenlemesine rağmen Kanunda sayılan kişilerin dışında kalan kişilerce ileri sürülen talepler bakımından aynı cezaya hükmedilmesini ayrıca düzenlemesi de görüşümüzü destekler niteliktedir. Zira ihaleinin feshi talebinin reddi sebebi husumet (sıfat) olsaydı işin esasına ilişkin bir karar verileceğinden Kanunda sayılan kişilerin dışında kalan kişilerce ileri sürülen taleplerin reddi halinde cezanın ayrıca zikredilmesine gerek kalmazdı.

İhaleinin feshini isteyebilecek kimseler bakımından ise her koşulda mutlak bir hukukî yararın varlığı söz konusu değildir. İhaleinin feshini isteyen kimsenin dayandığı fesih sebebi bakımından hukukî yararı olup olmadığı somut olayın koşullarına göre belirlenir.

B. BORÇLUNUN HUKUKİ YARARI

Takep borçlusunun ihaleinin feshini talep etmeye ilişkin hukukî yararı, icra organlarının işlemlerinden doğrudan ve en fazla etkilenmesi nedeniyle oldukça geniştir⁴⁰. Ancak her durumda borçlunun ihaleinin feshini istemede hukukî yararının bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Borçlunun hukukî yararı mutlak ve kesin olmamakla birlikte icra organlarınca yapılan işlemin borçlunun kanunen korunan bir menfaatini ihlal etmesi durumunda söz konusu olur⁴¹. Örneğin, satış ilanının gazete ile yapılmaması halinde, taşınmazın gerçek değerini yansıtmayan takdiri bir bedelle satışa çıkarılması durumunda, bir usulsüzlüğün malın daha yüksek bir bedelle satılmasına engel olması halinde borçlunun ihaleinin feshini istemekte hukukî yararı vardır⁴². Örneğin, kesinleşen kıymet takdirinin fiilen yapıldığı tarihten itibaren iki yıl geçmiş ve fakat hacizli mal takdir edilen bu kıymet üzerinden satışa konu edilmiş ise, borçlunun ihaleinin feshini talep etmekte hukukî yarar vardır⁴³. Buna karşın borçlunun ihaleye fesat karıştırması halinde⁴⁴

³⁹ Dişel, *Dava Takip Yetkisi*, 27.

⁴⁰ Cometta und Möckli, *BSK*, Art 17 Nr 41; Antoine Favre, *Schuldbetreibungs ud Konkursrecht*, (Freiburg: Universität Verlag, 1956), 60; Pekcanitez ve Simil, *Şikâyet*, 235.

⁴¹ Pekcanitez ve Simil, *Şikâyet*, 236.

⁴² Coşkun, *İhaleinin Feshi*, 1076-1077.

⁴³ Yargıtay 12. HD. E. 2019/8438 K. 2019/12094 T. 5.7.2019: "*Hukuk Genel Kurulu'nun 26.02.1992 tarih ve 1992/4-70 E. - 1992/130 K. sayılı kararında da vurgulandığı üzere, İİK'nun 128. maddesinde öngörülen iki yıllık sürenin başlangıcı, sonradan kesinleşmesi koşulu ile kıymet takdirinin fiilen yapıldığı (keşif) tarihidir... Her ne kadar bilirkişiler tarafından hangi tarih itibari ile değerlendirme yapılmış olduğu açıkça belirtilmemiş ise de, borçlular tarafından icra müdürlüğüne alınan 18/08/2015 tarihli rapora itiraz edildiğinden iki yıllık süre, 18/08/2015 tarihinden başlayacağından, satış tarihi olan 27/11/2017 günü itibari ile İİK'nun 128/a maddesinde öngörülen 2 yıllık süre geçmiştir. O halde, ihaleinin feshine karar verilmesi gerekirken, istemin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsiz olup, Bölge Adliye Mahkemesi kararının bozulması gerekmiştir.*" (Lexpera, E.T.: 20.02.2024).

⁴⁴ Pekcanitez ve Simil, *Şikâyet*, 236.

veya ipotek şerhinin satış ilanında gösterilmemesi durumunda borçlunun ihalenin feshini talep etmekte hukukî yararı yoktur⁴⁵.

Hacizli malın satış bedeli borçlunun borcundan hangi oranda kurtulacağını belirler. Bu nedenle artırmaya hazırlık ya da artırma sırasında meydana gelen bir usulsüzlük, artırmaya daha az kişinin katılmasına veya hacizli malın satışında elde edilecek bedelin azalmasına sebep olmuşsa borçlunun ihalenin feshini talep etmede hukukî yararının olduğunu kabul etmek gerekir⁴⁶. Borçlunun, karşılama prensibine uyulmadan ihale yapıldığı⁴⁷ veya satış ilanının usulsüz tebliğ edildiği⁴⁸ gerekçeleriyle ihalenin feshini talep etmesinde hukukî yararı vardır. Gerçekten satış ilanının borçluya tebliği, borçlunun satışa hazırlık yapmasına ve artırmaya katılımı artırarak rekabetçi bir ortam yaratmak suretiyle malın daha yüksek bir bedelle ihale edilmesine imkân tanır⁴⁹. Bununla birlikte kural olarak borçluya usulsüz tebligat yapılması ihalenin feshi sebebi iken taşınırlara ilişkin satış ilanının borçluya tebliğine karar verilmiş ve fakat tebligatın iadesinin (Tebliğat Kanunu m.10) sonuca etki etmemesine karar verilmiş ise tebligattaki usulsüzlük ihalenin feshi sebebi olarak kabul edilemez⁵⁰.

Artırmadaki yolsuzluk borçlunun zararına yol açmamış⁵¹ veya yolsuzluk borçlunun davranışları ile meydana gelmişse⁵² borçlunun ihalenin feshini isteme-

⁴⁵ Coşkun, *İhalenin Feshi*, 1076-1077.

⁴⁶ Erdönmez, *İhalenin Feshi*, 371.

⁴⁷ Saim Üstündağ, *İcra Hukukunun Esasları*, (İstanbul: Kardeşler Matbaası, 2000), 344.

⁴⁸ Üstündağ, *İcra*, 344. Satış ilanının borçluya tebliği, emredici nitelikte bir kuraldır. Borçlunun başka bir şekilde artırmadan haberdar olması, tebliğ zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Benzer şekilde borçlunun artırmada hazır bulunması da satış ilanının tebliğ edilmesini gerekliliğini bertaraf etmez. Mert Namli, *İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 405. Buna karşın satış ilânı borçluya usulsüz tebliğ edilip de borçlu usulsüz tebligatı açık artırmadan makul bir süre önce öğrenmişse, bu durum ihalenin feshi sebebi kabul edilemez. Bkz. Yargıtay HGK E. 2014/1752 K. 2016/478 T. 6.4.2016: "Dosya içindeki bilgi ve belgelerden borçlunun satış tarihinden haberdar olduğu anlaşılmakta ise de yukarıda açıklanan gayeye ulaşılabilmesi bakımından bu bilgilenmenin, sözü edilen hazırlıkları yapmaya yetecek bir süre önce gerçekleşmesi şarttır." (Lexpera, E.T.: 22.02.2024).

⁴⁹ Yargıtay HGK. E. 2014/1752 K. 2016/478 T. 6.4.2016: "Satış ilanının borçluya tebliğ edilmesindeki amaçlardan biri, borçlunun da satışa ilişkin hazırlıklar yapabilmesi ve imkân bulunduğu ölçüde satışa katılımı artırarak daha rekabetçi bir ortam yaratılmasına, dolayısıyla ihalenin daha yüksek bir bedelle yapılmasına ve daha çok borçtan kurtulmasına fırsat yaratılmasıdır." (Lexpera, E.T.: 22.02.2024).

⁵⁰ Yargıtay 12. HD. E. 2022/5673 K. 2022/6432 T. 30.5.2022: "İİK.nun 114. maddesi uyarınca, menkul ihalelerinde satış ilanının borçluya tebliği zorunlu değil ise de; borçluya tebliğine karar verilmesi halinde, tebliğ edilmemesi Dairemizin süregelen içtihatlarına göre ihalenin feshi sebebidir. Ancak, aynı satış kararında, çıkarılan tebligatın sonuca etki etmemesine karar verilmesi halinde ise, tebligatın çıkartılması zorunlu ise de; tebliğ edilip edilmemesinin bir önemi bulunmamaktadır. Somut olayda, satış kararında; yeteri kadar satış ilanı hazırlanarak borçluya tebliğine, tebligatın bila ikmal iade dönüşünün satışın sonucuna tesir etmeyeceğine, tebligat yapılamaması halinde bu kararın sonuç doğurmamasına ve satış işlemlerine bu haliyle devamına, yapılacak e-ilanın yeterli sayılmasına karar verildiği görülmüştür. Bu karar doğrultusunda, borçluya çıkarılan satış ilanının usulsüz tebliğ edildiğinden bahisle ihalenin feshi yönünde hüküm tesisi doğru değildir." (Lexpera, E.T.: 22.02.2024).

⁵¹ Ramazan Arslan, *İcra İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984), 163.

⁵² Arslan, *İhale*, 163; Kuru, 715.

de hukukî yararı bulunmamaktadır. Örneğin, artırma şartnamesinde taşınmazın yüzölçümünün olduğundan fazla gösterilmesi ve bu nedenle daha yüksek bir bedelle satılması durumunda, borçlunun ihalelerin feshine başvurmasında hukukî yarar yoktur⁵³. Kural olarak daha önce kıymet takdirine karşı şikâyetle başvurmayan borçlunun muhammen bedelin üzerinde satılan bir mahcuza ilişkin ihalelerin feshini talep etmesinde hukukî yarar bulunmamaktadır⁵⁴. Ancak Yargıtay kıymet takdirini süresinde şikâyet eden borçlunun icra mahkemesince belirlenen kıymet takdirinin hatalı ya da mahcuzun değerinden düşük belirlendiği gerekçesiyle ihalelerin feshini istemesinde hukukî yararı olduğunu kabul etmektedir⁵⁵. Bu karara katılmak mümkün değildir. Zira ihalelerin feshi, şikâyet yoluyla icra mahkemesinden talep edilmektedir. Kıymet takdirine ilişkin şikâyet de icra mahkemesince incelenip kesin olarak karara bağlanmaktadır. İcra mahkemesince kesin olarak belirlenen kıymet takdirinin ihalelerin feshi nedeni olarak kabulü, bir icra mahkemesi kararının bir başka icra mahkemesince denetlenmesi sonucunu doğurabilir. Ya da kıymet takdirine karşı şikâyeti inceleyen icra mahkemesinin kendi kararını ihalelerin feshi davasında yeniden incelemesi söz konusu olabilir. Bu gerekçeyle kanaatimizce icra mahkemesince kesin olarak karara bağlanan kıymet takdirinin ihalelerin feshi nedeni olarak kabul edilmesinde hukukî yarar yoktur⁵⁶. Ancak Yargıtay kararları aksi yöndedir⁵⁷.

⁵³ Yargıtay 12. HD. E. 2011/10207 K. 2011/27943 T. 12.12.2011: "Taşınmazın yüzölçümünün şartnamede 800 m² gösterilmesi borçlu ve diğer dosya alacaklısı lehine olup, şikâyetçiler bu hususu ihalelerin feshi nedeni olarak ileri süremezler. Zira taşınmazın yüzölçümünün mevcut durumdan daha fazla miktarda gösterilmesi bu taşınmaza daha fazla alıcı çıkmasına ve taşınmazın daha yüksek bedelle satılmasına neden olacak bir maddi hata olup, bunun sonucunda borçlu, daha fazla borcundan kurtulacak, diğer dosya alacaklısına da para kalabilecektir." (Lexpera, E.T.: 22.02.2024).

⁵⁴ Yargıtay 12. HD. E. 2015/20485 K. 2015/27586 T. 10.11.2015: "... mahcuz taşınmaz, 340.000,00 TL muhammen bedelinin üzerinde 358.100,00 TL bedelle ihale edilmiştir. Evveliyatında borçlu tarafından kıymet takdirine itiraz edilmediği de gözetildiğinde, bu durumda zarar unsuru gerçekleşmemiş olup, borçlunun ihalelerin feshini istemekte hukukî yararı yoktur." (Lexpera, E.T.: 01.03.2024) Aynı yönde bkz. Yargıtay 12. HD. E. 2015/23808 K. 2015/30148 T. 1.12.2015; Yargıtay 12. HD. E. 2015/30094 K. 2015/31909 T. 15.12.2015; Yargıtay 12. HD. E. 2015/29928 K. 2015/32858 T. 24.12.2015; Yargıtay 12. HD. E. 2015/29009 K. 2015/32879 T. 24.12.2015.

⁵⁵ Yargıtay 12. HD. E. 2023/5798 K. 2024/96 T. 9.1.2024; "Kıymet takdirine itiraz üzerine mahkemece verilecek kararlar kesin olmakla beraber süresinde şikâyet hakkının kullanıldığı hallerde icra mahkemesi kararının, ihalelerin feshinin istenmesi sırasında incelenmesi mümkündür." (Lexpera, E.T.: 01.03.2024).

⁵⁶ Bir an için bu durumun hukukî yarar dışında başka bir kavram ile ifade edilmesi gerektiği düşünülebilir. Esasen buradaki temel sorun mahkemenin verdiği kararın kanun yolu dışında başka bir yolla denetlenmesi sonucunun doğmasıdır. Fakat kıymet takdirine ilişkin kesin kararın yeniden değerlendirilmesi, şikâyet talebinin bir sonucudur. Hakkında kesin karar verilmiş bir hususun ihalelerin feshi sebebi olarak kabul edilip edilmeyeceği ise hukukî yarar ile ilgilidir. Bu nedenle bu durumun hukukî yarar ile ifade edilmesinde kanaatimizce bir sakınca görülmemelidir. Doktrinde bu durumun takip ekonomisi ve hukukî belirlilik ile çeliştiği ifade edilmektedir. Bkz. Nilüfer Boran Güneysu, İcra Hukukunda Taşınmazların Kıymet Takdiri, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 273. Aynı yönde kıymet takdirine ilişkin icra mahkemesi incelemesinin ihalelerin feshi sebebi olarak kabul edilmemesi gerektiği görüş için bkz. Mehmet Kodakoğlu, "Kıymet Takdirinin Yapılmasına İlişkin Bazı Meseleler ve Enflasyonun Kıymet Takdirine Etkisi", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, S. 2 (2023): 361.

⁵⁷ Bkz. Yargıtay HGK E. 2017/742 K. 2020/406 T. 16.6.2020; 12 HD. E. 2023/8711 K. 2023/8711 T. 13.12.2023; 12. HD. E. 2023/1743 K. 2023/5797 T. 9.10.2023; 12. HD. E. 2023/4336 K. 2023/4436 T. 22.6.2023.

Borçlunun açıkça bir zararı olmasa dahi İcra ve İflas Kanunu'nun kamu yararı amacıyla konulmuş emredici nitelikteki hükümlerine aykırılık nedeniyle ihalenin feshini istemesinde hukukî yararının olduğu kabul edilmelidir. Kaldı ki bu halde kamu düzenine ilişkin bir husus söz konusu olduğundan icra mahkemesince kendiliğinden gözetilmesi gereken bir hukuka aykırılığın varlığı söz konudur⁵⁸. Örneğin, satış isteme süresi geçmesine rağmen icra müdürünün satış talebini kabul ederek artırmayı gerçekleştirip malı muhammen bedelin üzerinde bir bedelle ihale etmesi durumunda borçlunun ihalenin feshini talep etmekte hukukî yararı vardır⁵⁹.

Bir görüşe göre, İİK m.134/2'deki *borçlu* kavramı geniş yorumlanmalı ve adi kefil ile müteselsil kefilin ihalenin feshini talep edebileceği kabul edilmelidir⁶⁰. Kefilin ihalenin feshini isteyebileceğini kabul eden bir başka görüşe göre ise, asıl borçluya karşı başlatılan takibin akıbeti kefilin durumunu etkileyeceği için yalnızca adi kefil ihalenin feshini talep edebilir⁶¹. Bazı yazarlara göre, kefil ile ihalenin feshi arasında yalnızca maddi bir bağlantı bulunduğu için kefil, ihalenin feshini isteyemez⁶². Yargıtay ise İİK m.134/2'deki borçlu kavramını dar yorumlayarak kefilin ihalenin feshini isteyemeyeceğini kabul etmektedir⁶³. Kefilin ihalenin feshini isteyip isteyemeyeceği İsviçre doktrininde de tartışılmıştır. Bir görüşe göre kefil yalnızca asıl borçlunun haklarına halef olduktan sonra ihalenin

⁵⁸ Örneğin, bkz. Yargıtay 12. HD. E. 2021/8230 K. 2021/9309 T. 21.10.2021: "İİK'nun 363/4. maddesi uyarınca, istinaf satıştan başka icra işlemlerini durdurmaz. Buna göre, takibe yönelik itiraz ve şikâyetler hakkında verilen icra mahkemesi kararları kesinleşmeden satışa gidilemez. Bu husus mahkemece de re'sen dikkate alınmalıdır... Buna göre; İstanbul 14. İcra Hukuk Mahkemesinin 2017/654 E. - 2018/703 K. sayılı dosyası incelendiğinde; şikâyetçi borçlu vekilinin icra mahkemesine başvurusu, ihaleye konu taşınmazın haczinin kabil olmadığından bahisle meskeniyet nedenine dayalı şikâyet olup, bu kararın istinaf başvurusu üzerine verilecek karar beklenmeden ihale yapılması, İİK'nun 363/4. maddesine aykırılık teşkil ettiğinden, şikâyetçi borçlu yönünden taşınmazın satışı mümkün değildir." (Lexpera, E.T.: 01.03.2024).

⁵⁹ Yargıtay 12. HD. E. 2019/5496 K. 2019/7554 T. 2.5.2019: "Satış isteme sürelerinin geçmesine rağmen, icra müdürünün satış talebini kabul etmesi, İİK.'nin emredici nitelikteki anılan maddelerine aykırı bir durum yaratır. Taşınmazın tahmini değerinden fazla bir bedelle satılmış olması, mutlaka ve tek başına zarar unsurunun gerçekleşmediği anlamına gelmez. Bir başka deyişle, böyle bir durumda, taşınmaz, tahmini bedelin üstünde dahi satılsa, borçlunun ihalenin feshini istemekte hukuki yararının olduğunun kabulü gerekir." (Lexpera, E.T.: 01.03.2024).

⁶⁰ Erdönmez, *İhalenin Feshi*, 391-392.

⁶¹ Pekcanitez ve Simil, *Şikâyet*, 251.

⁶² Arslan'a göre, adi kefilin artırmanın daha yüksek bir bedelle sonuçlanmasında menfaati bulursa da ihaleyle hukukun bir ilgisi bulunmamaktadır. Müteselsil kefile ise alacaklının doğrudan başvurusu mümkün olduğundan ihalenin feshini talep edemez. Arslan, *İhale*, 167.

⁶³ Yargıtay 12. HD. E. 2023/5802 K. 2024/103 T. 9.1.2024; "Şikâyetçinin takibe konu ipoteğe esas kredi sözleşmelerinde kefil olması, ihalenin feshini talep hakkı vermez. O halde, ilk derece mahkemesince, ihale konusu taşınmaz yönünden şikâyetçinin aktif husumet ehliyeti bulunmadığından işin esasına girilmeden ihalenin feshi isteminin aktif husumet (şikâyet hakkı) yokluğundan reddine" (Lexpera, E.T.: 01.03.2024) Aynı yönde bkz. 12. HD. E. 2023/5795 K. 2024/109 T. 9.1.2024; 12. HD. E. 2023/5794 K. 2024/105 T. 9.1.2024; 12. HD. E. 2023/7741 K. 2023/7587 T. 21.11.2023.

feshini isteyebilir⁶⁴. Başka bir görüşe göre ise gerek ipotekli bir alacağın kefilî gerekse teminatsız bir alacağın kefilî, ihaleinin feshini isteyebilmelidir⁶⁵.

Kanaatimizce adi kefil ihaleinin feshini isteyemez. Zira asıl borçluya başvurulmadan adi kefile müracaat edilemeyecektir. Esasen adi kefilin asıl borçlunun takibinin iyi yürütülmesinde menfaati ve dolayısıyla hukukî yararı vardır. Ancak adi kefil takiple somut bir bağlantısı olmadığı ve takipte şekli anlamda borçlu olarak yer almadığı için dava takip yetkisi yoktur. Müteselsil kefil bakımından ise kendisine asıl borçluyla birlikte takip yapıp yapılmadığı kıstas alınmalıdır. Müteselsil kefile asıl borçluyla birlikte takip yapılmamışsa ihaleinin feshini istememelidir. Asıl borçluyla birlikte takip yapılan müteselsil kefil ise icra takibi kapsamında asıl borçlu ile takip arkadaşıdır. Aralarında takip arkadaşlığı bulunan müşterek borçlulardan birisine ait bir malın değerinden düşük bir bedelle satılması durumunda, diğer takip arkadaşlarının ihaleinin feshini talep etmesinde hukukî yarar vardır. Bu durumda mal borçlulardan yalnızca birisine ait olsa bile satılan malın değeri, diğer borçluların sorumlu oldukları borç miktarını doğrudan etkileyeceği için ihaleinin feshi talebinde hukukî yararın varlığını kabul etmek gerekir⁶⁶. Ayrıca diğer borçlular, sözü edilen halde Kanunda kendisine ihaleinin feshini talep etme hakkı tanınan “*takip borçlusu*” kategorisinde yer almaktadır. Benzer bir durum, bir başkasının borcundan dolayı malını rehin veren kimse için de geçerlidir. Bu durumda borçlunun borcunun teminat altına alınması için malını rehin veren üçüncü kişinin, takip borçlusu sıfatıyla ihaleinin feshini talep etmesinde hukukî yarar vardır⁶⁷. İpotek veren üçüncü kişinin takip dosyasındaki başka bir mala ilişkin ihaleinin feshini istemesinde de hukukî yararı olduğu kanaatindeyiz. Ancak Yargıtay’a göre, müşterek borçlunun diğer borçlulara ait mallar yönünden ihaleinin feshini istemesinde hukukî yarar yoktur⁶⁸.

⁶⁴ Carl Jaeger, Hans Walder, Thomas Kull und Martin Kottmann, *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, (Zürich: Schulthess Verlag, Zürich, 1997/99), 698.

⁶⁵ Jürg Roth, *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs* içinde, editör Daniel Staehelin, Thomas Bauer und Franco Lorandi (Basel: Helbing Lichtenhahn, 2021), Art 132a Nr 8.

⁶⁶ Erdönmez, *İhaleinin Feshi*, 372.

⁶⁷ Bu durumda üçüncü kişinin durumu, maddi hukuk bağlamında borçlu sıfatıyla değil, takip hukuku kapsamında borçlu kavramı ve şekli taraf teorisi çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bkz. Topal, *İhaleinin Feshi*, 332-333.

⁶⁸ Yargıtay 12. HD. E. 2023/8489 K. 2023/8353 T. 6.12.2023; “*Dosyadaki bilgi ve belgelerden icra takibinde ipotek veren olduğu anlaşılan şikayetçinin kendi taşınmazı dışındaki diğer bir taşınmazın ihalesinin feshini isteği, Dairemiz uygulamasında salt ipotek veren şikayetçinin başka bir taşınmaza yönelik ihaleinin feshini talep etme yetkisinin olmadığı, bu durum itibarı ile şikayetçinin İLK. nun değ. 134. maddesindeki satış isteyen alacaklı, borçlu, resmî sicilde kayıtlı ilgililer ile sınırlı aynı hak sahipleri dışında kalan kişilerden olduğu ve davanın nispi harca ve teminata tabi bulunduğu anlaşılmıştır.*” (Lexpera, E.T.: 01.03.2024) Aynı yönde bkz. 12. HD. E. 2023/9102 K. 2024/714 T. 23.1.2024; 12. HD. E. 2023/2540 K. 2023/6218 T. 17.10.2023; 12. HD. E. 2022/11992 K. 2023/333 T. 19.1.2023.

Artırmaya katılımı olumsuz şekilde etkileyen hallerde borçlunun ihalenin feshini istemekte hukukî yararının bulunduğu kabul edilmelidir. Artırma şartnamesinde KDV oranının olduğundan yüksek gösterilmesi⁶⁹ buna örnek gösterilebilir. KDV oranının yanlış gösterilmesinin ihalenin feshi sebebi olarak kabul edilmesinde, şartnamede gösterilen KDV oranı ile mal ihale edilirken uygulanan KDV oranının farklı olması dikkate alınmaktadır. Ancak bu durum kamu düzenine ilişkin değildir. Bu nedenle yedi günlük şikâyet süresine tabidir. KDV oranının ihaleye hazırlık işlemleri kapsamında şartnamede yanlış gösterilmesi halinde, hazırlanan şartname-nin tebliği üzerine şikâyet yoluna başvurmayan ilgilinin ihale gerçekleştikten sonra ihalenin feshini istemekte hukukî yararının olmadığı kabul edilmektedir⁷⁰. Yargıtay kararlarında artırmaya satış ilanında belirtilen saatten önce başlanması⁷¹ da artırmaya katılımı olumsuz şekilde etkileyeceğinden borçlunun bu sebeple ihalenin feshini istemekte hukukî yararının bulunduğu kabul edilmektedir. Ancak satışların tümüyle elektronik ortam yapılması ve elektronik satış portalında yapılan açık artırmada teklif verme süresi yedi gün olduğu dikkate alındığında artırmaya belirtilen saatten önce başlanması katılımı olumsuz etkilemeyeceğinden bu gerekçeyle ihalenin feshini talep etmekte hukuki yarar bulunmadığını kabul etmek gerekir.

C. SATIŞ İSTEYEN ALACAKLININ HUKUKİ YARARI

İcra ve İflas Kanunu m.134/2 uyarınca ihalenin feshini talep etmekte hukukî yararı kabul edilen kimselerden birisi de satış isteyen alacaklıdır. Satış isteyen alacaklı, artırmaya katılmasına gerek olmaksızın hukukî yararı olması koşuluyla ihalenin fes-

⁶⁹ Yargıtay 12. HD. E. 2023/2787 K. 2023/6213 T. 17.10.2023: "Somut olayda, şikâyet konu 562 ada 9 parsel 59 no.lu taşınmazla ilişkin düzenlenen 31.03.2022 tarihli açık artırma ilanında KDV oranının %1 olarak gösterildiği, 24.05.2022 tarihli ihale tutanağının başına "KDV oranının %18 olduğu ilan edilerek satışa başlandığının" yazıldığı görülmüş olup, tutanağın artırma ilanına uygun olmadığı ve KDV oranının daha yüksek gösterilmesini talep ve talibi etkileyecek nitelikte olduğundan ihalenin feshi sebebinin oluşturduğu kuşkusuzdur. Bu hususun ayrıca ispatına gerek bulunmamaktadır... Yukarıda izah edildiği üzere temyize de getirilen KDV oranı hakkındaki usulsüzlüğün talep ve talibi etkileyecek nitelikte olduğu ve yapılan usulsüzlüğün satışa hazırlık esnasında değil, ihale anında yapıldığı, dolayısıyla ihalenin feshi talebinin süresinde olduğu görülmektedir." (Lexpera, E.T.: 01.03.2024).

⁷⁰ Yargıtay 12. HD. E. 2023/106 K. 2023/2221 T. 30.3.2023: "İlk Derece Mahkemesinin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararı ile şartname incelendiğinde taşınmazın önemli nitelik ve vasıflarının belirtildiği, KDV oranına ilişkin hususun ihaleden önce şikâyet konusu yapılmadığı gerekçesi ile şikâyetin reddine karar verilmiştir. Temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararının 5311 sayılı Kanun ile değişik İİK'nın 364/2. maddesi göndermesiyle uygulanması gereken 6100 sayılı HMK'nın 370. maddeleri uyarınca ONANMASINA..." (Lexpera, E.T.: 01.03.2024) Aynı yönde bkz. Yargıtay 12. HD. E. 2023/4236 K. 2023/4394 T. 21.6.2023; Yargıtay 12. HD. E. 2015/6315 K. 2015/10560 T. 21.04.2015; Yargıtay 12. HD. E. 2017/2609 K. 2017/7983 T. 25.05.2017; Yargıtay 12. HD. E. 2015/15095 K. 2015/17635 T. 23.06.2015.

⁷¹ Yargıtay 12. HD. E. 2022/6717 K. 2022/7663 T. 22.6.2022: "Satışın, ilan edilen yer ve saatte yapılması zorunludur. Bu kurala uyulmaması ihaleye olan talebi ve talibi etkileyen unsurlardan olup ihalenin satış ilanında belirtilen saatten önce başlanması ise katılımı olumsuz etkileyip borçlu yararına aykırı olduğundan feshi sebebi olduğu gibi mahkemece re'sen nazara alınması gerekir." (Lexpera, E.T.: 01.03.2024).

hini isteyebilir⁷². Ancak Kanun ihalelerin feshini isteme hakkını, tüm alacaklılara değil, yalnız satış isteyen alacaklılara tanımıştır. Bu nedenle ihale tarihi itibarıyla geçerli bir satış talebi bulunan alacaklı ihalelerin feshini talep edebilir. Geçerli bir satış talebi, kesin haciz sahibi alacaklı tarafından kıymet takdiri ve satış giderlerinin tamamının peşin olarak yatırılması suretiyle herhangi bir şarta bağlı olmaksızın takibin yapıldığı icra dairesine yazılı veya tutanağa geçirilmek kaydıyla sözlü şekilde yapılan taleptir (İİK m.106). Bu bağlamda satış giderlerini yatırmış ve fakat satış talebinde bulunmamış ya da satış talebinde bulunmuş ancak satış giderlerini yatırmamış haciz alacaklısının ihalelerin feshini istemekte hukukî yararının olup olmadığı tartışılmalıdır. 7343 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile birlikte satış talebinde bulunmakla birlikte giderleri ödemeyen ya da eksik kalan giderleri süresi içinde tamamlamayan alacaklının satış talep etmemiş sayılacağı açıkça düzenlenmiştir⁷³. Satış giderlerinin yatırılıp satış talebinde bulunulmaması halinde ise ortada geçerli bir satış talebi bulunmamaktadır⁷⁴. Dolayısıyla her iki halde de ilgili, ihalelerin feshini istemekte dava takip yetkisine sahip değildir⁷⁵. Bir görüşe göre, satış talebini geri alan alacaklı ile satış talebi düşen alacaklılar ihale tarihi itibarıyla geçerli bir satış talepleri olmadığı halde “satış isteyen alacaklı” kapsamında ihalelerin feshini isteyebilir⁷⁶. Kanaatimizce sözü edilen hallerde ihale tarihi itibarıyla geçerli bir satış talebi söz konusu olmadığından anılan kişilerin ihalelerin feshini istemeleri mümkün değildir.

⁷² Kuru, *El Kitabı*, 711.

⁷³ Bkz. İİK m.106/IV-V.

⁷⁴ Yargıtay 12. HD. E. 2022/3805 K. 2022/4818 T. 19.4.2022; “Somut olayda, borçlunun temyiz konusunu ettiği taşınmazlara 11/05/2017 tarihinde haciz konulduğu, alacaklı vekili tarafından kanunda öngörülen bir yıllık yasal süre geçtikten sonra 15/05/2018 tarihinde satış talebinde bulunulduğu ve satış avansının yatırıldığı, haciz tarihi ile satış talep ve avans yatırılma tarihi arasında satış isteme süresinin geçtiği görülmüştür... satış isteminin varlığını kabul için bu konudaki açık talep yanında satış giderlerinin de yatırılması gerekir. Satış talebinden önce masraf yatırılması, o tarihte satış talebinde bulunulduğu anlamına da gelmez.” (Lexpera, E.T.: 20.05.2024) Aynı yönde bkz. 12. HD. E. 2021/6226 K. 2021/11403 T. 15.12.2021.

⁷⁵ Ankara BAM 19. HD. E. 2018/3544 K. 2019/821 T. 4.4.2019: “Yine ihaleden önce, menkul hükümünde olan ve satışı yapılan menkuller hakkında kendi takip dosyasında satış avansını yatırarak satış isteminde bulunmayan haciz alacaklısının ihalelerin feshi davasını açmasına yasal imkân yoktur.” (Lexpera, E.T.: 01.03.2024) Timuçin Muşul, *İcra ve İflâs Hukukunda İhale ve İhalelerin Feshi*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 416.

⁷⁶ Erdönmez, *İhalelerin Feshi*, 362. Yargıtay’a göre, alacaklının geçerli bir satış talebi, kıymet takdirinin henüz kesinleşmemesi sebebiyle reddedilirse yeniden satış talebine gerek yoktur. Ancak bu durum 7343 sayılı Kanun ile birlikte İİK m.106’da yapılan değişiklikle birlikte karşılaşılabilmekte pek muhtemel olmayan bir durumdur. Zira artık satış talebinde kıymet takdirine ilişkin giderler de peşin olarak yatırılmak zorundadır. Bununla birlikte dosyada gerekli masraf var ve icra müdürlüğüne talep üzerine kıymet takdiri yapılmış ise nadiren olsa karşılaşılabilmekte. Karar bu açıdan önemlidir. Yargıtay HGK E. 2017/707 K. 2018/1100 T. 16.5.2018; “Alacaklı tarafından süresi içinde satış istenip, satış giderinin yatırılmasından sonra satış talebinin icra müdürü tarafından özellikle kıymet takdiri işleminin kesinleşmemesi nedeniyle reddolunması hâlinde yeniden satış istenmesine gerek olmadan haczin ve satış talebinin ayakta olduğu kabul edilmelidir. Zira İİK’nın 106’ıncı maddesinde satışın istenmesinden söz edildiği, bu talebin icra müdürlüğü tarafından reddedilmesi durumunda, talebin geçerliliğini kaybedeceğine dair hiçbir yasal düzenleme bulunmamaktadır.” (Lexpera, E.T.: 20.05.2024).

İcra ve İflas Kanunu m.107 uyarınca her alacaklı, mensup olduğu derece namına satış isteyebilir. Aynı derecedeki alacaklılardan biri, satış talebinde bulunduğu anda o derecedeki diğer alacaklılar bu talepten faydalanabilir⁷⁷. Bu halde satış talebinde bulunmadığı halde satış isteyen alacaklının haczine iştirak eden diğer alacaklıların ihalenin feshini talep etmekte hukukî yararı olup olmadığı değerlendirilmelidir. Kanaatimizce satış isteyen alacaklı ile aynı derecedeki alacaklılar, ihalenin feshini isteyebilmelidir. Çünkü hacizli mal yalnızca satış isteyen alacaklının alacağını karşılayacak ölçüde değil, o derecedeki tüm alacaklıların alacağını karşılayacak ölçüde satılır⁷⁸. Bir anlamda o derecedeki alacaklılar satış talebinde bulunmuş kabul edilmektedir. Öte yandan satış isteyen alacaklının talebi, aynı derecedeki diğer alacaklıların ihalenin feshini talep haklarını ortadan kaldırmamalıdır⁷⁹.

Kanaatimizce ihalenin feshini isteyebilecek kişileri kategorize ederken hacizli alacaklıların ihalenin feshini isteyip isteyemeyecekleri, malın resmi sicile kayıtlı olup olmadığına göre belirlenmelidir. Söz konusu düzenlemede resmi sicilde kayıtlı ilgililerin ihalenin feshini isteyebilecekleri hükme bağlanmıştır. Sicile kayıtlı mallarda haciz ilgili sicile işleneceğinden satış isteyen alacaklı dışındaki hacizli alacaklılar resmi sicildeki ilgililer kapsamında ihalenin feshini talep edebilirler. Aksi halde satış talebinde bulunmayan alacaklının ihalenin feshini istemekte hukukî yararının olmadığını kabul etmek gerekir. Bir görüşe göre, Kanunun lafzına rağmen satış talep etmeyen haciz alacaklıları da hukukî yararı olmaları şartıyla ihalenin feshini isteyebilirler⁸⁰. Bir başka görüşe göre ise satış talep etmeyen alacaklılara ihalenin feshini isteme hakkı tanınmaması, hak arama hürriyetinin ellerinden alınması ve açıkça kanuna aykırı olan ihalelere karşı koymama sonucunu doğuracaktır⁸¹. Bu bağlamda Kanunda yalnızca satış isteyen alacaklının zikredilmesi bir eksiklik olarak nitelendirilmektedir⁸². Kanaatimizce söz konusu eksiklik bir kanuni düzenleme ile giderilmediği müddetçe satış talebinde bulunmayan hacizli alacaklıların ihalenin feshini talep etmesinde hukukî yarar olmadığı kabul edilmelidir.

İİK m.106/1 uyarınca “*Alacaklı veya borçlu, hacizden itibaren bir yıl içinde haczolunan malın satışını isteyebilir.*” Satış hacizli alacaklılardan birisinin tale-

⁷⁷ Melih Işık, “İcra Hukukunda Derece Namına Satış Talep Etme”, *TBB Dergisi* 33, S. 152 (2021): 159.

⁷⁸ Yargıtay 12. HD. E. 2016/17991 K. 2017/894 T. 24.1.2017.

⁷⁹ Işık, *Derece Namına Satış*, 169.

⁸⁰ Kuru, *El Kitabı*, 712; Topal, *İhalenin Feshi*, 326.

⁸¹ Öktemer, *İhalenin Feshi*, 400-401; Bu duruma hacizli mal üzerine daha önceden konulmuş kesin hacziler var iken daha sonra konulan kesin haciz sahibi bir alacaklıya malın alacağına mahsuben ihale edilmesi örnek gösterilmektedir. Bu durumda satış bedelinin sıra cetveline göre alacaklılara arasında dağıtılması gerekirken yalnızca sonraki kesin haciz sahibi alacaklı tatmin edilmiş olmaktadır. Ancak satış talebinde bulunmadıkları için ihalenin feshini istemekte hukukî yararlarının bulunmadığı kabul edilmektedir. Bkz. Erdönmez, *İhalenin Feshi*, 368.

⁸² Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *İcra ve İflas Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 328.

biyle değil de borçlunun talebiyle yapılırsa ortada satış isteyen alacaklı bulunmadığından tüm alacaklıların ihalelerin feshini istemekte hukukî yararını kabul etmek gerekir⁸³. Zira borçlunun satış talebi, tüm hacizli alacaklılar adına yapılmış sayılmaktadır. Ayrıca borçlunun satış talebinde bulunması durumunda alacaklılar satış talep edememektedirler⁸⁴.

Alacaklının artırımın kanuna uygun bir şekilde yürütülmesinde hukuken korunan bir menfaati vardır⁸⁵. Ancak alacaklının her işlemin iptalinde hukukî yararı olduğunu söylemek mümkün değildir. Örneğin, ihale sonucunda alacağını eksiksiz/tam olarak alan alacaklının, ihalelerin feshini talep etmekte hukukî yararı yoktur⁸⁶. Buna karşın ihaleye fesat karıştırılması nedeniyle alacağını tam olarak alamadığını, artırmaya hazırlık işlemlerinin gereği gibi yapılmadığını⁸⁷ ya da satış ilanının kendisine tebliğ edilmemesi sebebiyle haklarını koruyamadığını⁸⁸ ileri süren alacaklının ihalelerin feshini istemekte hukukî yararı vardır.

Alacaklının hukukî yararı belirlenirken hazırlanan sıra cetveli neticesinde kendisine bir ödeme yapılıp yapılmayacağı kıstas olarak kabul edilmemelidir⁸⁹. Gerçekten paraların paylaşılması ve sıra cetvelinin hazırlanması, satıştan sonraki bir hukukî süreçtir. Bu nedenle ihalelerin feshini istemekteki hukukî yarar, sıra cetveli neticesinde ilgili alacaklıya bir pay kalıp kalmayacağına bağlanamaz⁹⁰.

D. SİCİLDEKİ İLGİLİLER VE SINIRLI AYNİ HAK SAHİPLERİNİN HUKUKİ YARARI

7343 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önce ihalelerin feshini tapu sicilindeki ilgililer isteyebiliyorken diğer sicillerde kayıtlı olanlar ihalelerin feshini talep edemiyorlardı. Değişiklikle birlikte tapu sicilindeki ilgililerin yanı sıra motorlu araçlar sicili, patent sicili, marka sicili, hayvan rehni sicili ve gemi sicili gibi diğer sicillerde yer alan ilgililer ihalelerin feshini talep edebilirler⁹¹. Yargıtay'a göre, sicildeki ilgililerin tespitinde ihale tarihi esas alınmalıdır⁹². Sicildeki ilgili-

⁸³ Hakan Pekcanitez ve Nedim Meriç, "Borçlunun Talebiyle Satış", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 33, S. 151 (2020): 256.

⁸⁴ Pekcanitez ve Meriç, *Borçlunun Talebiyle Satış*, 256.

⁸⁵ Pekcanitez ve Simil, *Şikâyet*, 238.

⁸⁶ Pekcanitez ve Simil, *Şikâyet*, 239; Arslan, *İhalelerin Feshi*, 164; Ömer Çon, *İhalelerin Feshi*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 120.

⁸⁷ Arslan, *İhalelerin Feshi*, 164.

⁸⁸ Üstündağ, *İcra*, 347.

⁸⁹ Erdönmez, *İhalelerin Feshi*, 367; Topal, *İhalelerin Feshi*, 328.

⁹⁰ Yargıtay 12. HD. E. 2006/11934 K. 2006/14050 T. 27.6.2006; "ihale bedelinden şikâyetçi hazine pay kalıp kalmayacağı hususu sıra cetvelinde ve sıra cetveline itiraz davasında belirlenecek bir husus olup ihalelerin feshi yargılamasında değerlendirme yapılarak şikâyetçiye pay kalmayacağı ve bu nedenle İİK'nun 127. maddesinde menfaati korunan tapu ilgilisi sayılmayacağı yönünde oluşturulan Mahkeme gerekçesi yerinde değildir." (Lexpera, E.T.: 01.03.2024).

⁹¹ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 328.

⁹² Yargıtay 12. HD. E. 2022/7955 K. 2022/9130 T. 21.9.2022: "İhale tarihinde yürürlükte bulunan İİK'nın 134. maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre ihalelerin feshini talep edebilecek kişiler, satış iş-

lerden ne anlaşılması gerektiği ise HGK E. 2019/175 K. 2022/873 T. 8.6.2022 sayılı kararda açıklanmıştır. Buna göre, söz konusu ilgililerden sicil kaydında yazılı olan ve sicil kaydının incelenmesi ile görülebilen kişiler anlaşılmalıdır.

Şüphesiz resmi sicillerin en önemlilerinden birisi tapu sicilidir. Tapu sicilindeki ilgililere örnek olarak, ipotek alacaklıları, paylı mülkiyet satışında taşınmazın diğer paydaşları, irtifak hakkı sahipleri, satış talep etmemiş olsa bile sicile kaydedilmiş haciz alacaklıları, tapu siciline şerh verilmiş alım, ön alım ve geri alım hakkı sahipleri ile tapu siciline şerh verilmiş olan taşınmaz satış vaadi alacaklısı⁹³, cebri satışı da önleyecek şekilde lehine ihtiyatî tedbir kararı almış olan kişiler verilebilir. “Tapu sicilindeki ilgililer” kapsamına tapu siciline tescil edilmiş mülkiyet veya sınırlı ayni hak sahipleri girmez⁹⁴. Tapu sicilindeki ilgililer kavramı yorum yoluyla genişletilemez⁹⁵.

Satış ilanının tapu sicilindeki ilgiliye tebliğ edilmemiş olması, ihalenin feshi sebebi olup ilgilinin ihalenin feshini istemekte hukukî yararı vardır⁹⁶. Bu hukukî yararı doğuran ve zarar gören menfaat ise, o ilgilinin ihaleye katılarak pey sürmesi ve ihaleye katılımı artırma yönündeki muhtemel çalışmalarının engellenmiş olmasıdır⁹⁷. Bir görüşe göre, ilgilinin pey sürme ya da artırmaya katılımı artırma durumu yoksa satış ilanının tebliğ edilmemesi, yalnız başına ihalenin feshini istemek için hukukî yarar sağlamaz⁹⁸. Tapu sicilindeki ilgililerden birisine satış ilanı tebliğ edilmediği takdirde, diğer ilgililerin bu nedenle ihalenin feshini talep etme-

teyen alacaklı, borçlu, tapu sicilindeki ilgililer ve pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler olup, ihalenin feshini isteyebilecek olanlardan “tapu sicilinde ilgili” kişilerin saptanmasında ihale tarihi esas alınmalıdır.” (Lexpera, E.T.: 01.03.2024).

⁹³ Taşınmaz satış vaadi alacaklılarının ihalenin feshini isteyemeyeceği görüşü için bkz. Dilek Aydemir ve Hafize Zülal Şaylan, *İhalenin Feshinde Uygulamadaki Sorunlar*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2023), 72.

⁹⁴ Bu bağlamda taşınmaz mülkiyetinin TMK m.705 uyarınca miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma veya kanunda öngörülen diğer hallerle sicil dışı olarak kazanılması durumunda ilgilinin henüz sicile tescil edilmeyen ayni hakkına dayanarak ihalenin feshini isteyip isteyemeyeceği tartışmalıdır. Yargıtay 12. HD. E. 2016/24975 K. 2016/20289 T. 3.10.2016 tarihli kararında ihalenin feshinin tasarruf işlemi mahiyetinde olduğunu ve TMK m.705 uyarınca tapu iptal ve tescil davasının davacısının taşınmaz adına tescil edilmedikçe ihalenin feshini isteyemeyeceğine karar vermiştir. “Somut olayda, şikayetçi üçüncü kişinin, ihaleye konu taşınmaz hakkında açmış olduğu tapu iptali ve tescil davasında, şikayetçi lehine karar verildiği görülmektedir. Dolayısıyla, şikayetçinin, mahcuz taşınmazın kendisine ait olduğunu iddia ederek icra mahkemesine başvurmasında hukukî yararı vardır. Ancak şikayet tarihi olan 23.12.2014 itibarıyla taşınmaz, henüz şikayetçi üçüncü kişi lehine tapuya tescil edilmediğinden TMK'nun 705/2. maddesi uyarınca üçüncü kişinin şikayet hakkı bulunmamaktadır. Bir başka deyişle, şikayetçinin mülkiyet hakkı, henüz tapu kütüğüne tescil edilmemiş olduğundan, icra mahkemesine başvurarak tasarruf işlemi niteliğindeki ihalenin feshi davasını açamaz.” (Lexpera, E.T.: 01.03.2024) Aksi yönde bkz. İbrahim Aşık, Yakup Oruç, Ozan Tok ve Ömer Faruk Saçar, *İcra ve İflas Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2023), 296; Topal, *İhalenin Feshi*, 357-358.

⁹⁵ Yargıtay HGK E. 2018/12-77 K. 2019/790 T. 25.06.2019.

⁹⁶ Kuru, *El Kitabı*, 653.

⁹⁷ Kuru, *El Kitabı*, 653.

⁹⁸ Kuru, *El Kitabı*, 653.

sinde hukukî yararları yoktur⁹⁹. Bu durumda ihaleinin feshini yalnızca kendisine tebliğ yapılmayan ilgili ileri sürebilir.

Paylı mülkiyette payı cebri icra yoluyla satılan paydaş dışındaki diğer paydaşların, tapu sicilindeki ilgili sıfatıyla ihaleinin feshini talep etmesi mümkündür¹⁰⁰. Bu durumda diğer paydaşların artırmaya katılmaları engellenmiş veya satış ilanı kendilerine tebliğ edilmemiş ya da diğer bir ihaleinin feshi sebebi gerçekleşmiş ise, ihaleinin feshini istemekte hukukî yararları vardır.

Tapu sicilindeki ilgililerin hukukî yararı bakımından, tapu sicilinde yer almakla birlikte mükellefiyetler listesinde yer almayan ilgililerin durumu da değerlendirilmelidir. İhale alıcısı satılan malı, mükellefiyetler listesine göre iktisap eder¹⁰¹. Mükellefiyetler listesinde yer almayan kimse, tapu sicilindeki hakkını ihale alıcısına karşı ileri süremez. Bu durumda söz konusu ilgilinin ihaleinin feshini talep etmekte hukukî yararı olup olmadığı tartışılmalıdır. Bir görüşe göre, bu kimsenin şartnamenin hazırlanmasındaki bir yolsuzluk nedeniyle hakkına zarar geldiğinden ihaleinin feshini istemekte hukukî yararı vardır¹⁰². Kanaatimizce bu durumda şikâyetçinin mükellefiyetler listesinde olup olmadığı değil, resmi sicildeki ilgili kapsamında olup olmadığı kıstas alınmalıdır. Bu nedenle kural olarak mükellefiyetler listesinde yer almayan tapu sicilindeki ilgili ihaleinin feshini isteyebilmelidir¹⁰³. Bununla birlikte mükellefiyetler listesinde yer almayan ilgilinin hukukî yararını ayrıca ispat etmesi gerekir.

⁹⁹ Yargıtay 12. HD. E. 2016/18649 K. 2016/24684 T. 1.12.2016; "İİK'nun 127. maddesi gereğince satış ilanının bir suretinin borçluya tebliği zorunludur. Tebliğ işleminin yapılmamış ya da usulsüz yapılmış olması başlı başına ihaleinin feshi nedenidir. Ancak satış ilanının tebliğ edilmediği ve usulsüz tebliğ edildiği iddiası, ancak ilgisince ileri sürülebilir." (Lexpera, E.T.: 01.03.2024).

¹⁰⁰ Kuru, *El Kitabı*, 713. Yargıtay 12. HD. E. 2010/2061 K. 2010/4051 T. 23.2.2010: "İİK'nun 134/2. maddesinde ihaleinin feshini isteyebilecek kişiler arasında tapu sicilindeki ilgililer de gösterilmiştir. Yasa koyucu tapu sicilindeki ilgilinin dava açma hakkı olduğunu belirleyerek bu konuda anılan hüküm dışında bir kısıtlamaya yer vermemiştir. Medeni Kanun'un 733/1. maddesine göre cebri artırmalarda önalım hakkı kullanılamayacağına göre, payı satış konusu olmayan diğer paydaşa feshin isteme hakkının tanınması gerekir. Şikâyetçinin tapu kaydında pay sahibi olduğu anlaşıldığına göre, onun payı satılmasa dahi diğer pay sahibiyle ilgili ihaleinin feshini istemesi İİK'nun 134/2. maddesi hükmüne göre mümkündür." (Lexpera, E.T.: 01.03.2024) Aksi yönde bkz. Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes, *İcra*, 246.

¹⁰¹ Mükellefiyetler listesi artırma şartnamesinin tamamlayıcısı ve bir parçasıdır. Bu nedenle alıcı bakımından tapu sicili hükmündedir. Alıcı, satılan malı, mükellefiyetler listesine göre iktisap eder. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 313; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes, *İcra*, 236.

¹⁰² Zira bu durumda artırma şartnamesindeki yolsuzluk ilgilinin haklarına zarar verebilir. Arslan, *İhaleinin Feshi*, 94; Çon, 121.

¹⁰³ Yargıtay eski tarihli bir kararında mükellefiyetler listesinde yer almayan ve fakat tapu sicilinde kayıtlı bulunan kuvvetlendirilmiş şahsi hak sahibi kimsenin ihaleinin feshini isteyebileceğine işaret etmiştir. Yargıtay 4. HD. E. 1986/7807 K. 1987/482 T. 26.01.1987; "Ne var ki, bu gün gerek uygulamada gerekse öğretilerde, artırma şartnamesi ve buna ilişkin konularda yapılan yolsuzluklardan dolayı tapu sicilinde kayıtlı kişisel hak sahiplerinin ihaleinin feshini isteyebileceği kabul edilmektedir." (Lexpera, E.T.: 01.03.2024).

Tapu sicilindeki ilgililerden birisi de lehine verilen ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararı sicile işlenen kimsedir. İhtiyati haciz sahibi alacaklının sicildeki ilgili olarak ihalenin feshini talep etmesinde hukukî yararı genel olarak kabul edilmektedir¹⁰⁴. Yargıtay bazı kararlarında ihtiyati tedbir kararının lehine karar verilen kimse için bir aynı hak doğurmayacağı gerekçesiyle ilgilinin ihalenin feshini talep edemeyeceğine karar vermektedir¹⁰⁵. İİK m.134/2 hükmünde “sicildeki ilgililer ve sınırlı aynı hak sahipleri”nden söz edilmektedir. Bu kapsamda lehine tedbir kararı verilen kimseleri, sınırlı aynı hak sahipleri olarak değil, sicildeki ilgililer kapsamında değerlendirmek gerekir. Bu halde de Yargıtay, lehine ihtiyati tedbir kararı verilen üçüncü kişi bakımından ihtiyati tedbirin kapsamının cebri satışı önleyecek mahiyette olup olmadığını kıstas almaktadır. Buna göre ihtiyati tedbir kararı, cebri satışları önleyecek şekilde verilmiş ise ilgilinin ihalenin feshini istemekte hukukî yararı olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁶. Doktrinde sicilde kayıtlı olan irtifak hakkı sahipleri, haciz alacaklıları, alım, ön alım ve geri alım hakkı sahipleri, ihtiyati haciz sahibi alacaklılar, ihalenin feshini isteyebilirken lehine ihtiyati tedbir kararı verilen kimselerin de hukukî yararının kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹⁰⁷. Kanaatimizce meseleye toptancı bir yaklaşım yerine icra takibinin ilerlemesindeki taraf menfaatleri ve satılan malın mülkiyetinin alıcı adına tescili bakımından herhangi bir engelin bulunmaması hususunda icra dairesine düşen yükümlülükler çerçevesinde yaklaşılmalıdır. Artırmaya hazırlık aşamasında icra müdürlüğü, ihtiyati tedbirin cebri satışa engel olup olmadığını ve mülkiyetin alıcıya intikalinin mümkün olup olmadığını ilgili mahkemelerden sormalıdır¹⁰⁸. Bu bağlamda tedbir kararı cebri satışı engelleyecek mahiyette ise ilgilinin ihalenin feshini talep etmede hukuki yararını kabul etmek gerekir. Benzer şekilde satılan malın ihtiyati tedbir kararı ile birlikte alıcıya intikal edeceği ilanda ve şartnamede gösterilmiş ise söz konusu ilgilinin ihalenin feshini istemekte

¹⁰⁴ Aydemir ve Şaylan, *İhalenin Feshi*, 72; Erdönmez, *İhalenin Feshi*, 381; Yargıtay 12. HD. E. 2016/669 K. 2016/2977 T. 8.2.2016; “*Bu durumda, ihale konusu taşınmazın tapu kaydında satış karar tarihi itibarı ile şikayetçi lehine haciz şerhi bulunmadığından kendisine satış ilanı tebliğ edilmesi gerekmez ise de ihale tarihinden önce tapuda haciz şerhi mevcut olmakla adı geçenin İİK'nun 134/2. maddesinde öngörülen tapu sicilindeki ilgili sıfatıyla ihalenin feshini istemesi mümkündür.*” (Lexpera, E.T.: 01.03.2024).

¹⁰⁵ Yargıtay 12. HD. E. 2013/18464 K. 2013/28217 T. 12.9.2013: “*Tapu sicilinde üçüncü kişi lehine şerh verilen ihtiyati tedbir kararı, bu kişi lehine aynı nitelikte veya aynı nitelikte sayılan şahsi bir hak doğurmaz.*” (Lexpera, E.T.: 01.03.2024).

¹⁰⁶ Yargıtay 12. HD. E. 2023/5142 K. 2023/7373 T. 9.11.2023; “*Şikayetçi üçüncü kişinin “cebri satış da önleyecek şekilde lehine ihtiyati tedbir kararı almış olan kişiler” kavramına girmediği açık olup bu şikayeti yapmakta aktif husumet ehliyeti bulunmamaktadır.*” (Lexpera, E.T.: 01.03.2024) Yargı kararında her ne kadar aktif husumet eksikliğinden söz edilse de esasen hukukî yarar yokluğundan ihalenin feshi talebinin reddine karar verilmelidir.

¹⁰⁷ Namlı, *Taşınmaz Malların Haczi*, 339; Erdönmez, *İhalenin Feshi*, 384; Topal, *İhalenin Feshi*, 348. Bir görüşe göre, taşınmaz üzerinde ihtiyati tedbir koydurmuş kişinin ihalenin feshini istemesi mümkün değildir. Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes, *İcra*, 246.

¹⁰⁸ İhtiyati tedbir bulunan satışların nasıl yapılacağı hakkında bkz. Adalet Bakanlığı Personel İşleri Genel Müdürlüğü'nün 18/06/2014 tarih ve 82084579/3839/20585 sayılı bilgilendirme yazısı.

hukukî yararı vardır. Aksi halde satılan mal, lehine verilen ihtiyati tedbir şerhi ile intikal etmeyecek kimsenin veya kendisine paraların paylaşılması neticesinde bir pay verilmeyecek kimsenin hukukî yararı bulunmamaktadır¹⁰⁹.

Sicilde kayıtlı olan sınırlı ayni hak sahiplerinin de ihaleinin feshini istemekte hukukî yararı kabul edilmiştir. Sınırlı ayni hak sahiplerinin bu haklarını kullanabilmeleri için ayni hakkın geçerli şekilde tesis edilmesi ve bu hakları ileri sürme yetkilerinin ihaleden önce sona ermemiş olması gerekmektedir¹¹⁰. Sınırlı ayni hak sahipleri ihaleinin feshi sebeplerinden birisi ile menfaatleri zarar gördüğü takdirde ihaleinin feshini isteyebilirler. Örneğin, satış ilanı kendisine tebliğ edilmeyen intifa hakkı sahibi ya da karşılama ilkesine uyulmaması durumunda rehin hakkı sahibi ihaleinin feshini talep edebilir¹¹¹.

Doktrinde İİK m.134/2’de yer alan “*hacizli malın resmî sicilinde kayıtlı olan ilgililer ve sınırlı aynî hak sahipleri*” ifadesinden hareketle sınırlı ayni hak sahiplerinin sicile kayıtlı olan ilgililerden ayrı bir kategori olup olmadığı tartışılmıştır¹¹². Kanaatimizce Kanundaki ifade yeni bir kategori oluşturmamakta yalnızca sicilde kayıtlı ilgililerin sınırlı ayni hak sahiplerinden ibaret olmadığını vurgulamaktadır. Dolayısıyla sicile kayıtlı olmayan sınırlı ayni hak sahiplerinin ihaleinin feshini istemekte hukuki yararı yoktur¹¹³.

Doktrinde ticaret sicili de resmi siciller arasında sayılmaktadır¹¹⁴. Bu durumda ticaret siciline tescil edilmiş hacizli alacaklılar ile şirket ortaklarının ihaleinin feshini talep etmekteki hukukî yararları tartışılmalıdır. Satış isteyen alacaklının dışında kalan hacizli alacaklıların resmi sicildeki ilgililer kapsamında hukukî yarara sahip olmak koşuluyla ihaleinin feshini istemesi mümkündür. Şirket ortakları bakımından ise doktrinde sermaye şirketleri ve şahıs şirketleri bakımından bir ayrıma gidilmiş-

¹⁰⁹ Doktrinde Özkes, ferağdan men şeklinde verilen tedbir kararlarının cebri icrayı da kapsadığını üzerinde tedbir bulunan taşınmazın satılmaması gerektiğini ve haciz kararına ihtiyati tedbire nazaran üstünlük tanınmaması gerektiğini ve buna rağmen mal satılırsa alıcının tedbir şerhi ile alıktisap edeceğini savunmaktadır. Muhammet Özkes, “Üzerinde İhtiyati Tedbir Bulunan Bir Gayrimenkulün Cebri İcra Yoluyla Satışı Sorunu”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, S. 1 (2002): 539.

¹¹⁰ Erdönmez, *İhaleinin Feshi*, 376.

¹¹¹ Erdönmez, *İhaleinin Feshi*, 376.

¹¹² Bkz. Kudret Aslan, “İhaleinin Feshi Hakkında 7343 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler ve Bunların Değerlendirilmesi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 26, S. 4 (2022): 4 vd.; Yasin Köse, “7343 Sayılı Kanun ile İhaleinin Feshi Şikâyetinde (İİK m.134) Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 14, S. 53 (2023): 318 vd.; Topal, *İhaleinin Feshi*, 352 vd.

¹¹³ Aksi yönde bkz. Topal, *İhaleinin Feshi*, 356.

¹¹⁴ Stephan Wolf, *Einleitung, Art. 1-9 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Berner Kommentar*, (Bern: Stampfli Verlag, 2012), Art.9 Nr. 23; Sven Rüetschi, *ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II: Art. 150-352 ZPO und Art.400-406 ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, Berner Kommentar*, (Bern: Stampfli Verlag, 2012), Art.9 Nr 3; Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Medeni Hukuk*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2019), 626; Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Cilt I*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022), 210.

tir. Kollektif şirket ortaklarının bütün malvarlıklarıyla sorumlu olmaları¹¹⁵ nedeniyle ihalenin feshini istemekte hukukî yararı olduğu ve fakat sermaye şirketi ortaklarının ihalenin feshini istemeyeceği ileri sürülmüştür¹¹⁶. Kanaatimizce 7343 sayılı Kanun değişikliği ile böyle bir ayrıma gerek kalmamıştır. Hem sermaye şirketlerinde hem şahıs şirketlerinde ticaret siciline ilgili olmaları münasebetiyle şirket ortakları hukukî yararını ispat etmek şartıyla ihalenin feshini talep edebilirler¹¹⁷.

E. PEY SÜRMEK SURETİYLE İHALEYE KATILANLARIN HUKUKİ YARARI

Usulüne uygun bir şekilde pey sürmek suretiyle ihaleye katılanlar, artırmanın rekabete uygun ve aleni bir biçimde yapılmasında hukuki yarara sahiptir¹¹⁸. Ancak diğer ilgililerde olduğu gibi bu hukukî yararın bir ihalenin feshi sebebinde somutlaşması gerekir. Esasen pey sürmek suretiyle ihaleye katılanlar bakımından bu durum, ihalenin usulüne uygun yapılması halinde malın kendisine ihale edileceği iddiasının somutlaşmasıdır¹¹⁹. Bu bağlamda yalnız başına bir sorumluluk bilinci, hukukî yararın varlığı için yeterli değildir¹²⁰. Bu bağlamda ihaleye katılmakla birlikte pey sürmeye devam etmesi engellenen kişilerin ve kendisinden önce teklifte bulunan kimseye malın ihale edilmesi için anormal teklifler verilmesi nedeniyle pey sürmeye devam etmesi engellenen diğer kişilerin ihalenin feshini istemekte hukukî yararını kabul etmek gerekir. Pey süren ilgilinin artırma ile ilgili hukuka aykırı fillerle kesilirse, ihalenin feshini talep etmekte hukukî yararının olduğunu kabul etmek gerekir¹²¹. Bununla birlikte artırma sürecindeki usulsüzlük, pey süren kişinin kendi hata ya da hilesinden kaynaklanmamalıdır. Aksi takdirde söz konusu ilgilinin ihalenin feshini istemekte hukukî yararı yoktur¹²².

Pey sürmek suretiyle ihaleye katılmakla birlikte pey sürmek için gerekli olan teminatın yatırılmaması, ihalenin feshi nedeni olarak kabul edilemez¹²³. Artırma

¹¹⁵ TTK m.236/1; "Ortaklar, şirketin borç ve taahhütlerinden dolayı müteselsilen ve bütün malvarlığı ile sorumludur."

¹¹⁶ Erdönmez, *İhalenin Feshi*, 399.

¹¹⁷ Aksi görüş için bkz. Serdar Kale, *İcra ve İflas Hukukunda Online Satış*, Erişim Tarihi: Nisan 1, 2024. <https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/>.

¹¹⁸ Çon, *İhalenin Feshi*, 121.

¹¹⁹ Üstündağ, *İcra*, 348; Postacıoğlu, *İcra*, 523. Bu bağlamda pey sürmek suretiyle ihaleye katılan herkesin ihalenin feshini talep edebileceği ileri sürülmektedir. Topal, *İhalenin Feshi*, 363. Ancak kanaatimizce malın kendisine ihale edilmesi durumunun somutlaşmadığı ilgilinin ihalenin feshini istemekte hukukî yararı yoktur. Bu halde ihale alıcısından sonra en yüksek pey veren kimse ile bir sınırlandırma yapmak da doğru değildir. Malın alıcı dışındaki pey süren kimseye ihale edilme olasılığı, pey sürenlerin artırma ile ilgililerinin kesilip kesilmediği ya da teklif vermelerinin engellenip engellenmediği de dikkate alınarak ilgilinin hukukî yararı hakkında bir sonuca varılmalıdır.

¹²⁰ Çon, *İhalenin Feshi*, 121.

¹²¹ Çon, *İhalenin Feshi*, 121.

¹²² Çon, *İhalenin Feshi*, 122.

¹²³ Cemil Simil, "Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 23.11.2015 Tarihli Kararı Işığında Teminat Göstermeden Açık Artırmaya Katılmanın İhalenin Feshi Nedeni Olarak Kabul Edilip Edilmeyeceği Sorunu", *Fasikül Hukuk Dergisi* 10, S. 100 (2018): 174.

işlemlerinin elektronik ortamda yapılması nedeniyle pek karşılaşamayacak bir durum olsa da sistemsiz arıza veya başka nedenlerle teminat yatırmayan kimsele-
rin pey sürmesine izin verilmiş olabilir. Bu durumda teminatın yatırılmamasının
ilgili bakımından menfaatlerini zarara uğratabilecek bir yönü yoktur. Bu nedenle
mal teminat yatırmayan alıcıya ihale edilirse, diğer pey sürenlerin ihalelerini feshi-
ni istemekte hukukî yararı yoktur¹²⁴.

Pey sürmek suretiyle ihaleye katılanlardan birisi de ihale alıcısıdır. İhale
alıcısının ihalelerini feshini istemekteki hukukî yararı İİK m.134/10³’da düzenlen-
miştir. Buna göre, ihale alıcısı malın esaslı vasıflarında hataya düşmüş ise iha-
lenin feshini talep etmesinde hukukî yarar vardır. Örneğin, satılan malın tapu
sicilinde bir nedenden dolayı alıcı adına tescili mümkün değilse, alıcının ihalelerini
feshini istemekte hukukî yararı vardır¹²⁵. Artırma şartnamesinde düşük gösteri-
len KDV’nin ihale anında daha yüksek bir oranda tahsil edilmesi halinde, alıcı,
satılan şeyle yakından bağlantılı bir hususta hataya düşürülmüş olur¹²⁶. Ancak
KDV oranının yanlış uygulanması ihale alıcısı bakımından yalnız başına ihalelerini
feshi sebebi değildir. İhale alıcısı, yanlış uygulanan KDV oranının düzeltilmesini
şikâyet yoluyla sağlayabilir¹²⁷. Ancak başka bir sebeple ihalelerini feshini talep eden
alıcı, KDV oranının yanlış uygulandığını ihalelerini feshi talebinde ileri sürebilir¹²⁸.

Elektronik ortamda gerçekleştirilen artırımlarda¹²⁹ (İİK m.114) ihale alıcısı-
nın karşılaşabileceği bir durum da teklifin sehven eksik veya fazla verilmesidir.
Bir kimsenin vermek istediği tekliften daha az bir teklif vermesi, malın kendisine
ihale edilmemesi sonucunu doğurur. Sehven daha yüksek bir teklif vermesi ise,
iradesini yansıtmayan bir bedel üzerinden malın kendisine ihale edilmesine neden
olur. Örneğin, 1.000.000 TL bir teklif vermek isteyen kimse sehven 10.000.000
TL bir teklif verirse mal, 10.000.000 TL üzerinden teklifte bulunan kimseye ihale
edilir. Bu durumda hem ihale alıcısının hem de düşük teklif nedeniyle mal ken-

¹²⁴ Yargıtay, mal kendisine ihale edilen alıcının artırmaya geçersiz teminatla (bloke edilmiş çek-
le) katılmasını ihalelerini feshi nedeni olarak kabul etmiştir. (Yargıtay 12. HD. E. 2015/21987 K.
2015/29044 T. 23.11.2015).

¹²⁵ Çon, *İhalelerin Feshi*, 121.

¹²⁶ Efe Drenisa, “İhalelerini Feshi Açısından Cebri Satışlarda Tahsil Edilen KDV’nin Kanunî Dayanakları ve Buna İlişkin Olarak Ortaya Çıkan Sorunların Değerlendirilmesi”, *Banka ve Finans Hukuku Dergisi* 12, S. 46 (2023): 228.

¹²⁷ Yargıtay 12. HD. E. 2017/5270 K. 2017/14086 T. 14.11.2017; “*Bu durumda, artırma şartnamesi-
ne güvenerek ihaleye girenlere taşınmazın ihale edilmesi halinde, sorumlu olacakları KDV oranını
arttırma ilanı ile kesinleşen KDV oranı olacağı açıktır. Şikâyetçinin sorumlu olacağı KDV oranı
%1 dir. İhale yapıldıktan sonra ihalelerini kesinleşmesi üzerine, ihaleye konu olan taşınmazın her-
hangi bir nedenle fiilen ofis olarak kullanıldığından bahisle kesinleşen KDV oranını %18’e çıkaran
22.06.2015 tarihli icra müdürlüğü işlemi hatalıdır.*” (Lexpera, E.T.: 01.03.2024) Aynı yönde bkz.
Yargıtay 12. HD. E. 2014/32803 K. 2015/466 T. 13.1.2015.

¹²⁸ Drenisa, *Cebri Satışlarda KDV*, 234.

¹²⁹ Bkz. İcra ve İflâs Kanunu Uyarınca Elektronik Ortamda Yapılacak Satışların Usulü Hakkında Yö-
netmelik, Resmî Gazete Tarihi: 08.03.2022 Resmî Gazete Sayısı: 31772.

disine ihale edilmeyen pey süren kimsenin ihalenin feshini talep etmekte hukukî yararı olup olmadığı tartışılmalıdır. Sehven düşük teklif verilmesi durumunda UYAP elektronik satış portalında verilen en yüksek teklif gösterildiği ve bu teklifin altında bir teklif verilemediği için bu yöndeki bir iddia ile ihalenin feshinin talep edilmesinde hukukî yarar yoktur. Teklifin sehven yüksek verilmesi halinde ise açıkça bir maddi hata olarak kabul edilebilecek hallerde alıcının ihalenin feshini istemekte hukukî yararı vardır¹³⁰. Yargıtay kararlarında da açık bir maddi hata olduğu anlaşılan hallerde ihalenin feshinin talep edileceği kabul edilmektedir¹³¹. Kanaatimizce açık bir maddi hatanın varlığı halinde pey süren ilgilinin başvurusu üzerine icra müdürlüğünce ihale kararının kaldırılması ve yapılan masrafların pey süren ilgilinin yatırdığı teminattan tahsili mümkün olmalıdır.

F. KAMU DÜZENİNE AYKIRILIK HALLERİNDE HUKUKİ YARAR

İcra ve iflâs hukukunda şikâyete ilişkin hükümler çerçevesinde, icra organlarınca yapılan işlemler kamu düzenine aykırılık teşkil ediyorsa süresiz olarak şikâyet yoluna başvurulabilir. Bir fesih sebebi ağır ve açık bir biçimde kanuna aykırı ise kamu düzenine aykırılık teşkil eder¹³². Kamu düzenine aykırı işlemler, kamu yararı amacıyla takibin tarafları ve üçüncü kişiler lehine konulmuş emredici hükümleri ihlal eden işlemlerdir¹³³. Yargıtay bazı hallerde sırf emredici hükümlere aykırı işlemleri kamu düzenine aykırı işlem olarak kabul etmektedir¹³⁴. Kanaatimizce her emredici hükme aykırılık kamu düzenine aykırılık olarak değerlendirilmemelidir. Kamu düzenine aykırı işlemlerin tespiti bakımından mutlak ve kesin bir kural koymak mümkün değildir. Her somut olay özelinde ihlalin ağır ve açık bir biçimde kamu yararı amacıyla ihdas edilmiş bir kuralı ihlal edip etmediği değerlendirilmelidir¹³⁵.

Şikâyet talebinde bulunabilecek ilgilinin taşınması gereken hukukî yarar için, icra takip işleminin ilgilinin menfaatine zarar veren bir işlem olması aranır¹³⁶. An-

¹³⁰ UYAP sisteminde "Muhammen bedelin 3 katından fazla teklif veriyorsunuz. Onaylıyor musunuz?" şeklinde bir uyarı verilmesinin bu sonucu değiştirmeyeceği kanaatindeyiz. Zira sistemde her teklif sonrası onay verilip verilmediği sorulmaktadır. Teklif veren kimsenin söz konusu uyarıyı olağan bir onay butonu olarak algılaması çok normaldir.

¹³¹ Yargıtay 12. HD. E. 2022/9841 K. 2022/12370 T. 28.11.2022; "İhalesi yapılan taşınmazın muhammen bedeline (1.220.000,00 TL) göre e-satış portalı üzerinden yapılan 12.497.770,00 TL'lik teklifin açıkça maddi hata olduğunun kabulü gerekir. (Dairemizin benzer yönde ki 2014/1249-5305 E. K. sayılı ve 25.02.2014 tarihli kararı ile 2017/9263 Esas, 2018/11321 Karar sayılı ve 13.11.2018 tarihli kararı)" (Lexpera, E.T.: 01.03.2024) Bu halde alıcının ihale bedelini ödeyip ödeyemeyeceği ve teminatın akıbeti için bkz. Mustafa Okur, "Elektronik Açık Artırma Suretiyle Satışta Artırma Aşaması", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, S. 1 (2023): 78 vd.

¹³² Markus Dieth, *Beschwerde in Schuldbetreibungs und Konkursachen gemäss Art 17 ff. SchKG*, (Zürich: Schulthess Verlag, 1999), 26; Cometta und Möckli, *BSK*, Art 22 Nr 8.

¹³³ Dieth, *Beschwerde*, 26; Cometta und Möckli, *BSK*, Art 22 Nr 11; Pekcanitez ve Simil, *Şikâyet*, 148.

¹³⁴ Pekcanitez ve Simil, *Şikâyet*, 149.

¹³⁵ Cometta und Möckli, *BSK*, Art 22 Nr 11; Pekcanitez ve Simil, *Şikâyet*, 148.

¹³⁶ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra*, 66.

cak kamu düzenine ilişkin şikâyetlerde hukukî yarar koşulu aranmaz¹³⁷. İhalelerin feshi talepleri bakımından da kamu düzenine ilişkin hususlarda hukukî yarar şartı aranmaksızın yolsuz işlemin iptaline karar verilir¹³⁸. Bu kapsamda olağan şikâyet yargılaması ile ihalelerin feshine ilişkin şikâyet yargılaması arasındaki temel fark, ihalelerin feshini talep edebilecek ilgililerin kanunda sınırlı olarak sayılmış olmasıdır. Bir başka ifadeyle ihalelerin feshi sebebine ilişkin kamu düzenine aykırılığı hukukî yararı olan her ilgili değil, İİK m.134/2’de kendisine dava takip yetkisi tanınan kimseler ileri sürebilir. Örneğin, satış talebinde bulunmayan alacaklı ya da resmi sicilde yer almayan bir ilgili kamu düzenine aykırılığı ileri süremez.

Kamu düzenine aykırılık hallerinde söz konusu işlemler belirli bir sürenin geçmesiyle düzelenemeyecektir¹³⁹. Bu nedenle şikâyetin bir süreye bağlanması mümkün değildir. Bu bağlamda kamu düzenine aykırılık halinde söz konusu olan süresiz şikâyetin ihalelerin feshi bakımından nasıl uygulanacağı tartışılabilir. Bir an için kamu düzenine ilişkin hukuka aykırılıklar bakımından ihalelerin süresiz olarak feshedilebileceği akla gelebilir. Ancak ihalelerin belirsiz bir süre feshedilebilir olarak bırakılmamasındaki hukukî yarar, süresiz şikâyetteki kamu yararından daha fazladır¹⁴⁰. Bu nedenle ihalelerin feshi bakımından kamu düzenine aykırılık halinde süresiz şikâyet hakkında İİK m.134/10¹⁴¹’da belirtilen bir yıllık süre geçerli olmalıdır¹⁴².

Artırmanın elektronik ortamda yapılmaması¹⁴³ ve artırmada ileri sürülen peyin asgari ihale bedelini¹⁴⁴ karşılamamasına (karşılama prensibi) rağmen malın ihale edilmesi¹⁴⁵ kamu düzenine aykırılık hallerine örnek gösterilebilir. Süresinde

¹³⁷ Pekcanitez ve Simil, *Şikâyet*, 233; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra*, 66.

¹³⁸ Pekcanitez ve Simil, *Şikâyet*, 233.

¹³⁹ Pekcanitez ve Simil, *Şikâyet*, 146.

¹⁴⁰ Arslan, *İhalelerin Feshi*, 180.

¹⁴¹ İİK m.134/10; “Satış ilanı tebliğ edilmemiş veya satılan malın esaslı vasıflarındaki hataya veya ihalede fesada bilahare vakıf olunmuşsa şikâyet müddeti ittıla tarihinden başlar. Şu kadar ki, bu müddet ihalelerin yapıldığına ilişkin kararın elektronik satış portalında ilan edildiği tarihten itibaren bir seneyi geçemez.”

¹⁴² İlhan Postacıoğlu, *İcra Hukuku Esasları*, (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982), 67; Arslan, *İhalelerin Feshi*, 180; Aşık, Oruç, Tok ve Saçar, *İcra*, 311; Pekcanitez ve Simil, *Şikâyet*, 152. Yargıtay 12 HD. E. 2015/13116 K. 2015/16686 T. 16.6.2015; “Somut olayda istem, ihalelerin feshine ilişkin olup, şikâyet konu taşınmaz ihalelerinin 05.07.2012 tarihinde gerçekleştiği, ihalelerin feshi isteminin ise İİK’nun 134/7. maddesinde belirtilen (1) yıllık hak düşürücü süre geçirildikten sonra 02.06.2014 tarihinde yapıldığı anlaşılmıştır. Bu durumda mahkemece, şikâyetin süre aşımı nedeniyle reddi yerine, kamu düzenini ilgilendiren süresiz şikâyet kabul edilerek ihalelerin feshine karar verilmesi doğru bulunmamıştır.” (Lexpera, E.T.: 01.03.2024).

¹⁴³ Yargıtay 12. HD. E. 2016/31989 K. 2017/648 T. 19.1.2017: “Öte yandan İİK’nun 114/2 maddesinde satış ilanının elektronik ortamda da yapılacağı düzenlenmiştir. Yasanın bu hükmü emredici nitelikte olup, mahkemece resen gözetilmesi gerekir.” (Lexpera, E.T.: 18.03.2024).

¹⁴⁴ Asgari ihale bedelinin hesaplanması konusunda bkz. Aşık, Oruç, Tok ve Saçar, *İcra*, 303.

¹⁴⁵ Yargıtay 12. HD. E. 2021/9786 K. 2021/9279 T. 20.10.2021: “Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere ihalesi yapılan menkuller için muhammen değer in yüzde ellisine 1.803,55 TL satış masrafinin eklenmesi halinde ortaya çıkan değer in ihale bedeli ile karşılanmadığı anlaşılmaktadır. O halde mahkemece, İİK’nun 129/1. maddesi gereğince bu husus re’sen gözetilerek ayrıntısı yuka-

satış talep edilmemesi de kamu düzenine ilişkin bir kuraldır¹⁴⁶. Yargıtay HGK, satış isteme süresine aykırılığın kamu düzeninden olmadığına ilişkin 12. HD. 04.03.2020 Tarih ve E.2020/1423 K.2020/2181 sayılı kararına karşı direnme üzerine verdiği kararda, satış isteme süresine aykırılığın kamu düzeninden olduğuna karar vermiştir¹⁴⁷. Zira süresinde satış talep edilmediği takdirde haciz düşer. Bu nedenle süresinde satış talep edilmeksizin gerçekleştirilen artırmaya ilişkin bir yıl içinde ihalenin feshi yoluna başvurulabilir¹⁴⁸.

İİK m.114/2 uyarınca birinci ve ikinci artırmanın yapılacağı tarih ve saat, artırma başlangıç tarihinden en az 15 gün önce ilan edilmelidir. Bu süreye uyulmaması, kamu düzenine aykırılık teşkil eder¹⁴⁹. Birinci artırmanın bitimi ile ikinci artırmanın başlangıç tarihi arasında bir ayı geçmeyecek bir süre olmalıdır. Bu kurala riayet edilmemesi kamu düzenine aykırıdır.

Yargıtay, kıymet takdirinin üzerinden iki yıllık bir süre geçmiş ise yeniden kıymet takdiri yapılmadan satış yapılamayacağını kabul etmektedir. Yargıtay'a göre, iki yıllık süreden sonra yeniden kıymet takdiri yapılmaksızın satış yapılması kamu düzeni aykırılık teşkil etmektedir¹⁵⁰. Kanaatimizce bu durum önemli

rida yazılı menkullere ilişkin ihalenin feshine karar verilmesi gerekirken, şikayetin tümünden reddi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir." (Lexpera, E.T.: 18.03.2024).

¹⁴⁶ Aşık, Oruç, Tok ve Saçar, *İcra*, 298. Yargıtay 12. HD. E. 2013/11422 K. 2013/16147 T. 29.4.2013: "Satış talebinin, yukarıdaki maddede öngörülen süreler içinde olup olmadığını icra müdürü re'sen gözetmelidir. Satış talebi, bu sürelerden sonra ise, reddetmelidir. Satış isteme sürelerinin geçmesine rağmen, icra müdürünün satış talebini kabul etmesi, bu hususun kamu düzeninden oluşu nedeniyle süresiz şikayete tabidir. Satış isteme süresi geçmesi nedeniyle haczin kalkmış olmasına rağmen yapılan ihalenin feshi gerekir" (Lexpera, E.T.: 18.03.2024).

¹⁴⁷ Yargıtay HGK. E. 2020/702 K. 2022/1146 T. 22.09.2022; "İcra ve İflas Kanunu'nun 150/e maddesi gereğince alacaklının ödeme veya icra emrinin tebliğinden itibaren bir yıl içinde taşınmazın satışını istemesi gerekir. Hak düşürücü bu sürede satışın istenmemesi durumunda takibin düştüğü tarihten sonra yapılan işlemler yok hükmünde olacağından, bu tarihten sonra yapılan ihalenin de feshi gerekir. Kanun'un bu hükmü kamu düzenine ilişkin olup mahkemeye re'sen gözetilmesi gerekir." (Lexpera, E.T.: 20.05.2024).

¹⁴⁸ Bazı yargı kararlarında süresinde satış talep edilmemiş olmasının ihalenin feshi sebebi olduğuna ve fakat kamu düzenine ilişkin bir husus olmadığına karar verilmiştir. Gaziantep BAM 12. HD. E. 2018/1873 K. 2019/408 T. 1.3.2019: "süresinde satış istenmesinden haczin düştüğü bu hususunun incelenmesinde kamu düzenine ilişkin süresiz şikayete tabi olduğu belirtilmiş ise de; ihalenin feshi davasında, süresinde satış talep edilmemesi nedeni ile haczin düştüğünün ihalenin feshi nedeni yapılması kamu düzenine ilişkin olmayıp ihalenin feshi davası açılması için öngörülen sürede bildirilmesinin gerektiği.." (Lexpera, E.T.: 18.03.2024).

¹⁴⁹ İstanbul BAM, 20. HD. E. 2019/2701 K. 2020/2297 T. 25.11.2020: "... belediye ilanının ihale tarihinden bir ay önce yapılması ve elektronik ortamda katılımlarının sağlanması için belediye ilanının 01.6.2019-30.06.2019 tarihleri arasında askı yapılmasının kamu düzenine ilişkin olması, yasaya aykırı hareket edilmiş olması sebebi ile ihalenin feshinin talep edildiği anlaşılmıştır. İİK'nun 126/2. maddesi gereğince, artırma, satıştan en az bir ay önce ilan edilir. Asgari bir aylık ilan süresi kamu düzeni ile ilgili olup, ihalenin feshi talebini inceleyen icra mahkemesince re'sen dikkate alınır (HGK'nun 17.04.1996 tarih, 1995/12-1075, 1996/129 K. sayılı kararı)." (Lexpera, E.T.: 18.03.2024).

¹⁵⁰ Yargıtay 12. HD. E. 2023/1071 K. 2023/3470 T. 17.5.2023: "Hukuk Genel Kurulu'nun 26.02.1992 tarih ve 1992/4-70 E. - 1992/130 K. sayılı kararında da vurgulandığı üzere, İİK'nın 128. maddesinde öngörülen iki yıllık sürenin başlangıcı, sonradan kesinleşmesi koşulu ile kıymet takdirinin

bir ihaleinin feshi nedenidir. Ancak kamu düzenine ilişkin olarak yorumlanmamalıdır¹⁵¹. Satılan malın değeri, iki yıllık bir sürede çok çeşitli sebeplerle değişebileceği gibi¹⁵² sabit ya da düşük enflasyon veya piyasa koşullarındaki stabilize durum nedeniyle değişmeyebilir veya taraf menfaatlerini etkilemeyecek oranda bir artış gösterebilir. Bu nedenle kanaatimizce somut olayın koşullarına göre ilgisi bakımından hukukî yarar doğurabilecek ve ihaleinin feshi sebebi olarak kabul edilebilecek bu durum, kamu düzenine ilişkin kabul edilmemelidir.

IV. KARŞILAŞTIRMALI HUKUK BAĞLAMINDA İHALENİN FESHİ TALEPLERİNDE HUKUKİ YARAR

İsviçre hukukunda, ihaleinin feshi şikâyet yoluyla ileri sürülmektedir. Buna göre ihaleinin feshi süreci, sürelerle ilişkin düzenleme¹⁵³ dışında Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG-İsv. İİK) m.17 ve devamında yer alan hükümler çerçevesinde yürütülür. İsviçre hukukunda ihaleinin feshini talep edebilecek kimseler bakımından bir sınırlama yapılmamıştır. Buna göre, ihaleinin feshi sebebinden dolayı hukuken korunan bir menfaati etkilenen¹⁵⁴ tüm ilgililerin ihaleinin feshini isteyebileceği kabul edilmektedir¹⁵⁵. İsviçre hukukunda ilgilinin menfaati, korunmaya değer olmak şartıyla tümüyle maddi nitelikte de olabilir¹⁵⁶. İlgilinin menfaatinin korunmaya değer olup olmadığı, şikâyet yargılaması neticesinde verilecek karardan hukukî veya fiili durumunun doğrudan etkilenip etkilenmediğine

fiilen yapıldığı keşif tarihidir. Dairemizin yerleşik içtihatları gereğince; kıymet takdiri tarihi kural olarak icra dairesince fiilen yapılan keşif tarihidir ve satışın kıymet takdirinin esas alındığı tarihten itibaren 2 yıl sonra yapılması başlı başına ihaleinin feshi sebebi olup bu hususun, 2 yıl içinde taşınmazın değerinde oluşacak muhtemel değişiklikler nedeniyle hem borçlu hem de alacaklı tarafın menfaatlerini korumaya yönelik bir düzenleme olması nedeniyle, kamu düzenine ilişkin olduğundan re'sen gözütılması gerekir." (Lexpera, E.T.: 18.03.2024) Doktrinde Atalı'ya göre, iki yıllık süreden sonra yeniden kıymet takdiri yapılması bir zorunluluk değildir. Bilakis bu durumun sürecin kötüye kullanılmasına neden olabileceği göz ardı edilmemelidir. Murat Atalı, "Taşınmazların Paraya Çevrilmesinde Kıymet Takdiri ile İhale Kararı Arasındaki Süre ve Bunun İhale Kararına Etkisi", *Prof. Dr. Selçuk Özbek'e Armağan*, İstanbul: Filiz Kitabevi (2022): 383-384.

¹⁵¹ Bir görüşe göre, malın değerindeki muhtemel değişimler hem alacaklı hem de borçlu menfaatini korumaya hizmet edeceğinden iki yıllık süre kamu düzenine ilişkin kabul edilmelidir. Kodakoğlu, *Kıymet Takdiri*, 364.

¹⁵² Bkz. Aşa. V. Bir görüşe göre bu süre, hacizli malın değerinde meydana gelen büyük değişikliklerin göz ardı edilmesi ve iyiniyetli borçluların zarar uğratılması sonucunu doğurabilir. Boran Güneysu, *Kıymet Takdiri*, 206.

¹⁵³ SchKG Art 132a/2-3.

¹⁵⁴ İhaleinin feshi sebebinden dolayı hukuken korunan bir menfaati etkilenen kimsenin ihaleinin feshini istemekte hukuki yararının olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Karl Spühler, *Schuldbetreibungs und Konkursrecht I*, (Zürich: Schulthess Verlag, 2014), 30; Dieth, *Beschwerde*, 55; Roth, *BSK*, Art 132a Nr 6.

¹⁵⁵ Kurt Amonn und Fridolin Walther, *Grundriss des Schuldbetreibungs und Konkursrechts*, (Bern: Stämpfli Verlag, 2013), 48; Alfred Gromme, *Rechtsvorschlag und Beschwerde im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*, (Bern: Buchdruck F. Pochon-Jent, 1967), 29; Schlegel un f Zopf, *Schulthess Kommentar*, Art 132a Nr 2; Kren Kostkiewicz, *OFK*, Art 132a Nr 2.

¹⁵⁶ Dieth, *Beschwerde*, 56.

bakılarak belirlenir¹⁵⁷. İlgilinin menfaatinin bulunup bulunmadığı usul hukukuna ilişkin bir meseledir¹⁵⁸. Eksikliği halinde şikâyetin esasına ilişkin bir inceleme yapılmaksızın şikâyetin reddine karar verilmelidir¹⁵⁹.

Açık artırmanın başarıya ulaşmasına, hukuka veya ahlaka aykırı bir fiille etki edilmişse bu durumdan menfaati bulunan ilgililerin ihalenin feshini istemekte hukukî yararı vardır¹⁶⁰. Bir fiilin hukuka aykırı olup olmadığı ise, ileri sürülen menfaati korumaya yarayan bir hukuk kuralının ihlal edilip edilmediğine göre belirlenir¹⁶¹. Artırma sürecinin usulüne uygun şekilde yürütülmemesi veya istekliler arasındaki rekabet ortamının bozulması, söz konusu ihlale örnek gösterilebilir¹⁶². Bir ihalenin feshi sebebinin ilgililer bakımından hukukî yarar doğurması için mutlak surette ihale bedeli üzerinde olumsuz bir etki doğurmasına gerek yoktur. Örneğin, ihaleye fesat karıştırma eylemi, ihale bedelini etkilemese dahi ilgilinin ihalenin feshini istemekte hukukî yararı vardır¹⁶³. Satış ilanının usulüne uygun olarak yapılmaması, artırmanın yeri ve zamanı hakkında yanlış bilgi verilmesi ve karşılama prensibine uyulmaması ilgililerin menfaatini ihlal eden ihalenin feshi sebepleri arasında sayılmaktadır¹⁶⁴. İhalenin feshi sebebinden dolayı hukuken korunan bir menfaati ihlal edilen her ilgilinin ihalenin feshini istemekte hukuki yararı vardır.

Alman hukukunda ihalenin feshini istemekteki hukukî yarar, ihalenin feshini isteyebilecek kimseler bakımından sınırlandırıldığı¹⁶⁵ gibi ihalenin feshi sebepleri bakımından da sınırlandırılmıştır. ZVG § 100 uyarınca ihalenin feshi, ZVG § 81¹⁶⁶, 83¹⁶⁷ ve 85a¹⁶⁸'da yer alan hükümlerin ihlal edildiği gerekçesi ile ya da malın şartnamede öngörülen koşullar dışında ihale edilmesi nedeniyle istenebilir. Ancak ihalenin feshini isteyebilecek kimselerin Kanunda sayılan ihalenin feshi sebeplerinden birisine dayanarak talepte bulunabilmeleri için menfaatlerinin ilgili ihalenin feshi nedeninden dolayı zarara uğramış olması gerekir. Aksi takdirde

¹⁵⁷ Ernst Blumenstein, *Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes*, (Bern: Druck und Verlag von K.J.Wyss, 1911), 81; Daniel Hunkeler, *Kurzkommentar SchKG*, (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014), Art 17 Nr 9; Dieth, *Beschwerde*, 56; Amonn und Walther, *Grundriss des SchKG*, 47.

¹⁵⁸ Amonn und Walther, *Grundriss des SchKG*, 47.

¹⁵⁹ Spühler, *SchKG*, 30.

¹⁶⁰ Hunkeler, *Kurzkommentar*, Art 132a Nr 7; Roth, *BSK*, Art 132a Nr 17.

¹⁶¹ BGE 109 II 123, 124. (Swisslex).

¹⁶² Hunkeler, *Kurzkommentar*, Art 132a Nr 7.

¹⁶³ Roth, *BSK*, Art 132a Nr 18 Hunkeler, *Kurzkommentar*, Art 132a Nr 7.

¹⁶⁴ Roth, *BSK*, Art 132a Nr 19; Hunkeler, *Kurzkommentar*, Art 132a Nr 8-9.

¹⁶⁵ Bkz. Yuk. IV. 1.

¹⁶⁶ ZVG § 81'de malın en yüksek teklif veren kimseye ihale edileceği ve alıcının yükümlülükleri düzenlenmektedir.

¹⁶⁷ ZVG § 83'te malın ihale edilemeyeceği durumlar düzenlenmektedir.

¹⁶⁸ ZVG § 85a'da ise en yüksek teklifin çok düşük olması sebebiyle (muhammen bedelin yarısına ulaşmaması) ihalenin reddi düzenlenmektedir.

fesih talebi, hukukî yarar yokluğundan reddedilir¹⁶⁹. ZVG § 100/2’de ihalenin feshini şikâyet yoluyla ileri süren ilgilinin yalnızca bir başkasının hakkını ilgilendiren bir sebebe dayanarak ihalenin feshini isteyemeyeceği düzenlenmiştir. Buna göre, ihalenin feshini isteyen ilgilinin kendi menfaati zarar görmüş olmalıdır¹⁷⁰. ZVG § 83 ve 85a uyarınca malın ihale edilememesi durumunda, artırma işlemlerindeki usulsüzlük nedeniyle şikâyet yoluna gidilebilmesi için ilgili usulsüzlük ile malın ihale edilememesi arasında bir nedensellik bağı olmalıdır. Aksi takdirde ilgilinin şikâyete başvurmakta hukukî yararı yoktur¹⁷¹. Bir görüşe göre, kanunda sınırlı olarak sayılan fesih sebepleri dışında bir sebep ile ihalenin feshi istenirse, talep usulden (hukukî yarar yokluğu) değil esasa ilişkin bir kararla reddedilir¹⁷².

V. YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİNİN E. 2023/4344 K. 2023/7236 T. 7.11.2023 KARARI İLE YAPILAN İÇTİHAT DEĞİŞİKLİĞİNİN HUKUKİ YARAR BAĞLAMINDA İNCELENMESİ

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, yerleşik içtihadında satışa çıkarılan malın ihale bedeli, muhammen bedele eşit veya onun üzerinde ise İİK m.134/11’de öngörülen menfaatin ihlalinin gerçekleşmediği ve ilgilinin ihalenin feshini istemekte hukuki yararı olmadığını kabul etmekteydi. Örneğin, Yargıtay taşınmaz satışına ilişkin bir kararında, ihalenin feshi sebebi olarak öne sürülen kıymet takdirine ilişkin şikâyetin neticesinde taşınmaz değerleri muhammen bedelin altında ise başka bir inceleme yapılmaksızın ihalenin feshi talebinin reddine karar verilmesi gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur¹⁷³. Ancak E. 2023/4344 K. 2023/7236 T. 7.11.2023 sayılı kararı ile bu içtihadından dönerek yapılan usulsüzlük malın daha yüksek bir bedelle satılmasına engel oldu ise bu durumdan zarar gören ilgilinin ihalenin feshini istemekte hukuki yararının bulunduğuna karar vermiştir¹⁷⁴.

¹⁶⁹ Böttcher, ZVG, § 100 Nr 1.

¹⁷⁰ Başka bir ifadeyle şikâyet üçüncü kişinin subjektif hak ihlaline dayanırılmaz. Ira Hörndler, *Handbuch Geschäftsraumiete* içinde, editör Jan Lindner-Figura Frank Oprée Frank Stellmann (München: C.H. Beck, 2023), § 19 Nr 20.

¹⁷¹ Michelsen, ZVG, § 100 Nr 11.

¹⁷² Böttcher, ZVG, § 100 Nr 2.

¹⁷³ Yargıtay 12. HD. E. 2019/4337 K. 2019/4359 T. 14.3.2019; “O halde mahkemece, hükmüne uyulan Dairemiz bozma ilamı doğrultusunda bilirkişiler tarafından hazırlanan 23/02/2018 havale tarihli raporda taşınmazların satışa esas alınan kıymet taktirinin yapıldığı 17/05/2013 tarih itibarıyla belirlenen muhammen bedellerinin ihalede esas alınan muhammen bedellerinin üzerinde olması halinde ihalenin feshine, muhammen bedellerinin altında olması halinde ise; ihalenin feshi isteminin reddine karar verilmesi gerekirken anılan husus göz ardı edilerek taşınmazların dava keşif tarihi olan 09/02/2018 tarihindeki değerleri esas alınarak ihalenin feshine karar verilmesi isabet-sizdir.” (Lexpera, E.T.: 20.05.2024) Usulsüz tebliğe rağmen muhammen bedelin üzerinde satış nedeniyle zarar doğmadığı gerekçesi için bkz. 12. HD., E. 2018/9890 K. 2019/637 T. 21.1.2019.

¹⁷⁴ Yargıtay 12. HD. E. 2023/4344 K. 2023/7236 T. 7.11.2023: “Bahse konu zararın varlığının tespiti yönünden ise Dairemizce; satılan malın muhammen bedel veya üstünde bir bedelle satılmış olması hâlinde, ihalenin feshini istemekte kural olarak hukuki yararın bulunmadığına; kıymete

Doktrinde söz konusu içtihat değişikliği, çeşitli yönlerden eleştirilmektedir. İçtihat değişikliğinin HGK kararıyla yapılması gerektiği, değişikliğin 7343 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerin felsefesiyle uyuşmadığı, yeni içtihadın taraflar arasındaki menfaatin dengesine zarar vereceği ve taşınmaz fiyatlarındaki yükseliş ve piyasa koşullarına göre içtihat değişikliği yapılmasının fayda yerine zarar doğuracağı, bu eleştirilerden birkaçıdır¹⁷⁵.

Kanaatimizce Yargıtay'ın içtihat değişikliği yerindedir. Zira malın gerçek değeri üzerinden ihale edilmesi esastır¹⁷⁶. Ancak gerçek değerden ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Bir malın kıymet takdirindeki değeri, satış günündeki piyasa değeri, ihalenin feshinin istendiği zamandaki rayiç değeri ya da muhasebe verilerindeki varlık değeri gibi değerlerinden hangisini gerçek değer olarak kabul etmeliyiz? Bu soruya İsviçre Federal Mahkemesinin 12.07.1983 tarihli bir kararında, bir malın değerinin arza, talebe ve pazar durumuna göre değişeceği ve bu nedenle gerçek fiyatı belirleme kriterlerinin eksik kalacağı şeklinde cevap verilmiştir¹⁷⁷. Aynı kararda mümkün olan en yüksek bedel, malın gerçek değeri olarak kabul edilmiştir¹⁷⁸. Elbette malın mümkün olan en yüksek değeri, içinde bulunduğu pazara ve piyasanın koşullarına bağlı olarak belirlenmelidir¹⁷⁹. Bir görüşe göre malın gerçek değeri, malın satılmasından çok kısa süre önceki piyasa değeridir¹⁸⁰.

yönelik itirazların varlığı, fesat iddiası ya da kamu düzeninden sayılan takip hukukuna dair ilkelere gibi bazı istisnai hallerde ise malın muhammen değerinde satılması durumunda dahi şikayetçinin feshin isteminde hukuki yararının bulunduğu dair görüş istikrarlı şekilde uygulanmaya gelmiştir. Covid 19 salgını sonrası dünyada ve ülkemizde meydana gelen ekonomik durgunluk, üretim süreçlerindeki yavaşlama sonunda fiyatlarda meydana gelen ani, orantısız yükselişle birlikte paranın alım gücündeki değişiklikler ile taşınır ve taşınmaz değerlerinde oluşan büyük artışlar, 7343 sayılı Kanun ile mahcuz ya da merhun malların cebri satışında başlıca yöntem olan açık artırmanın elektronik ortama taşınması ile beraber muhammen değerinde sonuçlanan satışların artmış olması da dikkate alınarak, Dairemizce görüş değişikliğine gidilmek suretiyle, ihale edilen mal muhammen bedelin üstünde bir bedelle satılmış olmakla beraber yapılan usulsüzlük malın daha yüksek bedelle satılmasını önlemiş ise (yani ihalenin feshi sebebi olarak dayanan yolsuzluk yapılmamış olsa idi mal daha yüksek bedelle satılabilecek idi ise) malın daha yüksek bir bedelle satılamamış olmasından zarar görmüş olan ilgilinin ihalenin feshini istemekte hukuki yararı bulunduğu kabulü gerekeceği görüşü benimsenmiştir. Asıl olan malın gerçek değerinden ihale edilmesi olup, malın salt muhammen değerinde satılmış olması her zaman zarar unsurunun oluşmayacağı ve malın gerçek değerini bulduğu anlamında yorumlanamaz. Bu cümleden olmak üzere, kanun koyucu aksini murat etmiş olsaydı, muhammen değerinde satılmalarda ihalelerin feshedilemeyeceğini düzenlemiş olurdu.” (Lexpera, E.T.: 18.03.2024).

¹⁷⁵ Evrim Erişir, “Yargıtay 12. Hukuk Dairesi’nin İhalenin Feshinin Kabulüne Şayanlık Koşulu Olan Hukukî Yararı Genişleten 7.11.2023 Tarihli Yeni İctihadına Eleştirel Bir Bakış”, Erişim Tarihi Şubat 29, 2024. <https://turkishlawblog.com/hub/detail/yargitay-12-hukuk-dairesinin-ihalenin-feshinin-kabule-sayanlik-kosulu-olan-hukuki-yarari-genisleten-7112023-tarihli-yeni-ictihadina-elestirel-bir-bakis>.

¹⁷⁶ Kodakoğlu, *Kıymet Takdiri*, 375; Boran Güneysu, *Kıymet Takdiri*, 34.

¹⁷⁷ BGE 109 II 123, 125.

¹⁷⁸ BGE 109 II 123, 125.

¹⁷⁹ Satış aşamasındaki kıymet takdirinin amacı, satışın en az hangi değer üzerinden yapılacağını belirlemektir. Boran Güneysu, *Kıymet Takdiri*, 69-70.

¹⁸⁰ Kodakoğlu, *Kıymet Takdiri*, 376.

Muhammen bedel, kıymet takdiri neticesinde belirlenen değer üzerinden hesaplanmaktadır. Kıymet takdiri ise, fiilen yapıldığı tarihten itibaren iki yıl geçmedikçe istisnai durumlar dışında yeniden yapılamamaktadır (İİK m.128/a-2). Bu sürede satışa çıkarılan malın değeri, çeşitli sebeplerle artmış olabilir. Taşınmazın bulunduğu yere yakın bir konuma kadar imar gelmiş olması, cazibe merkezine yakınlığındaki değişim, manzara, cephe ve çevresindeki değişiklikler, araziye sunulan kamusal hizmetlerdeki farklılıklar, bunlara örnek gösterilebilir¹⁸¹. Şüphesiz bu nedenlerden birisi de piyasa koşullarında enflasyona bağlı değişimlerdir¹⁸². İki yıl gibi bir sürede yüksek enflasyon nedeniyle artan maliyetler ve üretimde yavaşlama neticesinde arzın azalması ve fiyatların yükselmesi, taşınmaz fiyatlarını önemli ölçüde artırabilir. Bu halde malın sırf muhammen bedelin üzerinde satılmış olması zarar unsurunun oluşmayacağı şeklinde yorumlanamaz¹⁸³. Elbette malın piyasa değerinin altında satılmış olması da başlı başına bir ihalelerin feshi nedeni olamaz. Bir başka ifadeyle muhammen bedelin üstünde ve fakat piyasa değerinin altında satılmış bir mala ilişkin olarak ilgililerin menfaatini ihlal eden bir ihalelerin feshi nedeni yoksa ihalelerin feshi istenemez. Esasen ihalelerin feshi nedeni ile menfaati zarar gören ilgilinin hukukî yararı, yalnız başına malın muhammen değerinin altında veya üstünde satılmasına bağlı olarak ekonomik bir zarara indirgenemez.

Gerçekten gerçekleştirilen ihalelerde, piyasa koşulları bağlamında bir değer artışı olmuşsa, genellikle mal muhammen bedelin üzerinde ihale edilmektedir. Pey sürmek suretiyle ihaleye katılanlar için teklif verme motivasyonunu belirleyici olan kıstas, malın piyasa değeri olmaktadır. Bu nedenle bir ihalelerin feshi sebebini, sırf malın muhammen bedel üzerinde ihale edilmesi nedeniyle yok saymak ilgilinin hukukî yararını yok saymak anlamına gelmektedir. Bu nedenle bir ihalelerin feshi nedeni, malın daha yüksek bedelle satılmasını engellemiş ise zarar gören ilgilinin ihalelerin feshini istemekte hukukî yararını kabul etmek gerekir. Aksi takdirde ihalelerin feshi için zarar gören ilgilinin ekonomik yararı, hukukî yarar şartı için yeterli sayılmış olacaktır.

SONUÇ

İsviçre hukukunda menfaati zarar gören her ilgilinin ihalelerin feshi talebinde bulunmakta hukukî yararı kabul edilirken Türk ve Alman hukukunda ihalelerin feshini isteyebilecek kimseler sınırlı olarak sayılmıştır. Alman hukukunda

¹⁸¹ Pınar Çakır ve Faik Ahmet Sesli, "Arsa Vasıflı Taşınmazların Değerine Etki Eden Faktörlerin ve Bu Faktörlerin Önem Sıralarının Belirlenmesi", *Harita Teknolojileri Elektronik Dergisi* 5, S. 3 (2013), 14.

¹⁸² Enflasyonun malın değerine olan etkileri, yüksek enflasyon iki yıllık süreden önce yeniden kıymet takdiri istenip istenemeyeceği hakkında bkz. Kodakoğlu, *Kıymet Takdiri*, 375-378; Ekonomik kriz halinde aynı sonuçlar için bkz. Boran Güneysu, *Kıymet Takdiri*, 213.

¹⁸³ Öktemer, *İhalelerin Feshi*, 407.

bir adım öteye gidilerek ihalenin feshi sebepleri de sınırlı olarak sayılmıştır. İİK m.134/2’de sayılan dışında kalan kişilerce ileri sürülen ihalenin feshi talebi dava takip yetkisinin yokluğundan dolayı reddedilmelidir. Yargıtay kararlarındaki “aktif husumet yokluğu” kavramı da bu şekilde anlaşılmalıdır. Kimlerin ihalenin feshini talep edebileceği ile ihalenin feshini talep eden kimselerin hukuki yarara sahip olmaları gerekliliği birbirinden farklı şeylerdir. Bir hakkı ihlal edilen kimşenin bir davayı kendi adına taraf olarak yürütme yetkisinin ortadan kaldırılabilmesi mümkündür. Ancak tasarruf ehliyetine sahip bir hak sahibinin dava takip yetkisinin olmadığını kabul edebilmek için açık bir kanunî düzenlemeye ihtiyaç vardır. Kanaatimizce İİK m.134/2 bu durumun bir örneğini oluşturmaktadır.

İhalenin feshi talebi bakımından hukukî yararın güncel olması, ihalenin feshi sebeplerinden birisinin gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Hukukî yararın güncel olup olmadığı, fesih talebinin Kanunda öngörülen süreler içerisinde ileri sürülüp sürülmediği bağlamında değerlendirilmelidir. İhalenin feshi talebi için yalnız başına ekonomik veya ideal yarar yeterli değildir. Bununla birlikte bazı yargı kararlarında ihalenin feshine ilişkin hukukî yararın ekonomik olarak somutlaşmasının gerektiği kabul edilmektedir.

İİK m.134/11’de yer alan zarar (muhtel) kavramına, ihalenin feshi talebinin kabulü halinde fesih talebinde bulunan ilgilinin hukukî durumunda bir değişiklik olup olmayacağı çerçevesinde yaklaşmak gerekir. İhalenin feshi taleplerinde menfaatin zarar görmesi, kavramsal olarak ihalenin feshi sebebinin doğurduğu hukukî sonuçtan ilgilinin çıkarının, yararının veya bir hakkının doğrudan ya da dolaylı olarak etkilenmesi şeklinde anlaşılmalıdır.

İhalenin feshini isteyebilecek kimselerin hukukî yararı her somut olay özetinde değerlendirilmelidir. Borçlunun hukukî yararı mutlak ve kesin olmamakla birlikte icra organlarınca yapılan işlemin borçlunun kanunen korunan bir menfaatinin ihlal etmesi durumunda söz konusu olur. İhale tarihi itibarıyla geçerli bir satış talebi bulunan hacizli alacaklı ihalenin feshini talep edebilir. Derece namına satış talep edilmiş ise o derecedeki satış talep etmeyen diğer alacaklılar da ihalenin feshini isteyebilir. Borçlunun talebiyle satış halinde tüm alacaklılar ihalenin feshini isteyebilir. Alacaklının hukukî yararı belirlenirken hazırlanan sıra cetveli neticesinde kendisine bir ödeme yapıp yapılmayacağı kıstas olarak kabul edilmemelidir. Tapu sicilindeki ilgililerin yanı sıra motorlu araçlar sicili, patent sicili, marka sicili, hayvan rehni sicili ve gemi sicili gibi diğer sicillerdeki ilgililer ihalenin feshini isteyebilir. Resmi bir sicil olarak ticaret sicilindeki ilgili kapsamında şirket ortakları ve hisse haczi alacaklıları da ihalenin feshini isteyebilir. Pey sürmek suretiyle ihaleye katılanlar bakımından ihalenin feshi sebebi, ihalenin usulüne uygun yapılması halinde malın kendisine ihale edileceği iddiasının somutlaşmasıdır. İhale alıcısı malın esaslı vasıflarında hataya düşmüş ise ihalenin feshini talep etmesinde hukukî yarar vardır.

Kamu düzenine ilişkin hallerde ise ilgilinin hukukî yararına bakılmaksızın ihaleinin feshine karar verilir. Ancak bu durumda süresiz şikâyet değil, ihaleinin feshi talebi için öngörülen azami bir yıllık süre uygulanır.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin E. 2023/4344 K. 2023/7236 T. 7.11.2023 sayılı kararı ile getirdiği içtihat, ihaleinin feshi taleplerinde aranan hukukî yararın salt ekonomik bir yarar olarak algılanması sorununun önüne geçmiştir. Ayrıca ilgili içtihat ile malın gerçek değerinden ne anlaşılması gerektiği ve bu değer üzerinden ihale edilmesi meselesi tartışmaya açılmıştır. Kanaatimizce bir ihaleinin feshi nedeni, malın daha yüksek bedelle satılmasını engellemiş ise zarar gören ilgilinin ihaleinin feshini istemekteki hukukî yararını kabul etmek gerekir. Böylelikle malın piyasa ve pazar koşullarında satılabilecek en yüksek değer üzerinden satılmasının önü açılmıştır.

KAYNAKÇA

- Amonn, Kurt und Walther, Fridolin. *Grundriss des Schuldbetreibungs und Konkursrechts*. Bern: Stämpfli Verlag, 2013.
- Antalya, Gökhan ve Topuz, Murat. *Medeni Hukuk*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2019.
- Antoine Favre, Antoine. *Schuldbetreibungs und Konkursrecht*. Freiburg: Universität Verlag, 1956.
- Arslan, Ramazan, Yılmaz, Ejder, Taşpınar Ayvaz, Sema ve Emel, Hanağası. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Arslan, Ramazan. *İcra İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984.
- Aslan, Kudret. “İhalenin Feshi Hakkında 7343 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler ve Bunların Değerlendirilmesi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 26, S. 4 (2022): 1-35.
- Aşık, İbrahim, Oruç, Yakup, Tok, Ozan ve Saçar, Ömer Faruk. *İcra ve İflas Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2023.
- Atalı, Murat: “Taşınmazların Paraya Çevrilmesinde Kıymet Takdiri ile İhale Kararı Arasındaki Süre ve Bunun İhale Kararına Etkisi”, *Prof. Dr. Selçuk Öztekin’e Armağan*, İstanbul: Filiz Kitabevi (2022): 371-387.
- Atalı, Murat, Ermenek, İbrahim ve Erdoğan, Ersin. *İcra ve İflas Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Atalı, Murat, Ermenek, İbrahim ve Erdoğan, Ersin. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Aydemir, Dilek ve Şaylan, Hafize Zülal. *İhalenin Feshinde Uygulamadaki Sorunlar*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2023.
- Blumenstein, Ernst. *Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes*. Bern: Druck und Verlag von K.J.Wyss, 1911.
- Boran Güneysu, Nilüfer. *İcra Hukukunda Taşınmazların Kıymet Takdiri*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Böttcher, Roland. *Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung* içinde, editör Roland Böttcher und Ulrich Keller, München: C.H. Beck, 2022.
- Büyükcay, Ferhat. *Menfi Tespit Davası*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2024.
- Cometta, Flavio und Möckli, Urs. *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs* içinde, editör Daniel Staehelin, Thomas Bauer und Franco Lorandi, Basel: Helbing Lichtenhahn, 2021.
- Coşkun, Mahmut. *Haciz-Satış ve İhalenin Feshi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Çakır, Pınar ve Sesli, Faik Ahmet. “Arsa Vasıflı Taşınmazların Değerine Etki Eden Faktörlerin ve Bu Faktörlerin Önem Sıralarının Belirlenmesi”, *Harita Teknolojileri Elektronik Dergisi* 5, S. 3 (2013): 1-16.
- Çon, Ömer. *İhalenin Feshi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Dieth, Markus. *Beschwerde in Schuldbetreibungs und Konkursachen gemäss Art 17 ff. SchKG*. Zürich: Schulthess Verlag, 1999.
- Dişel, Buse. *Dava Takip Yetkisi*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020.

- Drenisa, Efe. “İhaleinin Feshi Açısından Cebri Satışlarda Tahsil Edilen KDV’nin Kanunî Dayanakları ve Buna İlişkin Olarak Ortaya Çıkan Sorunların Değerlendirilmesi”, *Banka ve Finans Hukuku Dergisi* 12, S. 46 (2023): 211-248.
- Dural, Mustafa ve Sarı, Suat. *Türk Özel Hukuku Cilt I*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022.
- Erdönmez, Güray. “İcra ve İflas Hukukunda İhaleinin Feshini İsteyebilecek Kişiler”, *Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi* 4, S. 10 (2008): 357-408.
- Erişir, Evrim. “Yargıtay 12. Hukuk Dairesi’nin İhaleinin Feshinin Kabule Şayanlık Koşulu Olan Hukukî Yararı Genişleten 7.11.2023 Tarihli Yeni İçtihadına Eleştirel Bir Bakış”, Erişim Tarihi Şubat 29, 2024. <https://turkishlawblog.com/hub/detail/yargitay-12-hukuk-dairesinin-ihaleinin-feshinin-kabule-sayanlik-kosulu-olan-hukuki-yararigenisleten-7112023-tarihli-yeni-ictihadina-elestirel-bir-bakis>.
- Ermenek, İbrahim. *Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- Göksu, Mustafa. “İhaleinin Feshi Talebinde Ceza, Harç ve Teminat Konularında 7343 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin Bilhassa Hak Arama Hürriyeti ve Adalet Erişim Bakımından Değerlendirilmesi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 27, S. 1 (2023): 113-150.
- Gromme, Alfred. *Rechtsvorschlag und Beschwerde im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*. Bern: Buchdruck F. Pochon-Jent, 1967.
- Hanağası, Emel. *Davada Menfaat*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.
- Hörndler, Ira. *Handbuch Geschäftsraummiete* içinde, editör Jan Lindner-Figura Frank Opprée Frank Stellmann, München: C.H. Beck, 2023.
- Hunkeler, Daniel. *Kurzkommnetar SchKG*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014.
- Işık, Melih. “İcra Hukukunda Derece Namına Satış Talep Etme”, *TBB Dergisi* 33, S. 152 (2021): 145-185.
- Jaeger, Carl, Walder, Hans, Kull, Thomas Kull und Kottmann, Martin. *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*. Zürich: Schulthess Verlag, Zürich, 1997/99.
- Kale, Serdar. İcra ve İflas Hukukunda Online Satış, Erişim Tarihi: Nisan 1, 2024. <https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/>.
- Kodakoğlu, Mehmet. “Kıymet Takdirinin Yapılmasına İlişkin Bazı Meseleler ve Enflasyonun Kıymet Takdirine Etkisi”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, S. 2 (2023): 351-383.
- Köse, Yasin. “7343 Sayılı Kanun ile İhaleinin Feshi Şikâyetinde (İİK m.134) Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 14, S. 53 (2023): 313-340.
- Kren Kostkiewicz, Jolanta. *SchKG Kommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, OFK - Orell Füssli Kommentar*. Zürich: Navigator. CH, 2020.
- Kuru, Baki. *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- Kuru, Baki. *Medeni Usul Hukuk El Kitabı Cilt I*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Maier, Philipp und Vagnato, Ivan. *Kommentar zum SchKG* içinde, editör Jolanta Kren Kostkiewicz und Dominik Vock, Zürich: Schulthess Verlag, 2017.
- Michelsen, Anna. *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung* içinde, editör Johann Kindl und Caroline Meller-Hannich, Baden-Baden: Nomos, 2021.

- Muşul, Timuçin. *İcra ve İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Namlı, Mert. *İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Okur, Mustafa. “Elektronik Açık Artırma Suretiyle Satışta Artırma Aşaması”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, S. 1 (2023): 47-112.
- Öktemer, Semih Y. “İhalenin Feshi Davasını Açma Hakkı”, *Yargıtay Dergisi* 18, S. 71 (1975): 396-411.
- Özekes, Muhammet. “Üzerinde İhtiyati Tedbir Bulunan Bir Gayrimenkulün Cebri İcra Yoluyla Satışı Sorunu”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, S. 1 (2002): 527-540.
- Pekcanitez, Hakan ve Meriç, Nedim. “Borçlunun Talebiyle Satış”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 33, S. 151 (2020): 235-258.
- Pekcanitez, Hakan ve Simil, Cemil. *İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.
- Pekcanitez, Hakan, Atalay, Oğuz ve Özekes, Muhammet. *Medeni Usul Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2023.
- Pekcanitez, Hakan, Atalay, Oğuz, Sungurtekin Özkan, Meral ve Özekes, Muhammet. *İcra ve İflas Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2023.
- Pekcanitez, Hakan. *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017.
- Postacıoğlu, İlhan. *İcra Hukuku Esasları*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982.
- Roth, Jürg. *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs* içinde, editör Daniel Staehelin, Thomas Bauer und Franco Lorandi, Basel: Helbing Lichtenhahn, 2021.
- Rüetschi, Sven. *ZPO, Band I: Art.1-149 ZPO; Band II: Art.150-352 ZPO und Art.400-406 ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, Berner Kommentar*. Bern: Stampfli Verlag, 2012.
- Schlegel, Roger und Zopfi, Markus. *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG* içinde, editör Jolanta Kren Kostkiewicz und Dominik Vock, Zürich: Schulthess Verlag, 2017.
- Simil, Cemil. “Yargıtay 12. Hukuk Dairesi’nin 23.11.2015 Tarihli Kararı Işığında Teminat Göstermeden Açık Artırmaya Katılmanın İhalenin Feshi Nedeni Olarak Kabul Edilip Edilmeyeceği Sorunu”, *Fasikül Hukuk Dergisi* 10, S. 100 (2018): 169-174.
- Spühler, Karl. *Schuldbetreibungs und Konkursrecht I*. Zürich: Schulthess Verlag, 2014.
- Tanrıver, Süha. *Medeni Usul Hukuku Cilt 1*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.
- Taşpolat Tuğsavul, Melis. *Kolektif Hukuki Yarar Çerçevesinde Topluluk Davaları*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016.
- Topal, Mustafa. *İhalenin Feshi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Topuz, Murat. *Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Uyar, Talih. “İhalenin Feshinde Hukuki Yarar Koşulu ile İcra Dairesine Teminat Mektubu Sunma Koşulunun Düşündürdükleri”, *Bursa Barosu Dergisi* 47, S. 121 (2022): 85-90.

Üstündağ, Saim. *İcra Hukukunun Esasları*. İstanbul: Kardeşler Matbaası, 2000.

Wolf, Stephan. *Einleitung, Art.1-9 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrech, Berner Kommentar*. Bern: Stampfli Verlag, 2012.

Yılmaz, Ejder. *Hukuk Sözlüğü*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2006.

Zingg, Simon. *ZPO, Band I: Art.1-149 ZPO; Band II: Art.150-352 ZPO und Art.400-406 ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung içinde*, editör Heinz Hausheer und Hans Walter, Bern: Stämpfli Verlag, 2012.

Lexpera.

Swisslex.

ANONİM ORTAKLIK YÖNETİM KURULUNDA AZINLIĞIN TEMSİLİ^(*)

Onur MEMİŞOĞLU^(**)

Öz

Bu çalışmada, anonim ortaklık yönetim kurullarında, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun, 6762 sayılı Kanun hükümlerinden farklı olarak belirli bir pay grubuna temsil yetkisi verilebileceğine ilişkin hükmü çerçevesinde azlığın yönetim kurulunda temsili üzerinde durulmuştur.

Azınlığın mevzuat hükümlerinde açıkça düzenlenmesinin sebebi, anonim ortaklıklarda oransallık ilkesi gereği şirket yönetiminde çoğunluğun tahakkümünün söz konusu olduğu durumlarda, karar alabilme imkanına sahip bulunmayan, ancak sermayenin belirli bir bölümünü de teşkil eden pay sahiplerinin korunması amacıyla hizmet etmektedir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun azınlık paylarının yönetim kurulunda temsiline ilişkin hükümleri de aynı endişelerle, anonim şirket genel kurulunun egemeni olacak çoğunluğu sağlayabilen pay sahiplerinin, azınlığın yönetim kurulunda temsilini engelleyebilecek türdeki işlemlerini sınırlayabilmek ve azınlığın yönetim kurulunda temsiline fırsat yaratabilmek için getirilmiştir.

Çoğunluk ilkesinin sınırsız olarak uygulanması durumunda genel kurulda ve dolayısıyla yönetim kurulunda gücü ele geçiren pay sahipleri, şirket yönetiminde söz almak ve yönetime dair kararlarda belirleyici olmak isteyen pay sahiplerinin yönetime katılmasına engel olabilecek, karar alma mekanizmasını tekelinde bulundurabilecektir. Bu durumda çoğunluğun karşısında yer alan münferit pay sahipleri tamamen çoğunluğa tabi olacak ve haklarını koruyabilmeleri mümkün olamayacak, çoğunluk ise şirketi kendi menfaatleri doğrultusunda idare edebilecektir. Ancak azınlık lehine getirilecek imkanların genişletilmesi halinde anonim ortaklıkların işleyiş felsefesi zarar görecektir, şirketin karar alma ve uygulama süreci kesintiye uğrayacak ve şirket yönetiminde zafiyet oluşacaktır. Bu nedenle Kanun'da öngörülen hükümlerin söz konusu hassas dengeyi gözetebilmesi önemlidir.

Mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmemiş olmakla birlikte azınlığa verilen yönetimde temsil hakkı, mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer almaktaydı. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu yürürlüğe girmeden önce ise Yüksek Mahkemenin, belirli pay gruplarına imtiyaz tanınabileceğine dair içtihatları mevcuttu. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ise konu hakkında detaylı hükümler ihdas edilmiştir.

Çalışmada azlığın çıkış noktası olan anonim ortaklıklara hâkim ilkelerden çoğunluk ve oransallık ilkelerine değinildikten sonra, genel olarak azınlık kavramı, belirleyici unsurları, azınlık hakkına sahip pay gruplarının yönetim kurulunda temsili ve 360. madde hükmünün ihlalinin sonuçları anlatılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Anonim Ortaklıklar, Yönetim Kurulu, Pay Grupları, Azınlık, Azınlığın Yönetim Kurulunda Temsili.

(*) [Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 23.06.2023 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 04.01.2024, DOI No: <https://doi.org/10.54704/akdhfd.1318804>.](#)

(**) [Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Öğrencisi / İstanbul, Türkiye.](#)
[E-posta: av.onurmemisoglu@gmail.com,](mailto:av.onurmemisoglu@gmail.com)
[Orcid Id: <https://orcid.org/0009-0005-8271-6807>.](https://orcid.org/0009-0005-8271-6807)



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

REPRESENTATION OF MINORITY IN JOINT STOCK COMPANY BOARD OF MANAGEMENT

Abstract

In this study, the representation of minority in board of directors was emphasized on the basis of the provision that the authority of representation can be given to a certain group of shareholders, unlike the provisions of Law No. 6762, Turkish Commercial Code no. 6102, in joint stock company boards of management.

The reason why the minority is regulated clearly in the legislation provisions is to serve a purpose of protecting the shareholders who do not have the possibility to make any decision but constitute a certain part of the capital when the dominance of the majority in the company management in accordance with the principle of proportionality in joint stock companies. The provisions of the Turkish Commercial Code No. 6102 concerning the representation of minority shares in the board of directors have also been brought with the same concern in order to limit the sorts of transactions, made by the majority of the general assembly in the company, that may prevent the representation of the minority in the board of directors and in order to give minority the opportunity of representing themselves in the board of directors.

In the event of unlimited application of the majority principle in the general assembly, shareholders who have gained power in the board of directors may monopolize the management of the company and prevent other shareholders from participating in decision-making. This situation leaves minority shareholders completely subject to the majority, unable to protect their rights, and allows the majority to manage the company solely in their own interests. However, expanding the possibilities for minority shareholders may harm the operational philosophy of joint stock companies and weaken the decision-making and implementation processes. Therefore, it is crucial for the provisions in the law to maintain a delicate balance. Although it was not regulated in the repealed Turkish Commercial Code No. 6762, the right of minority representation in management was included in the Swiss Code of Obligations. Prior to the enactment of the Turkish Commercial Code No. 6102, the Supreme Court recognized privileges for certain shareholder groups. The Turkish Commercial Code No. 6102 provides detailed provisions on this matter.

After mentioning the principles of majority and proportionality, which are the dominant principles of joint stock companies, the concept of minority in general, its determining elements, the representation of share groups with minority rights in the board of directors and the consequences of violation of Article 360 are explained in the study.

Keywords

Joint Stock Companies, Board of Directors, Share Groups, Minority, Minority Representation in Board of Directors.

Extended Abstract

The most important principle in the working procedure of the bodies, which are the decision-making mechanisms and are responsible for managing/representing the company, is the majority principle. In general, the majority principle can be defined as the decision-making of the organs that are effective in the activities of the company according to the will of the majority. Pursuant to Article 418 of the Turkish Commercial Code, in cases where there are no aggravated quorum conditions in the law, decisions regarding the management of the company shall be taken by the majority of the votes present at the meeting. The effect of the majority principle on the formation of the board of directors is that the power that holds the majority of votes is also effective in the election of the members of the board of directors. In this case, the power that controls the majority in the general assembly will also control the management of the company. There is always the possibility that the dominant power holding the majority of shares and votes may prioritize its own interests over the interests of the company. In this case, minority shareholders will be open to exploitation and will not be able to be protected. In the Turkish Commercial Code No. 6102, some new rights have been introduced in favor of this group, which is referred to as minority, for the reasons and concerns mentioned above.

We can analyze the minority rights regulated by the Turkish Commercial Code in two groups as positive and negative minority rights. While negative minority rights are the cases requiring an aggravated quorum, preventing the release of those responsible for the establishment by voting against them; whereas positive minority rights consist

of the right to demand the filing of a liability lawsuit against the board of directors and auditors, the right to demand the postponement of the balance sheet negotiations for at least one month, the right to demand the appointment of a special auditor, the right to apply to the auditors against the members of the board of directors, the right to demand the invitation of the general assembly to an extraordinary meeting and the addition of an item to the agenda, the right to demand the dissolution of the company for just cause, the right to demand the dismissal of the auditor and the appointment of a new auditor, and the right to be represented in the board of directors.

Under the Turkish Commercial Code No. 6102, the right of representation of the minority in the board of directors, which is one of the rights introduced in favor of the minority, was not included in the Turkish Commercial Code No. 6762. However, in the model Swiss Code of Obligations, the right to representation in the board of directors was granted to the minority, provided that it is not considered as a privilege but as a special group right and is compulsory in the presence of share categories.

Article 360 of TCC No. 6102 grants representation rights to three groups in the board of directors: certain share groups, shareholders who constitute a certain group with their characteristics and qualifications, and minorities. As stated at the beginning of the article, the prerequisite for the right of representation of the aforementioned groups is that it must be explicitly agreed upon in the articles of association. The Law stipulates that the right of representation granted to certain groups in public joint stock companies may not exceed half of the board memberships. However, this provision applies only to public joint stock companies and no such restriction is foreseen for non-public joint stock companies. Specific share groups are the groups consisting of shareholders whose right to be represented is attached to the share, regardless of the share ratio. In the preamble of Article 360, it is stated that the specific shareholder group must be defined in a way that can be determined and defined by the articles of association and must be distinguishable from other shareholdings in this respect, and that specific shareholder groups may be determined by criteria such as professions and business subjects. Unlike certain share groups, shareholders who constitute a specific group with their characteristics and qualifications are based on the shareholder, not the share. Therefore, the right will not depend on the share, but on the shareholding whose characteristics are emphasized in the articles of association. Considering the fact that the right depends on the shareholding with the characteristics specified in the articles of association, one of the factors that terminates the right of representation will be the loss of the characteristics granted to the shareholder by the articles of association. The last group of shareholders entitled to representation in the board of directors is the minority.

I. ÇOĞUNLUK VE ORANSALLIK İLKELERİ

Anonim ortaklıklar, diğer tüm ticaret şirketleri gibi organları vasıtasıyla hareket eder¹. Ortaklığın yönetiminde söz sahibi olan organlar ise genel kurul ve şirket yönetim kuruludur. Karar alma mekanizması olan ve şirketi yönetmek/temsil etmekle görevli olan organların çalışma usulünde en önemli ilke ise, çoğunluk ilkesidir. Genel olarak şirketin faaliyetinde etkili olan organların, kararlarını çoğunluğun iradesine göre alması olarak tanımlanan çoğunluk ilkesi, diğer sermaye şirketlerinde de geçerli olmakla birlikte, uygulamada pay sahibi sayısının çok daha fazla olması nedeniyle anonim ortaklıklarda daha büyük bir önemi haizdir². Anonim ortaklıklarla alakalı olarak çoğunluk ilkesi, en temel haliyle ifadesini, genel kurulda karar alma usulünü düzenleyen 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 418. maddesinde bulmaktadır. 418. maddeye göre, “*Genel kurullar, bu Kanunda veya esas sözleşmede, aksine daha ağır nisap öngörülmüş bulunan haller hariç, sermayenin en az dörtte birini karşılayan*

¹ Reha Poroy, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, Yeniden Yazılmış 14. Bası, (İstanbul 2019), s. 358.

² Halime Barut, “Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Anonim Ortaklıklarda Azınlık Hakları”, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Kocaeli 2010), s. 4.

payların sahiplerinin veya temsilcilerinin varlığıyla toplanır. Bu nisabın toplantı süresince korunması şarttır. İlk toplantıda anılan nisaba ulaşamadığı takdirde, ikinci toplantının yapılabilmesi için nisap aranmaz. Kararlar toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğu ile verilir.” Bu hüküm gereğince, kanunda ağırlaştırılmış nisap hallerinin (şirketin konusunun değiştirilmesi, şirketin feshi kararı, sermaye azaltım kararı gibi) söz konusu olmadığı hallerde, şirketin yönetimi ile ilgili kararlar toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğu ile alınacaktır³.

Genel kurulda karar alma usulünü hükme bağlayan 418. maddenin yönetim kurulundaki yansıması ise 390. maddedir. İlgili hüküm, “Esas sözleşmede aksine ağırlaştırıcı bir hüküm bulunmadığı takdirde, yönetim kurulu üye tam sayısının çoğunluğu ile toplanır ve kararlarını toplantıda hazır bulunan üyelerin çoğunluğu ile alır.” demek suretiyle karar alma yeter sayısında 418. maddedekine paralel bir düzenleme niteliğindedir. Pratikte, çoğunluk ilkesinin yönetim kurulunun teşekkülünde etkisi, oy çoğunluğunu elinde bulunduran gücün yönetim kurulunu oluşturan üyelerin seçiminde de etkili olmasıdır.

Elbette çoğunluk ilkesinin sınırlandırılması konusunda TTK’da farklı müesseseler öngörülmüştür. Ağırlaştırılmış nisaplar, genel kurul kararlarının iptali gibi kurumların yanında azınlık hakları da bunlar arasında sayılabilir. Yine oy sözleşmesi yapılması halinde de sermaye çoğunluğu hakimiyeti geçerli olmayacaktır.

Oransallık ilkesi ise pay sahiplerinin sermayedeki payları oranında haklardan yararlanma imkanına sahip olduğunu ifade etmektedir. Anonim şirketlerde sermayenin paylara bölünmüş olmasının neticesi olarak pay sahipleri, şirkete getirdikleri sermaye oranında kar payı alma hakkı ve oy hakkı gibi haklardan yararlanabilmektedir⁴. Her ne kadar nispi eşitlik ilkesinin uygulanmadığı genel kurula katılma, özel denetim isteme hakkı gibi payın değerinin önem arz etmediği bireysel haklarda uygulanmasa da⁵ oransallık ilkesi, şirket yönetiminde oy çoğunluğunu sağlayan gücün şirketin yönetiminde söz sahibi olmasına imkan tanımaktadır.

³ Bilhassa halka açık anonim şirketlerde, genel kurulda pay sahiplerinin ilgisiz olmasının, çoğunluk teşkil etmeyen pay sahiplerinin şirketin yönetimini ele geçirebileceği, ortaya çıkan güç boşluğunun, paydaşların ilgisizliği neticesinde, çoğunluk teşkil etmeyen pay sahiplerine çoğunluk ilkesine rağmen şirkete hakim olabileceği hususunda bkz. Mustafa Yavuz, “Türk Hukukunda Anonim Şirketlere Hakim Olan Temel İlkeler”, *Gümrük ve Ticaret Dergisi*, (2019), C. 6, S. 18, s. 14. Bahse konu güç boşluğunun pay sahiplerinin fazla olması, buna dayalı olarak pay sahibinin şirket yönetimi ile ilgilenmekten çok kendisini yatırımcı olarak telakki etmesinden kaynaklandığı, bu durumun güç boşluğu ile birlikte yabancılaşmaya sebebiyet verdiği hakkında bkz. Erkan Eren, “Anonim Ortaklıklarda Güç Boşluğu ve Yabancılaşma”, *Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* (2021), C. 18, S. 2, s. 38. Yabancılaşma konusunda aynı görüşte Rauf Karasu, “Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Yönetime Katılma Yöntemleri”, *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C. 9, S. 43, (Nisan 2016), www.sosyalarastirmalar.com, s. 1909.

⁴ Abuzer Kendigelen, *Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz*, (İstanbul 1999), s. 28. Bununla birlikte oransallık ilkesi için TTK’da istisnalar mevcuttur. TTK’nın 434. maddesinde birden fazla paya sahip olanların oy sayısının esas sözleşme ile sınırlandırılabilmesi kabul edilmiş, yine 478. maddede imtiyazlı paylara yer verilerek oransallık ilkesine istisna getirilmiştir.

⁵ Kendigelen, *Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz*, s. 182.

Çoğunluk ilkesinin azınlık haklarını esas etkilediği alan, ilkenin genel kurulda uygulanmasıdır. Zira genel kurulda çoğunluğu ele geçiren güç, şirketin de yönetimini ele geçirmiş olacaktır⁶. Yönetim kurulunun ise kendisini seçen, ibra edecek veya görevden alabilecek olan genel kurulun menfaatlerini gözetmemesi mümkün değildir⁷. Sonuç olarak ise çoğunluğun karşısında azınlık, neredeyse temsil edilme hakkından tamamen mahrum kalacaktır⁸.

II. AZINLIK HAKKI KAVRAMI İLE AZINLIK HAKLARININ TANIMI VE ÇEŞİTLERİ

A. GENEL OLARAK

Anonim ortaklıklarda çoğunluk ilkesinin kabulünün en doğal sonucu, tek bir kişiden teşkil olursa bile çoğunluk hisselerine sahip gücün şirketin kontrolüne büyük oranda sahip olmasıdır. TTK m.418 f.2’de de açıkça belirtildiği üzere, ağırlaştırılmış nisap halleri saklı kalmak üzere, gerekli toplantı yeter sayısı sağlandığı takdirde ortaklıkla ilgili kararların büyük çoğunluğu, toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğu ile alınmaktadır. Haliyle şirketin yönetiminde etkin olmak arzusunda olan ve istediği kararların alınmasını sağlamak isteyen pay sahibi/sahipleri de toplantıya katılan payların ulaştığı toplam itibari değer in çoğunluğunu oluşturması sebebiyle başarılı olacaktır. Anonim ortaklıkların yapısı da buna müsaade etmekte, payların ulaştığı toplam itibari değer in çoğunluğunun karar almadaki gücünü desteklemektedir⁹.

Anonim ortaklıklarda karar alma mekanizmasının en önemli sorunlarından birini, çoğunluğun sahip olduğu egemenlik karşısında genel kuruldaki diğer pay gruplarının durumu oluşturmaktadır. Pay çoğunluğunu elinde bulunduran egemen güç genel kurulda belirleyici olarak şirketin yönetim ve denetim organlarının oluşumunda söz sahibi olacak ve şirketin kaderini tayin edecektir¹⁰. Bu durumda azınlık konumunda olan pay sahipleri sömürüye de açık olacak, korunabilmeleri mümkün olmayacaktır¹¹. 6102 sayılı TTK’nın yürürlüğe girmesinden önce birçok

⁶ Barut, “Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda Anonim Ortaklıklarda Azınlık Hakları”, s. 5. Çoğunluk ilkesinin aslında bir tekel imkânı sağladığı hakkında bkz. Eren, “Anonim Ortaklıklarda Güç Boşluğu ve Yabancılaşma”, s. 37.

⁷ Kendigelen, *Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz*, s. 28.

⁸ Şaban Kayıhan, “Türk Hukukunda Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Azınlığın Yönetime Girmesi İmkânı: Birikimli Oy Sistemi”, *Manas Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 7, S. 14, s. 89.

⁹ Kararların çoğunluğun iradesi ile alınabilmesine müsaade edilerek anonim şirkete hızlı hareket edebilme yeteneği kazandırıldığı ve küçük pay sahibinin vetosu ile karar mekanizmasına ket vurmasının önüne geçildiği hakkında bkz. Abdurrahman Kayıklık, “Anonim Şirkette Azınlığın Korunması: Kim İçin, Neden ve Nasıl Bir Koruma?”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, (2022), C. 80, S. 2, s. 418.

¹⁰ Bu durumun öğretilde hissedarlar demokrasisi prensibi olarak adlandırıldığına ilişkin bkz. Yasemin Aşlar Üçyıldız, “Anonim Ortaklıkta Azınlığın Özel Denetçi Atanması İstemine İlişkin Çeşitli Sorunlar Üzerine Bir İnceleme”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2023), C. XXVII, S. 2, s. 89.

¹¹ Hakan Güçlü, “Azınlık Hakları Konusunda Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Mevzuatında Yer Alan Düzenlemeler ile Gelişmiş Ülke Uygulamaları”, s. 2, Erişim: 17 Haziran 2023,

haktan da mahrum olan bu pay grubu, ortak sayısının hiçbir öneminin olmadığı, çoğunluğun egemenliği altında kalacak, şirket yönetiminde söz sahibi olamadığı gibi bazı durumlarda haklarını savunmaktan da yoksun olacaktır¹².

Öte yandan azınlık lehine bahsedilecek hakların genişletilmesi, şirketin karar alma ve alınan kararları uygulayabilme yeteneğini önemli ölçüde sınırlayabilecek, şirketin hareket kabiliyetini kısıtlayabilecektir. Dolayısıyla azınlığın haklarını koruma gayesiyle şirket yönetimini ve faaliyetini engellemek, çoğunluğun da azınlığın hakları kadar meşru olan haklarını ihlal etmemek ve dengeyi sağlamak gereklidir¹³.

6102 sayılı TTK'da azlık, öğretide ise azlık¹⁴ ya da azınlık¹⁵ olarak ifade edilen bu grup lehine, sayılan gerekçe ve endişelerle bazı yeni haklar ihdas edilmiştir. Eski TTK'da bulunmayan yeni Kanunda hüküm altına alınan bu haklara örnekler arasında şirketin haklı nedenle feshi davası ikame edebilme hakkı gösterilebilir.

B. AZINLIK KAVRAMI

Azınlık, kelime anlamı itibariyle çoğunluğun tersi olup yarıdan azı ifade etmektedir. TTK'da tanım ifade eder şekliyle azlık başlığı, genel kurulun toplantıya çağırılması usulünü düzenleyen 411. maddede yer almaktadır. TTK'nın 411. maddesi azlığı tanımlamış, "*Sermayenin en az onda birini, halka açık şirketlerde yirmide birini oluşturan pay sahipleri...*" demek suretiyle azlığın temsil ettiği oy oranını belirtmiştir. Buna göre anonim ortaklıklar hukuku terminolojisindeki teknik anlamı itibariyle ise azınlık

https://www.hakanguclu.com/calismalar/Azinlik_Haklari.pdf. Yazar pay ve oy çoğunluğunu elinde bulunduran gücün şirket menfaatlerinden çok bireysel çıkarlarını düşünme olasılığının, azınlık haklarının ihdasını kaçınılmaz kıldığını ifade etmektedir. Çoğunluk ilkesinin katı biçimde uygulanmasının sermayeye katılımını olumsuz yönde etkilemesinin olası olduğu konusunda bkz. Aşlar Üçyıldız, "Anonim Ortaklıkta Azınlığın Özel Denetçi Atanması İsteminde İlişkin Çeşitli Sorunlar Üzerine Bir İnceleme", s. 90.

¹² Çoğunluk ilkesine getirilen sınırlamalar ile anonim şirket kavramında yapısal bir değişikliğe gidildiği ve hakimiyetin sermaye koyanların tamamına dağıtılması esasına dayanan bir modelin kabul edildiği hakkında bkz. Gürsel Ünsal, *Anonim Şirketlerde Menfaat Grupları, Pay Sahiplerine Tanınan Haklar ve Özellikle Azınlık Hakları*, *Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Ankara 1990), s. 12.

¹³ Barut, "Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Anonim Ortaklıklarda Azınlık Hakları", s. 6.

¹⁴ Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s. 557. Hayri Domaniç, *Anonim Şirketler Hukuku Uygulaması, Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, C. 2, (İstanbul 1988), s. 814. Erol Ulusoy, *Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları* (2016), s. 35. Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, C: 1, 2. Baskı, Ankara, 2013, s. 1556. Azlık kavramının kamu hukukunda etnik anlamda kullanıldığı hakkında bkz. Mustafa Erdem Can, *Azlığın Genel Kurulun Toplantıya Çağırılması ve Gündemin Belirlenmesi Konusundaki Yetkileri / ULUSOY, Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları*, (2016), s. 412.

¹⁵ Erdoğan Moroğlu, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler*, (İstanbul 2016), s. 169; İsmail Kırca, Feyzan Hayal Şehirli Çelik, Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, Cilt: 2/2, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, (Ankara 2016), s. 59. Oğuz İmregün, *Anonim Ortaklıklar*, (Anonim), (İstanbul 1989), s. 308, Mehmet Bahtiyar, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Dili ile Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (2005), S. 61, s. 50. Bu çalışmada da azınlık terimi kullanılacaktır.

yalnızca bütünde yarıdan az anlamına gelmeyip ayrıca ek bazı özellikleri de bünyesinde barındırmaktadır. Anonim ortaklıklardaki azınlık payı, yarıdan az olmakla birlikte belirli bir pay oranını da temsil etmektedir. Öğretide mevsuf azınlık¹⁶ olarak adlandırılan bu grup pay sahipliği, genel anlamda azınlık teşkil etmekle kalmayıp, Kanunun aradığı belirli sermaye nisabını bünyesinde barındırmaktadır. TTK'nın 411. maddesinin lafzına göre, genel kurulda çoğunluğu ifade etmeyen her pay grubu azınlık ifade etmeyecek, bu kapsama girebilmesi için sermayenin en az onda birini yani %10'unu, bu kanunda ve Sermaye Piyasası Kanununda da ifade edildiği gibi halka açık anonim ortaklıklarda da yirmide birini yani %5'ini oluşturması gerekecektir. Bahse konu, sermayenin onda birine isabet eden payların sahibi tek bir kişiden oluşabileceği gibi, birden fazla gerçek ya da tüzel kişiden de oluşabilecektir¹⁷. Yine hükmün ikinci cümlesi ile, anılan oranın esas sözleşme ile düşürülebileceği öngörülmüştür¹⁸.

Öğretide TTK'nın 411. maddesi hükmünde açıklandığı anlamıyla azınlık kavramı dışında, kanunun başka bazı maddeleri gereğince özel azınlık halleri de belirtilmiş, böylelikle kanunun azınlık pay sahiplerine tanıdığı imkanlardan yararlanan süljelerin kapsamı genişletilmiştir¹⁹. Bu çalışmanın konusu azınlığın yönetim kurulunda temsili olduğundan, yönetim kurulunda temsil için aranan azınlığın tespitine ilgili başlık altında yer verilecektir.

¹⁶ Güçlü, "Azınlık Hakları Konusunda Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Mevzuatında Yer Alan Düzenlemeler ile Gelişmiş Ülke Uygulamaları", s. 4. Terim TDK sözlüğünde 'nitelenmiş, nitelikleriyle belirlenmiş' olarak tanımlanmıştır.

¹⁷ Selin Sert Canpolat, (2008), "Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının İncelenmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 74, s. 158.

¹⁸ TTK m.411 hükmü, azınlığın genel kurulu toplantıya çağırmasını veya genel kurul zaten toplanacak ise karara bağlanmasını istedikleri konuları gündeme koydurmasını düzenlemekte olup azınlığın korunmasına yönelik diğer düzenlemelerde belirlenen oranların esas sözleşme ile düşürülebileceği noktasında bir hüküm yer almamaktadır. Diğer azınlık haklarında da Kanunda öngörülen oranın esas sözleşme ile düşürülüp düşürülemeyeceği konusunda öğretide farklı görüşler mevcuttur. Kanunun öngördüğü oranın diğer azınlık haklarında esas sözleşme ile düşürülemeyeceği görüşü için bkz. Mehmet Helvacı, "Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı", Prof. Dr. Oğuz Imregün'e Armağan, (İstanbul 1998), s. 301, Domaniç, *Anonim Şirketler Hukuku Uygulaması, Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, s. 868. Azınlık haklarının azınlığı korumak için öngörölmüş asgari haklar olduğu göz önüne alındığında Kanunda öngörölen nisapların artırılmayacağı, ancak hafifletilebileceği konusunda bkz. Esra Kaya, "Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları", *İstanbul Barosu Dergisi*, (Mart-Nisan 2019), C. 93, S. 2019/2, s. 141. Oranda emredici hükümler ilkesi gereğince ancak genel kurulun toplantıya çağırılması konusunda değişiklik yapılabileceği diğer azınlık hakları bakımından oranda değişiklik yapılamayacağı hakkında bkz. Fatih Bilgili, Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku Dersleri*, 7. Baskı, (Ocak 2020), s. 356.

¹⁹ Bkz. Ulusoy, *Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları*, s. 68. Yazar, ayrıca TTK m.439 f.1'deki "Genel kurulun özel denetim istemini reddetmesi hâlinde, sermayenin en az onda birini, halka açık anonim şirketlerde yirmide birini oluşturan pay sahipleri veya paylarının itibarı değeri toplamı en az bir milyon Türk Lirası olan pay sahipleri üç ay içinde şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinden özel denetçi atamasını isteyebilir." hükmü doğrultusunda payların itibarı değeri toplamı en az bir milyon Türk Lirası olan pay sahiplerinin nominal azınlığı oluşturduğunu, ayrıca genel kurul ya da yönetim kurulu seçimlerine ilişkin her oylamada oluşan azınlığın da fiili azınlık oluşturduğunu ve her iki azınlığın da kanunun azınlık pay sahiplerine sağladığı haklardan yararlanabileceğini belirtmektedir. Yazar, bu çalışmanın konusu olan azınlığın yönetim kurulunda temsili için gerekli azınlıktan kastedilen fiili azınlık olduğunu ifade etmektedir.

C. AZINLIK HAKLARININ TANIMI VE TTK'DA DÜZENLENEN AZINLIK HAKLARI

Çoğunluk ilkesinin, pay çoğunluğunu sağlayan lehine fakat azınlık aleyhine olan yukarıda sayılan ihtimallerin gerçekleşmesini engellemek, pay sahipleri arasında menfaat dengesi temin edebilmek için getirilen mekanizmalardan biri de azınlık lehine ihdas edilen haklardır. Bu haklar ile, sermayenin belli bir oranını temsil eden pay sahipleri, çoğunluğun gücüne karşı hukuk düzenince korunmaktadır²⁰. Tanım itibariyle azınlık hakları öğretide²¹, azınlığın tek taraflı kullanımının mümkün olduğu ve yöneltildiği iradenin kabulüne ihtiyaç duymayan ve fakat sınırlarını da hakkın kötüye kullanılmasına dair hükümlerin çizdiği haklar olarak tanımlanmaktadır.

Değindiği üzere, azınlık haklarının ihdasındaki amaç, pay çoğunluğuna karşı azınlığın menfaatlerini korumak, karşılıklı menfaatler arasında denge sağlamaktır. Öğretide²² koruyucu haklar olarak da isimlendirilen bu hakların, adını çoğunluk pay sahiplerinin iradelerinin sınırlandırılmasından aldığı, kullanıldığından çoğunluğun iradesinin yerine geçerek onu etkisiz kıldığı belirtilmektedir.

Ancak azınlık haklarını bireysel haklardan ayırmak gerekecektir. Azınlık hakkının kullanılabilmesi için anonim ortaklıkta belli pay oranına sahip olmak gerekmektedir²³. Bu husus, hakkın kullanımını zorlaştıran en önemli unsurdur. Bireysel hakların kullanılabilmesi için ise tek bir paya sahip olmak yeterlidir²⁴. Ayrıca belli bir pay oranına sahip olmak gerekmemektedir.

Azınlık hakları ile mütesep haklar arasında da farklar bulunmaktadır. Mütesep haklarda sahibinin rızası ile değişiklik yapılabilirken azınlık haklarında sahibinin rızası bulunsa dahi hak, sahibinin elinden alınamaz, kısıtlanamaz²⁵.

Türk Ticaret Kanunu'nda azınlık hakları bir ayırma tabii tutulmamış, öğretilerde ise bu haklar çeşitli şekillerde tasnif edilmiştir²⁶. Genel itibariyle, bu hak-

²⁰ Ayşe Sümer, *Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının Korunması ve Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, (İstanbul 1990), s. 17.

²¹ Helvacı, "Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı", s. 309.

²² Güçlü, "Azınlık Hakları Konusunda Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Mevzuatında Yer Alan Düzenlemeler ile Gelişmiş Ülke Uygulamaları", s. 7. Yazar, koruyucu nitelikte olan bu hakların aynı zamanda denetimsel bir nitelik arz ettiğini, fonksiyon olarak çoğunluğun yerine bir azınlık egemenliği anlamına gelmediğini ifade etmektedir.

²³ Bilgili, Demirkapı, *Şirketler Hukuku Dersleri*, s. 355.

²⁴ Barut, "Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Anonim Ortaklıklarda Azınlık Hakları", s. 14.

²⁵ Sümer, *Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının Korunması ve Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi*, s. 21.

²⁶ Olumlu ve olumsuz azınlık hakları şeklindeki ayırım için bkz. Bilgili, Demirkapı, *Şirketler Hukuku Dersleri*, s. 356, aynı doğrultuda Hakan Çebi, *Şirketler Hukuku*, 1. Baskı, (Ankara 2020), s. 271. Azınlık haklarının olumlu ve olumsuz azınlık hakları olarak tasnif edilebileceğine, olumsuz azınlık haklarının karar alma sürecinde belirli bir kararın alınmasını engeller mahiyette olduğuna, olumlu

lardan bazılarının temelinde çoğunluğun yetkilerinin kısıtlanmasından ziyade azınlığın hakimiyetini hissettirebilme amacı yatarken, bazılarında ise azınlık, aktif tavır sergileyerek şirketin yönetiminde etkili olabilmektedir²⁷. Türk Ticaret Kanunu'nda öngörülen azınlık hakları;

- Yönetim kurulunda temsil edilme hakkı (TTK m.360),
- Finansal tabloların görüşmelerini erteletme hakkı (TTK m.420),
- Özel denetçi atanmasını talep edebilme hakkı (TTK m.439),
- Genel kurulu toplantıya çağırma ve gündeme madde ekleme hakkı (TTK m.411),
- Haklı sebeple şirketin feshini isteme hakkı (TTK m.531),
- Denetçinin görevden alınması ve yeni denetçi atanmasını dava hakkı (TTK m.399),
- Sulh ve ibraya engel olabilme (TTK m.559),
- Pay senedi basılmasını talep hakkı (TTK m.486) olarak sayılabilir.

III. AZINLIĞIN YÖNETİM KURULUNDA TEMSİLİ

A. GENEL OLARAK

Yukarıda da açıkça değinildiği üzere, anonim ortaklıklara hâkim olan ilkelere çoğunluk ilkesinin en doğal uygulama alanlarından biri de yönetim kurulu üyelerinin seçimidir. Yönetim kurulu üyeleri, çoğunluk ilkesi uyarınca pay çoğunluğunu elinde bulunduran pay sahipleri tarafından seçilmektedir. Çoğunluk ilkesinin yarattığı, hak sahiplerinin haklarını kısıtlayıcı nitelikte olduğu belirtilen sakıncalı durumlar yönetim kurulu üyelerinin seçiminde de söz konusu olmaktadır. Yönetim kurulu üyelerinin oy çoğunluğunu elinde bulunduran egemen tarafa seçilmesi halinde, azınlık pay sahiplerinin yönetim kurulunda temsili mümkün olmayacak, dolayısıyla şirketin yönetiminde azınlığın yönetime katılması önemli oranda kısıtlanmış olacaktır.

azınlık haklarının ise bir hakkın çoğunluğun muhalefetine rağmen kullanımına imkân sağladığına ilişkin olarak bkz. Sert Canpolat, "Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının İncelenmesi", s. 161. Bir diğer tasnif biçimi olarak, azınlık haklarının işlevsel anlamda tasnifi için bkz. Kayıklık, "Anonim Şirkette Azınlığın Korunması: Kim İçin, Neden ve Nasıl Bir Koruma?", s. 428.

²⁷ Güçlü, "Azınlık Hakları Konusunda Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Mevzuatında Yer Alan Düzenlemeler ile Gelişmiş Ülke Uygulamaları", s. 12. Azınlığın haklarına yönelik TTK'da sayılan düzenlemelerin sınırlı sayı ilkesine tabi olup olmadığı, esas sözleşme ile yeni azınlık hakları ihdas edilebilip edilemeyeceği konusunda farklı görüşler mevcuttur. Esas sözleşme ile yeni azınlık hakları tanınabileceği konusunda bkz. Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi, C: 1*, s. 1429, Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, (İstanbul 2017), s. 307; Mehmet Bahtiyar, "Anonim Şirketlerde Azınlık Oranlarının Anasözleşme ile Değiştirilmesi Sorunu", *Makaleler IV*, (İstanbul 2019), s. 346 vd.; Aşlar Üçyıldız, "Anonim Ortaklıkta Azınlığın Özel Denetçi Atanması İstemine İlişkin Çeşitli Sorunlar Üzerine Bir İnceleme", s. 88, emredici hüküm ilkesi gereği aksi görüşte Bilgili, Demirkapı, *Şirketler Hukuku Dersleri*, s. 356.

Mevzubahis endişenin uygulamadaki tezahürü, öğreti²⁸ tarafından aile şirketleri örnek verilerek açıklanmıştır. Aile şirketi olarak kurulan anonim ortaklıkların büyüme saikiyle dışarıdan sermaye temini yoluna gitmesi durumunda, hisselerin halka açılması ile sermayedeki pay çoğunluğunu kaybeden ailenin şirket yönetimindeki hakimiyetinin azalması ihtimali doğacaktır. TTK m.360 hükmü ise esas sözleşmeye, yönetim kuruluna seçilecek üyelerin aile bireylerinden seçileceğine dair imtiyaz niteliğinde konulacak bir hüküm ile aile üyelerinin şirket yönetimindeki etkinliğini koruma imkânı tanıyacaktır²⁹.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda azınlığın yönetim kurulunda temsiline ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı. Bununla birlikte, mevzuatın 401. maddesi hükmünden yola çıkılarak belirli pay gruplarına imtiyaz verilebileceğine ilişkin Yüksek Mahkeme içtihatları bulunmaktaydı.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 709. maddesi hükmünde, imtiyaz olarak değil fakat özel bir grup hakkı olarak sayılmak ve pay kategorilerinin varlığı halinde zorunlu olmak şartıyla azınlığa da yönetim kurulunda temsil hakkı tanınmıştır³⁰. Buna paralel olarak da 6102 sayılı TTK'da da azınlığın yönetim kurulunda temsiline ilişkin hüküm ihdas edilmiş, böylelikle ticaret kanunumuzda da azınlık hakları yerini almıştır. m.360 f.1'e göre, "Esas sözleşmede öngörülmek şartı ile, belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabilir." Hükümden anlaşılacağı üzere, zorunluluk arz etmeyip yalnızca esas sözleşmeye konulacak hükümle kararlaştırılabilmek yönünden düzenleme İsviçre Borçlar Kanunundan ayrılmıştır³¹.

Böylelikle yeni Ticaret Kanunumuzda bazı pay grupları ile azınlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkı getirilmiş, düzenleme ile çoğunluk ilkesinin or-

²⁸ Özgür Falcıoğlu, Azınlığın Yönetim Kurulunda Temsili / Ulusoy, *Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları*, s. 206.

²⁹ Rauf Karasu, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*, (2015), 2. B., Ankara, s. 148.

³⁰ Rauf Karasu, "Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsil Edilme Hakkı", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, (2016), C. 2, S. 1, s. 32. Mehaz Kanundaki hükmün emredici nitelikte olmasına rağmen hükmün uygulamasında, şirket ana sözleşmesine bu yönde hüküm koymamak suretiyle hükmün uygulamasına engel olunabildiği hususunda bkz. Mustafa Çeker, "Anonim Ortaklıklarda Pay Sahiplerinin Yönetime Katılması", *Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, (2004), Cilt 13, Sayı 1, s. 46; Peter Forstmoser, Arthur Meier-Hayoz, Peter Nobel, *Schweizerisches, Schweizerisches Aktienrecht*, Bern, 1996, s. 290.

³¹ Azınlığın yönetim kurulunda temsil hakkının TTK'da imtiyaz olarak öngörülmüş olması sebebiyle hükmün emredici nitelik taşımadığı, şirketlere bu konuyu esas sözleşmede düzenleme konusunda bir serbesti tanıdığı konusunda bkz. Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, C. 2, 4. Baskı, Ankara 2022, s. 1259, Bilge Aytuğar, "Oy Hakkında İmtiyazlı Pay Grubunun Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2019), C. XXIII, S. 1, s. 94. Esas sözleşmede hüküm bulunmaması halinde paylar bir grup oluştursa, pay sahipleri özellik ve nitelikleriyle belli bir grup oluştursa ya da azınlık olarak kabul edilse bile bu grupların yönetim kurulunda temsil hakkının olmayacağı hakkında bkz. Candemir Baltalı, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazı*, (İstanbul 2019), s. 251.

taklığa yukarıda belirtilen olumsuz etkilerinin önüne geçilmek amaçlanmıştır. Bu hak sayesinde azınlık, şirket yönetimi hakkında bilgi alma ve inceleme imkanına kavuşacaktır³².

B. YÖNETİM KURULUNDA TEMSİL EDİLME HAKKINA SAHİP GRUPLAR

6102 sayılı TTK 360. madde hükmünde açıkça belirtildiği üzere, kanun yönetim kurulunda 3 gruba temsil hakkı tanımıştır ki bunlar belirli pay grupları, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahipleri ve azınlıktır. Sayılan gruplara temsil edilme hakkının ön koşulu ise, madde metninin başında yer aldığı gibi, esas sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olma şartıdır.

Hükümün 1. fıkrasının 4. cümlesinde temsile ilişkin bir diğer şart belirtilmiş, halka açık olan anonim ortaklıklarda, belirli gruplara tanınan temsil edilme hakkının, yönetim kurulu üyeliklerinin yarısını aşamayacağı hükme bağlanmıştır. Ancak bu hüküm yalnızca halka açık anonim ortaklıklar için geçerli olup halka açık olmayan anonim ortaklıklar için böyle bir kısıtlama öngörülmemiştir.

Temsil edilme hakkına sahip olan gruplardan ilki, belirli pay gruplarıdır. Belirli pay grupları, pay oranına bakılmaksızın temsil edilme hakkı paya bağlanan pay sahiplerinden oluşan gruplardır³³. Kanunda temsil edilme hakkı paya bağlanan grubun tanımı yapılmamış, grubu oluşturan pay sahiplerinin ortak özellikleri de belirtilmemiştir. İşte burada da esas sözleşme devreye girecek³⁴ ve hangi payların belirli pay grubunu oluşturacağı esas sözleşme ile belirlenecektir. Öğretide pay gruplarında yer alan payların ve pay sahiplerinin sayısının veya bunların temsil ettiği sermayenin bir önemini olmadığı belirtilmektedir³⁵. Pay grubunu oluşturan payların sahiplerinin aralarında bir ortak özelliğe sahip olmasının gerekip gerekmediği konusunda fikir birliği yoktur. Bir görüş pay sahiplerinin ortak bir özelliğe sahip olmasının gerekmediğini kabul ederken³⁶ diğer görüş pay sahipleri arasında anlamlı bir ortak özellik aramaktadır³⁷. Kanaatimizce pay sahipleri arasında ortak özellik gerekliliği, özellik ve niteliği itibarıyla belirli grup oluşturan pay sahipleri için şart olup belirli pay grupları için böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır.

Hükümün yönetim kurulunda temsil hakkı tanıdığı ikinci grubu, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahipleri oluşturmaktadır³⁸. TTK m.360

³² Kendigelen, *Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz*, s. 185.

³³ Falcioğlu, *Azınlığın Yönetim Kurulunda Temsili/Ulusoy*, s. 212.

³⁴ Yönetim kurulunda temsil hakkı bulunan belirli pay gruplarının esas sözleşme ile istenildiği gibi tanımlanabileceği hakkında bkz. Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi, C: 1*, s. 992.

³⁵ Kendigelen, *Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz*, s. 213.

³⁶ Baltalı, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazı*, s. 220.

³⁷ Falcioğlu, *Azınlığın Yönetim Kurulunda Temsili/Ulusoy*, s. 212.

³⁸ Mehaz İsviçre Kanununda özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahipleri kavramının geniş yorumlandığı, farklılık arz eden herhangi bir yönüyle pay sahiplerinin bu kapsam içinde değerlendirilebildiği hakkında bkz. Martin Wernli, Basler Komm, Obligationenrecht II, Basel: Helbing&Lichtenhahn Verlag, (2008), s. 23.

hükümü yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabilecek ikinci grubu ifade ederken pay sahibi kavramını esas almıştır³⁹. Burada grubu oluşturan, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahipleri arasındaki ortak bağlardır⁴⁰. Hakkın esas sözleşmede belirtilen özelliğe sahip pay sahipliğine bağlı oluşu göz önünde bulundurulduğunda temsil hakkını sona erdiren etmenlerden biri de pay sahibinin esas sözleşmenin kendisine tanıdığı özelliği kaybetmesi durumunda kendini göstermektedir. Zira bu özelliğin sonradan ortadan kalkması durumunda esas sözleşmenin hakkı tanıdığı grup kategorisine dahil olunmadığından, pay sahipliği devam etse bile artık temsil edilme hakkına sahip olunamayacaktır⁴¹.

360. maddenin gerekçesinde de belirli pay sahipleri grubunun esas sözleşme ile kapsamı belirlenebilir şekilde tanımlanması ve bu yönüyle diğer pay sahiplerinden ayrılabilir olması aranmış, belirli pay gruplarının meslekler, işletme konuları gibi ölçütlerle tespit edilebileceği belirtilmiştir⁴².

Özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine örnek olarak öğretide şirkette çalışan pay sahipleri⁴³, şirkete hammadde tedarik edenler⁴⁴,

³⁹ Özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerinde, belirli pay gruplarından farklı olarak payın değil pay sahibinin esas alındığı, dolayısıyla hakkında paya bağlı değil, esas sözleşmede özelliği vurgulanan pay sahipliğine bağlı olacağı hakkında bkz. Karasu, "Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsil Edilme Hakkı", s. 33. Özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahipleri ile azınlığa tanınan yönetim kurulunda temsil edilme hakkının bir imtiyaz niteliğinde olup olmadığına ilişkin görüş ve tartışmalar, "Yönetim Kurulunda Temsil Hakkının Azınlık ve Hakka Sahip Diğer Gruplar İçin İmtiyaz Teşkil Edip Etmediğine Dair Değerlendirmeler" başlığı altında daha detaylı incelenecektir.

⁴⁰ İsmail Kırcı, Feyzan Hayal Şehirli Çelik, Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku Cilt: 1*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını 1. Baskı, (Ağustos 2013), s. 427.

⁴¹ Baltalı, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazı*, s. 231. Özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerinin payını devretmek istemesi durumunda devralanın mutlaka bu gruba dahil olmasının şart olmadığı, payın devredildiği kişinin anılan özellik ve niteliklere sahip olmaması durumunda bu hakkı kullanamayacağı, payın bu özelliklere sahip kişilere devri halinde hakkın kullanılabilmesinin mümkün olacağı hakkında bkz. Levent Biçer, *Anonim Ortaklıkta Oy Hakkında İmtiyaz ve Sınırları*, (Ankara 2019), s. 114.

⁴² 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu 360. madde gerekçesi. Pay sahipleri grubunun bu kapsamda değerlendirilebilmesi için bu haktan yararlanacak pay sahiplerinin hangi özelliklere sahip olmasının esas sözleşmede açıkça belirtilmesi gerektiği hakkında bkz. Kırcı, Şehirli Çelik, Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku Cilt: 1*, s. 428. Yazar, özellik ve niteliği itibarıyla bir gruba dahil olan payın devredilmesi halinde yeni pay sahibinin gruba dahil olanların sahip olduğu haklardan yararlanmasının, esas sözleşmede bu grup için öngörülen özellikleri taşımasına bağlı olduğunu ifade etmektedir. Esas sözleşmede bu haklara sahip olan pay sahiplerinin sayısının pay devrine bağlı olarak değişebileceği, bu yönüyle esas sözleşmede sayılan özellikleri taşıyan bir pay sahibi olması halinde, özellik ve niteliği itibarıyla bir gruba dahil olan pay sahibinin bir kişiden ibaret olabileceği hakkında bkz. Falcıoğlu, Azınlığın Yönetim Kurulunda Temsili/Ulusoy, s. 215. Yazar esas sözleşmede belirtilen özelliği yitiren pay sahibinin fiilen pay sahibi olsa da artık yönetim kurulunda temsil edilme hakkını yitireceğini belirtmektedir.

⁴³ Abuzer Kendigelen, İsviçre Hukukunda Farklı Pay Sahibi Kategori veya Gruplarının Şirket Organlarında Temsili (OR art.709), *Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı*, (İstanbul 1999), s. 386.

⁴⁴ Kendigelen, İsviçre Hukukunda Farklı Pay Sahibi Kategori veya Gruplarının Şirket Organlarında Temsili, s. 386.

bir aileye mensup olma şartı gösterilmektedir⁴⁵. Ancak gerek yargı kararları gerekse öğretide ağırlıklı olarak kabul gören görüş, bir pay sahibinin isim olarak belirtilmek suretiyle bu kapsamda değerlendirilemeyeceği yönündedir⁴⁶. Bir diğer görüş belli bir ırk ya da dine mensubiyetin ayrımcılık yasağı göz önünde bulundurulurken pay sahipleri grubu ortak özelliği olarak belirlenemeyeceğini ifade etmektedir⁴⁷. Öğreti pay sahibinin, farklı özellikleri dikkate alınarak farklı özellik ve nitelikleriyle belirli birden fazla gruba dahil olabileceğini kabul etmektedir⁴⁸.

Belirli pay grupları ile özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerinin mukayesesine ilişkin öğretide⁴⁹, pay devrinin söz konusu olduğu durumlarda, belirli pay gruplarında devralanın her türlü gruba dahil olabileceği, ancak özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerinde devralanın gruba mensubiyeti için ancak esas sözleşmede belirlenen özelliği taşıması gerektiği⁵⁰ belirtilmektedir.

Yönetim kurulunda temsil hakkı tanınan son grup hak sahipliğini ise azınlık oluşturmaktadır. TTK'nın 360. maddesindeki ifadesiyle azınlığın bağımsız bir grup olup olmadığı ve oran olarak ne ifade ettiği konusunda fikir birliği bulunmamaktadır.

⁴⁵ İktisadi amaçlardan başka amaçlarla da anonim ortaklık kurulabilen İsviçre hukukunda, bir siyasi partinin, bir dine mensup olanların ya da ortak dili konuşanların grup olabilmemesinin mümkün ve yasal olduğu hakkında bkz. Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, C: 1, s. 993.

⁴⁶ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 43. Hukuk Dairesi, 4.3.2021, 184/237 sayılı kararında "TTK'nın 340. maddesinde ise, esas sözleşmenin, Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabileceği düzenlenmiştir. Esas sözleşmenin yönetim kurulunun belirlenmesine ilişkin maddesinde aday önerme hakkı imtiyazı kanunun öngördüğü şekilde yalnızca belirli bir grup oluşturan pay sahipleri, belirli pay grupları ve azlık'a verilebilecek ismen belli şirket ortaklarına verilmiş olması kanuna açıkça aykırıdır." denilerek temsil hakkının belirlenmiş bir şirket ortağına verilemeyeceği hükmüne bağlanmıştır. (Kazancı içtihat programı <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/is-istanbulbam-43hd-2020-184.htm>) Aynı yönde Kırca, Şehirli Çelik, Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku Cilt: 1*, s. 430. Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, C. 2, S. 1251. Kanunda hak bir gruba ilişkin öngörülse de hakkın ismen belirlenen bir kişiye de verilebileceği konusunda bkz. Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s. 427, bu konuda kanunda bir yasak olmadığı konusunda bkz. Tekin Memiş, "Grup İmtiyazının Kabul Edildiği Bankalarda Grup İçindeki Bütün Paylar Nitelikli Pay Sayılır mı?" *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, (Özel Sayı 2014), s. 3111.

⁴⁷ Cafer Eminoğlu, "TTK m.360 Hükmüne Göre Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkının Tanınabileceği Gruplar, Hakkın Hukuki Niteliği ve İcrası", *Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu*, (İstanbul 2020), s. 343.

⁴⁸ Baltalı, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazı*, s. 227.

⁴⁹ Kırca, Şehirli Çelik, Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku Cilt: 1*, s. 427.

⁵⁰ Bu konuda imtiyazın tabii olduğu şartların belli olması ilkesine atıf yapan görüş için bkz. Eminoğlu, "TTK m.360 Hükmüne Göre Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkının Tanınabileceği Gruplar, Hakkın Hukuki Niteliği ve İcrası", s. 342.

C. TTK'NIN 360. MADDESİNE GÖRE AZINLIK

1. TTK'nın 360. Maddesine Göre Azınlığın Tespiti

TTK'nın 360. maddesi belirli pay grupları, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahipleri ile birlikte azınlığı da sayarak yönetim kurulunda temsil hakkının azınlığa da tanınabileceğine değinmiştir. Bununla birlikte hüküm, azınlıktan kastedilenin ne olduğu konusunda bir tespit içermemektedir. Kanunda bu konudaki belirsizliğin bilinçli bir tercihten kaynaklandığı, kanun koyucu tarafından yönetim kurulunda temsil hakkı tanınan diğer gruplara paralel olarak azınlığın da tespitinin şirket esas sözleşmesinde belirlenmesinin istenildiği ifade edilmektedir⁵¹.

Ancak 360. maddede değinilen azınlığın, TTK m.411'de azınlık olarak kabul edilen sermayenin en az onda birini (halka açık anonim şirketlerde yirmide birini) temsil eden pay sahipleri anlamına gelmediği, buradaki azınlıktan yönetim kuruluna üye seçebilme gücüne sahip olmayan pay sahipleri olarak anlaşılması gerektiği belirtilmektedir⁵².

Azınlığın esas sözleşmede nasıl belirleneceği, bu konuda belirlilik ölçütünün nasıl karşılanacağı üzerinde durulması gereken bir başka husustur. Öğretide bir görüş, esas sözleşmede azınlığın pay oranı üzerinden tespit edilmesi halinde genel kurul tarihinde esas sözleşmede belirlenen pay oranını elinde bulunduran pay sahiplerinin değişken içerikli bir grup oluşturacaklarını ifade etmektedir⁵³. Bu görüşe göre esas sözleşme azınlığın kimlerden oluşacağını açıkça belirtmişse bu durumda bir azınlıktan değil, bir gruptan bahsetmek gerekecektir. Bir diğer görüş, TTK'nın 360. maddesinde değinilen azınlığın tespitinde normatik sınırlamalar ile bağlı kalınmaması gerektiğini, şirketin yönetiminde hâkim konumda bulunan hak sahiplerinin karşısında yer alan pay sahiplerinin azınlık teşkil ettiğini kabul etmektedir⁵⁴. Madde gerekçesinde "*Önemli olan, azlığın belirlenebilir olmasıdır.*

⁵¹ Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s. 426.

⁵² Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, C: 2, s. 1259. Yazar, halka açık anonim şirketlerde sermayenin %40'ına sahip olan pay sahipleri üzerinden durumu örneklemekte, bu grubun sermayenin çoğunluğunu teşkil etmekle birlikte günlük konumda bulunan küçük pay sahipleri karşısında da yönetimde belirleyici olacağını, bu nedenle azınlık kavramının değişken bir kavram olduğunu belirtmektedir.

⁵³ Çamoğlu, 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsili, s. 1. Esas sözleşmede belirlenen oranın üzerinde paya sahip pay sahiplerinin tespitinin, pay defterlerine bakılarak rahatlıkla yapılabileceği, ancak bunun değişken içerikli olduğu hakkında bkz. Ali Murat Sevi, "Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C. 9, S. 2, s. 451.

⁵⁴ Kırca, Şehirli Çelik, Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku Cilt: 1*, s. 430, Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, C: 1, s. 993, Ulusoy, *Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları*, s. 71, Memiş, "Grup İmtiyazının Kabul Edildiği Bankalarda Grup İçindeki Bütün Paylar Nitelikli Pay Sayılır mı?" s. 3110-3111, Fatih Ölmez, *Belirli Grupların Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsili*, (İstanbul 2021), s. 184. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 43. Hukuk Dairesi, 4.3.2021, 184/237 sayılı kararında, "*TTK'nın 360/1. maddesindeki sınırı aşan hiçbir aday gösterme hakkı bir imtiyaz*

Bunun için, somut olayın özelliklerinin ortaya çıkarılabileceği istisnalar bir yana, yüzdelerin anılması yeterli olmayabilir. Bunun yerine pay senedi numaraları ve sayıları ayırt edilebilirlik yönünden daha iyi bir ölçüttür” denilerek azınlık oluşturan payların ayırt edilebilirliğinin sağlanması gerekliliğine vurgu yapılmıştır. Farklı bir görüş, azınlığın bir sermaye oranı üzerinden belirlenmesi halinde azınlığı oluşturan pay sahiplerinin tespit edilebilmesinin mümkün olmayacağını, yine bu durumda imtiyazlı pay sahipleri kurulunun kimlerden oluşacağını da tespit edilemeyeceğini belirtmektedir⁵⁵.

Azınlığın belirlenmesinde ölçütün ne olacağı ile ilgili tartışmalarla ilgili olarak, kanaatimizce TTK'nın 360. maddesinde azınlıktan kastedilenin sermayenin belirli bir oranını ifade ettiği konusunda kuşku bulunmamaktadır. Kanun belirli pay grupları ile özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahipleri arasında açıkça azınlığa da değindiğinden, azınlığı teşkil eden grubun, sermayenin belirli bir oranı dışında başka bir yönüyle ortaklık oluşturan ya da sadece grup oluşturmak amacıyla bir araya gelen pay sahiplerinden oluşması halinde, azınlığı 360. maddede sayılan diğer gruplardan ayırabilme olanağı kalmayacaktır. Elbette azınlığın tespiti konusunda TTK'nın 360. maddesi öncelikli olarak esas sözleşmeye atıfta bulunduğundan, azınlık olarak esas sözleşmede kastedilenin ne olduğu hususu öncelikli olarak belirleyici olacaktır. Ancak TTK'nın 411, 420, 439, 531 ve 559. maddelerinde azınlığın tanımı konusunda sermayedeki oranına atıf yapılırken 360. madde kapsamında azınlığın bir sermaye oranı dışında başka bir yönüyle ele alınması kanun hükümleri arasında da çelişkili bir yoruma sebebiyet verecektir.

Azınlık kavramı pay sahiplerini değil payın sermayedeki oranını esas aldığından azınlık teşkil eden payın bir ya da daha fazla pay sahibine ait olması önem taşımamaktadır. Bu durumda tek bir pay sahibi de esas sözleşme gereği azınlık oluşturan paylara sahip olabilir ve yönetim kurulunda temsil edilme hakkına sahip olabilir⁵⁶.

olmayacağı gibi bir müstesna (akdi) hak olarak da değerlendirilemez. Bunun yanı sıra TTK'nın 357. maddesine göre, pay sahipleri eşit şartlarda eşit işleme tabi tutulmalıdır. Davacı/birleşen dosya davalısının sadece iki gerçek kişi ortağı kalmış olup, bu iki ortağın sermaye payları da eşittir. Buna karşın değiştirilen 11. madde ile bir kişiye yönetim kuruluna aday olma veya 1 (bir) aday önerme hakkı verilmiştir. Aynı oranda sermayeye sahip gerçek kişi ortaklar arasında eşitliği bozan bu uygulamanın haklılığını gösterir herhangi bir delille rastlanmamıştır. Her iki halde de 11. maddedeki değişiklik kanuna ve dürüstlük kuralına aykırı olup iptali gerekir.” denilerek hükmün aynı oranda sermayeye sahip gerçek kişi ortaklar arasında işletilemeyeceği karara bağlanmıştır. (Kazancı içtihat programı <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/is-istanbulbam-43hd-2020-184.htm>).

⁵⁵ Eminoğlu, “TTK m.360 Hükmüne Göre Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkının Tanınabileceği Gruplar, Hakkın Hukuki Niteliği ve İcrası”, s. 345. Azınlığın sermaye oranı üzerinden tespiti halinde pay sahiplerinin değişken olmasının belirlik ilkesinin ihlali anlamına gelmeyeceği, hak ihlal edildiği veya hakkın kullanılacağı sırada pay sahiplerinin belirlenebilir olmasının yeterli olduğu hakkında bkz. Ölmez, *Belirli Grupların Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsili*, s. 186-187.

⁵⁶ Falcioğlu, *Azınlığın Yönetim Kurulunda Temsili/Ulusoy*, s. 218.

Esas sözleşmede azınlık teşkil edeceği belirlenen oranda paya birden fazla grubun sahip olması halinde birden fazla azınlık grubundan söz edilebilecektir. Bu grupların yönetim kurulunda temsili konusunda ortak temsilci mi belirleyeceği yoksa her azınlık grubunun ayrı temsilci seçip seçemeyeceği esas sözleşmede bu konunun nasıl değerlendirildiğine bağlıdır⁵⁷.

2. TTK'nın 360. Maddesinde Azınlığın Bağımsız Bir Grup Oluşturup Oluşturmadiğı Değerlendirmesi

Öğretide yönetim kurulunda temsil hakkının bir azınlık hakkı teşkil edip etmediği yönünde de tartışmalar bulunmaktadır. Bu tartışmadaki görüşlerden biri yine azınlığın belirli pay grupları ya da özellik ve nitelikleri itibarıyla belirli bir grup oluşturan pay sahipleri gibi bağımsız bir grup olarak düşünülmemesi gerektiğini, azınlığın belirli pay grupları içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini savunurken⁵⁸, diğer görüş⁵⁹ madde gerekçesindeki “*bu madde, yönetim kurulunda temsil edilme hakkını hem pay sahibi gruplarına hem azlığa hem de pay gruplarına tanımıştır.*” ifadesine dayanarak her üç gruba da yönetim kurulunda temsil hakkının tanındığını ve bunun bir azınlık hakkı olduğunu savunmaktadır.

Hüküm gerekçesinde “*Önemli olan, azlığın belirlenebilir olmasıdır. Bunun için, somut olayın özelliklerinin ortaya çıkarabileceği istisnalar bir yana, yüzdelerin anılması yeterli olmayabilir. Bunun yerine pay senedi numaraları ve sayıları ayırt edilebilirlik yönünden daha iyi bir ölçüttür. Azlığın iyi tanımlanmaması imtiyazların korunmasına ilişkin hükümlerin uygulanmasını güçleştirebilir.*”⁶⁰ denilerek açıkça azınlığa, azınlığın tespitinde dikkat edilmesi gereken hususlara, azınlığın doğru tanımlanamaması halinde doğabilecek sorunlara değinilmiştir.

İki görüş arasındaki fark, 360. maddenin bir azınlık hakkı teşkil etmediği görüşünün gerekçesinin azınlığın belirlenmesinde yüzdelik oranlara atıf yapıp yapılamayacağı veya azınlığın başka ne şekilde belirleneceğine yönelik değerlendirmelere dayandığından, yine azınlığın esas sözleşmede ne şekilde tespit edilmesi gerektiği tartışmasına dayanmaktadır.

Kanaatimizce bu konuda da öncelikli olarak 360. maddenin lafzına göre hareket edilmesi gerekmekte olup hüküm açıkça 3 gruba yönetim kurulunda temsil hakkı tanımıştır. Belirli pay grupları ve özellik ve nitelikleri itibarıyla belirli bir grup oluşturan pay sahipleri yanında azınlığa açıkça hükümde yer verilmiş olması, azınlığın diğer gruplardan bağımsız olarak düşünülmesi ve tespit edilmesi gerekti-

⁵⁷ Falcıoğlu, Azınlığın Yönetim Kurulunda Temsili/Ulusoy, s. 218.

⁵⁸ Kırca, Şehirali Çelik, Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku Cilt: 1*, s. 431.

⁵⁹ Falcıoğlu, Azınlığın Yönetim Kurulunda Temsili/Ulusoy, s. 220.

⁶⁰ 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu 360. madde gerekçesi. Azınlığın belirlenmesine yönelik olarak gerekçedeki önerinin hatalı olduğu, azınlığın pay numaraları ile belirlenmesi halinde azınlıktan değil belirli pay grubundan bahsedilebileceği hakkında Eminioğlu, “TTK m.360 Hükümüne Göre Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkının Tanınabileceği Gruplar, Hakkın Hukuki Niteliği ve İcrası”, s. 345.

ği sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Kaldı ki hükme göre azınlığın esas sözleşmede belirlenmesi zorunlu olup ne şekilde tespit edileceği konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. Aksi görüşün kabul edildiği ihtimalde azınlık esas sözleşmedeki tespit hükmüne göre belirli pay grubu olarak nitelenebileceği gibi belirli özellikleri göz önünde bulundurularak gruplandırılması halinde özellik ve nitelikleri itibarıyla belirli bir grup oluşturan pay sahipleri grubu olarak da kabul edilebilecek, ayrıca hükümde neden açıkça azınlığa değinilmiş olduğuna da açıklanamayacaktır.

3. Yönetim Kurulunda Temsil Hakkının Azınlık ve Hakka Sahip Diğer Gruplar İçin İmtiyaz Teşkil Edip Etmediğine Dair Değerlendirmeler

TTK'nın 360. maddesinin 2. fıkrasında “yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınan payların imtiyazlı sayılacağı” açıkça hükme bağlanmış olunmasına rağmen öğretide bu hakkın niteliği konusunda farklı görüşler mevcuttur. Hükümde yönetim kurulunda temsil hakkının bir imtiyaz olduğu açıkça ifade edilmiş olup hakim görüş temsil hakkının bir imtiyaz olduğu yönündedir⁶¹. Nitekim 360. maddenin gerekçesinde “*Bu madde, yönetim kurulunda temsil edilme hakkını hem pay sahibi gruplarına hem azlığa hem de pay gruplarına tanımıştır. Kârda, oyda, tasfiye payında veya diğer herhangi bir malvarlığı hakkında imtiyazlı olan bir pay grubuna yönetim kurulunda temsil hakkı tanınabilir. Söz konusu hak, imtiyaz gibi her paya değil, belirli pay sahipleri grupları ile belirli pay gruplarına ve azlığa bir bütün olarak tanınmaktadır. Böylelikle bu hükümde 478. maddeye bir istisna getirilmiştir. Bu istisna tarihi sebeplere dayanmaktadır. Çünkü 6762 sayılı Kanunda bu tür bir istisnaya yer verilmiş olmamasına rağmen Yargıtayın otuz yılı aşkın süreden beri uygulanan yerleşik içtihadı “grup imtiyazı”nın tanınması yönündedir. Teori ile bağdaştırılması güç olan bu istisna, ilkesel kararlar ve öğreti ile kendini kabul ettiren bir hukuk haline gelmiştir. Bu yolla oluşan hukuka gerekli önemin verilmesi ve bu hukukun tanınması hukuk biliminin kabul ettiği bir olgudur*” denilerek yönetim kurulunda temsil hakkının hakka sahip gruplar için bir bütün olarak kullanılmak üzere tanındığına, hükmün gerekçesinin mülga TTK döneminde bu konuda bir hüküm öngörülmemiş olması sonucu yargı kararları ile oluşmuş teamüle yasal geçerlilik tanıma ihtiyacı olduğuna değinilmiştir.

Yönetim kurulunda temsil hakkının bir imtiyaz mı yoksa esas sözleşme ile tanınan bir grup hakkı mı olduğu konusundaki tartışmaların ardındaki pratik kaygı hakkın korunmasına yönelik hangi hükümlerin uygulanacağı sorununa dayanmaktadır⁶².

⁶¹ Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s. 426, Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, C: 2, s. 1261. Ölmez, *Belirli Grupların Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsili*, s. 70-71. Azlık dışında diğer gruplar için imtiyaz niteliği taşıdığı hakkında bkz. Eminoğlu, “TTK m.360 Hükmüne Göre Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkının Tanınabileceği Gruplar, Hakkın Hukuki Niteliği ve İcrası”, s. 340.

⁶² Baltalı, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazı*, s. 251-252. Bu durumda 360. maddede belirtilen grupların temsil edilme hakkının imtiyazlı pay sahipleri özel kuruluna ilişkin 454. madde hükmünce korunacağı konusunda bkz. Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s. 429.

Yönetim kurulunda temsil hakkının niteliği konusunda farklı görüşlerin mevcut olmasının nedeni, TTK'nın 478. maddesinde esas sözleşme değişikliği ile imtiyazın paylara tanınabileceği yönündeki hüküm olup hükmün lafzından imtiyazın ancak paylar için yaratılabileceği⁶³ anlamı çıkmaktadır. Ancak bir paya değil, belirli pay grubuna imtiyazın tanınması halinde bu imtiyaz pay sahipleri tarafından münferiden kullanılamayacak, yönetim kurulunda temsil hakkı ortak hareket ile grubu oluşturan pay sahipleri tarafından birlikte kullanılmak durumunda kalınacaktır⁶⁴. TTK m.360'da yönetim kurulunda temsil hakkı özellik ve nitelikleriyle bir grup oluşturan pay sahiplerine de tanınmış olmakla birlikte 478. maddede imtiyazın pay sahiplerine değil ancak paya tanınabileceği düzenlenmiş olup iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde pay yerine pay sahiplerine de imtiyaz tanınabilip tanınamayacağı tartışmasını ortaya çıkarmıştır⁶⁵. Yönetim kurulunda temsil hakkının imtiyaz olamayacağına ilişkin öğretilerdeki diğer görüş de bu nedenlerle hakkın bir imtiyaz olarak değerlendirilemeyeceğini, ancak esas sözleşmeye dayalı bir grup hakkı olarak nitelendirilebileceğini ifade etmektedir⁶⁶.

Çalışmanın ana konusunu teşkil eden azınlığın yönetim kurulunda temsil edilme hakkının imtiyaz niteliğinde olup olmadığı konusunda da öğretilerde fikir birliği yoktur. Öğretilerde bir görüş diğer pay grupları gibi azınlığın da yönetim kurulunda temsil edilme hakkının bir imtiyaz olduğunu ve bu kapsamda korunacağını kabul etmekte⁶⁷, diğer görüş ise azınlığın esas sözleşmede bir belirlilik ölçütü benimsenmeden sadece bir oran üzerinden tarif edilmesi halinde belirli bir paya tanınan üstünlükten söz edilemeyeceği, bu nedenle azınlığın yönetim kurulunda temsil hakkının bir imtiyaz değil ancak bir grup hakkı olduğunu ifade etmektedir⁶⁸.

⁶³ İmtiyazın ancak paya tanınabileceği, bir gerçek kişi ya da tüzel kişiye veya kuruma imtiyaz tanınamayacağı hakkında bkz. Kendigelen, *Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz*, s. 26.

⁶⁴ Biçer, *Anonim Ortaklıkta Oy Hakkında İmtiyaz ve. Sınırları*, s. 113. Bu durumda imtiyazın bir paya değil pay grubuna tanınmış olacağı, pay sahibinin de grup ile birlikte bu imtiyazı elde ettiği hakkında bkz. Memiş, "Grup İmtiyazının Kabul Edildiği Bankalarda Grup İçindeki Bütün Paylar Nitelikli Pay Sayılır mı?" s. 3109.

⁶⁵ Baltalı, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazı*, s. 256-262. Yazar bu hükümlerden imtiyazın pay sahiplerine tanınabileceği anlamının çıkmayacağını, özellik ve nitelikleriyle grup oluşturan pay sahiplerinin ancak esas sözleşmede öngörülen özellikleri taşıması halinde yönetim kurulunda temsil hakkına sahip olacağını ve sonuç olarak da bir pay grubu oluşturacağını, bu durumda da temsil hakkının yine paya bağlanmış sayılacağını ifade etmektedir. Yönetim kurulunda temsil edilme hakkının pay sahibi tarafından münferiden kullanılamayacağı, bu hakkın ancak hakka sahip olan gruba dahil pay sahiplerinin bütünü tarafından ortak bir kararla kullanılabileceği dikkate alındığında TTK'nın 448. ve 360. maddeleri arasında çelişki olmadığını anlaşılabileceği hakkında bkz. Biçer, *Anonim Ortaklıkta Oy Hakkında İmtiyaz ve. Sınırları*, s. 114-115.

⁶⁶ Kendigelen, *Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz*, s. 241.

⁶⁷ Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s. 429.

⁶⁸ Kendigelen, *Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz*, s. 241, Memiş, "Grup İmtiyazının Kabul Edildiği Bankalarda Grup İçindeki Bütün Paylar Nitelikli Pay Sayılır mı?" s. 3111.

İmtiyazın düzenlendiği TTK'nın 478. maddesinin 3. fıkrasında ise ana kuralla bir istisna getirilerek 360. madde hükmünün saklı olduğu hükme bağlanmıştır. Kanaatimizce 360. maddenin gerekçesinde de hükmün 478. maddeye getirilen bir istisna olduğu yönündeki ifade de bu konudaki tartışmaları sona erdirmeyi amaçlamıştır ve yargı içtihatları ile uyum sağlamak üzere ihdas edilen açık kanun hükmü gereğince yönetim kurulunda temsil hakkının 360. maddede belirtilen tüm gruplar ve azınlık yönünden imtiyaz niteliğinde olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

D. YÖNETİM KURULUNDA AZINLIK TEMSİLCİSİ BELİRLEME YÖNTEMLERİ

Yönetim kurulunda temsil edilme hakkına sahip olan azınlığın diğer gruplarla birlikte bu haklarını kullanabilme usulü, TTK m.360 c.2'de ifade edilmiştir. Buna göre, *“yönetim kurulu üyelerinin, belirli bir grup oluşturan pay sahipleri, belirli pay grupları ve azlık arasından seçileceğine dair esas sözleşmeye hüküm konulabileceği gibi, esas sözleşmede yönetim kurulu üyeliği için bu gruplara aday önerme hakkı da tanınabilir.”*

Kanun hükmü yönetim kuruluna temsilci seçimine ilişkin izlenebilecek iki usul belirlemiş olup temsilci seçimi usulü sınırlı sayı ilkesine tabidir⁶⁹. Bununla birlikte kanun, sayılan usullerden hangisinin kullanılacağını esas sözleşmeye bırakmıştır. Dolayısıyla iki yöntemden hangisinin seçileceğini esas sözleşmeye konulacak hüküm belirleyecektir.

Her iki durumda da yönetim kurulu üyelerinin seçiminin, genel kurulun devredilemez yetkilerinden olması sebebiyle belirli pay grupları ve özellik ve nitelikleri itibarıyla belirli bir grup oluşturan pay sahipleri ile azınlığa yönetim kuruluna doğrudan üye seçme imkânı tanınamayacaktır⁷⁰.

360. maddede belirlenen usullerden biri tercih edilerek seçilen temsilcinin herhangi bir sebeple yönetim kurulu üyeliğini kaybetmesi halinde, yönetim kurulunca yine esas sözleşmede tercih edilen usule göre bir geçici üye belirleyerek toplanacak ilk genel kurulun onayına sunması gerektiği öğretide kabul edilmektedir⁷¹.

TTK'nın yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanıdığı bu gruplar için 360. maddede bir sınırlama da öngörülmüştür. Buna göre tanınacak temsil edilme hakkı, halka açık anonim şirketlerde yönetim kurulu üye sayısının yarısını aşamayacaktır.

⁶⁹ Eminoğlu, “TTK m.360 Hükmüne Göre Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkının Tanınabileceği Gruplar, Hakkın Hukuki Niteliği ve İcrası”, s. 346.

⁷⁰ Sevi, “Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı”, s. 452.

⁷¹ Sevi, “Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı”, s. 454.

1. Temsilci Yönetim Kurulu Üyesinin Azınlık veya Diğer Gruplar Arasından Seçilmesi Yöntemi

Belirli gruplar arasından temsilci seçimi yönteminde genel kurul (pratikte oy çoğunluğunu elinde bulunduran egemen güç), temsil hakkına sahip olan azınlık veya belirli pay grupları, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahipleri arasından temsilciyi seçecektir⁷². Dolayısıyla burada azınlığın aday önerme hakkı bulunmamaktadır. Bu nedenle temsilcinin azınlık arasından genel kurulca seçilmesi durumunda bir aday önerme toplantısı yapılmayacaktır⁷³. Esas sözleşmede belirli gruplar arasından temsilci seçimi yönteminin benimsendiği durumda genel kurul, azınlığın temsilcinin belirlenmesi konusundaki önerisi ile bağlı olmayacaktır⁷⁴.

Burada aday azınlık arasından dahi olsa genel kurulca seçileceği için çoğunluk ilkesi geçerli olacak, temsilci grup içinden seçildiği takdirde gruba dahil tüm pay sahipleri için bağlayıcı olacaktır⁷⁵.

Her ne kadar genel kurulun, azınlığın aday önerisi ile bağlı olmadığı belirtilmiş olsa da öğretide bir görüşe göre⁷⁶ azınlığın oybirliği ile önermiş olduğu temsilcinin genel kurulca reddedilerek başka bir kişinin temsilci olarak seçilmesi durumunda, bunun dürüstlük kuralına aykırı olduğu gerekçesiyle genel kurul kararının iptalinin talep edilebilmesi mümkündür. Bu konuda başka bir görüş, esas sözleşmede temsilcinin belirli gruplar arasından genel kurulca seçileceğinin öngörülmesi halinde, temsilcinin azınlık ya da diğer pay grupları arasından seçilmesi şartıyla, genel kurulun azınlık tarafından önerilen adayla bağlı olmayacağı ve temsilci seçme işleminin geçerli olacağını kabul etmektedir⁷⁷. Kanaatimizce ikinci görüş hüküm lafzına daha uygundur, zira 360. maddeye göre esas sözleşmede zaten azınlığa temsilci belirlemede aday önerme hakkı kararlaştırılabilmesi

⁷² Seçilen üyenin görev süresi dolmadan istifa, azil gibi sebeplerle görevinin sona ermesi durumunda boşalan üyenin yerine seçilecek üyenin de yine esas sözleşme hükümlerine uyularak ilgili gruplar arasından seçilmesi gerektiği konusunda bkz. Kendigelen, *Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz*, s. 260.

⁷³ Karasu, "Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Yönetime Katılma Yöntemleri", s. 1914, Falcıoğlu, *Azınlığın Yönetim Kurulunda Temsili/Ulusoy*, s. 222.

⁷⁴ Kırca, Şehirali Çelik, Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku Cilt: 1*, s. 436, Karasu, "Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Yönetime Katılma Yöntemleri", s. 1914, Eminoğlu, "TTK m.360 Hükümüne Göre Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkının Tanınabileceği Gruplar, Hakkın Hukuki Niteliği ve İcrası", s. 347.

⁷⁵ Kırca, Şehirali Çelik, Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku Cilt: 1*, s. 433.

⁷⁶ Kırca, Şehirali Çelik, Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku Cilt: 1*, s. 436. Karasu, "Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Yönetime Katılma Yöntemleri", s. 1914.

⁷⁷ Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi, C: 2*, s. 1258, Falcıoğlu, *Azınlığın Yönetim Kurulunda Temsili/Ulusoy*, s. 223. Genel kurulun hakka sahip grup arasından temsilcinin seçimi konusunda serbest olduğu ancak bahse konu grup paylarının tek bir pay sahibine ait olması halinde genel kurulun bu pay sahibini temsilci olarak seçmesi gerektiği hakkında bkz. Kendigelen, *Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz*, s. 261. Ancak yazar, temsilci seçimine ilişkin esas sözleşme hükümlerine riayet edilmemesi halinde seçim kararlarının iptal edilebileceğini ifade etmektedir.

mümkündür. Eğer esas sözleşmede azınlığa temsilci belirlemede aday önerme hakkı tanınmayıp temsilcinin genel kurul tarafından azınlık içinden seçileceği öngörülmüşse bu durumda azınlığın önereceği adayın bağlayıcı olmayacağını kabul etmek gerekecektir.

2. Temsilci Yönetim Kurulu Üyeliği İçin Azınlığın ve Diğer Grupların Aday Önermesi Yöntemi

Esas sözleşmede temsilci yönetim kurulu üyesinin grupların aday önermesi suretiyle seçilmesi yolu tercih edilmişse, genel kurulun seçeceği temsilci adayını ilgili grup ve azınlık belirleyecektir⁷⁸. Burada üzerinde durulması gerekli öncelikli husus grubun önerdiği adayın bağlayıcılığı hususudur⁷⁹. TTK m.360 c.3 bu konuyu açıklığa kavuşturmuştur. Buna göre *yönetim kurulu üyeliğine önerilen adayın veya hakkın tanındığı gruba ve azlığa mensup adayın, seçilmesinin önünde haklı bir sebep bulunması hali istisna olmak üzere genel kurul tarafından yönetim kurulu üyesi olarak seçilmesi zorunludur*. Hüküm tartışmaya yer bırakmayacak kadar açık olup, haklı bir sebep bulunmadıkça azınlığın belirlediği temsilciyi, genel kurul seçmek durumunda kalacaktır⁸⁰. Ancak bu hüküm temsilcinin doğrudan azınlık tarafından seçildiği anlamına gelmemektedir. Temsilci seçimine ilişkin karar her durumda genel kurul tarafından alınmaktadır⁸¹.

Öğretide, 360. maddede “*yönetim kurulu üyeliği için aday önerme hakkından*” bahsedildiğinden azınlık lehine getirilen bu imkânın, esas sözleşme ile tanıyan bir azınlık hakkı mahiyetinde olduğu belirtilmektedir⁸².

⁷⁸ Yönetim kurulu üyesinin azınlık veya ilgili grup arasından seçilme yönteminden farklı olarak, adayın azınlık veya diğer gruplar tarafından aday önerme yöntemi ile seçilmesi usulünde, adayın azınlık veya diğer gruplara mensup olma şartının aranmayacağı hakkında bkz. Sevi, “Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı”, s. 453.

⁷⁹ Seçim yetkisinin genel kurulda olmasına rağmen seçilecek üye konusunda genel kurulun serbestisine sınırlama getirilmiş olmasından dolayı sistemin karma yapı olarak nitelendirilmesi hakkında bkz. Kırca, Şehirali Çelik, Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku Cilt: 1*, s. 436.

⁸⁰ Kaya, “Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları”, s. 148. Öneri hakkının, genel kurulun serbest seçimini tamamen sınırlandırmadığı, haklı sebeplerin varlığı ve öngörülen kişisel ve özel niteliklerin önerilen kişide bulunmaması durumlarında genel kurulun adayı seçmesi gerektiği hakkında bkz. Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi, C: 1*, s. 986-987. Düzenlemenin çoğunluk pay sahiplerinin kötüye kullanımına müsait olduğu, çoğunluk pay sahiplerinin herhangi bir gerekçeyi haklı neden olarak kabul edip hakka sahip grubun genel kurul kararının iptali davası açarak bu konuda karar alma süreci boyunca şirketi azınlık temsilcisi olmadan yönetebileceği hakkında bkz. Moroğlu, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler*, s. 170. Yazar ilgili grubun veya azınlığın önerdiği temsilcinin seçimi zorunlu tutularak haklı nedenlerin varlığı halinde şirket veya pay sahiplerinin bu seçimin iptalini dava edebileceği yönünde bir hükmün ihdas edilebileceğini ve sorunun bu şekilde çözülebileceğini belirtmektedir.

⁸¹ Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki hükmün de bu doğrultuda olduğu konusunda bkz. Çeker, “Anonim Ortaklıklarda Pay Sahiplerinin Yönetime Katılması”, s. 46; Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, *Schweizerisches, Schweizerisches Aktienrecht*, s. 289; Karasu, “Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Yönetime Katılma Yöntemleri”, s. 1914; Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s. 428.

⁸² Falcioğlu, *Azınlığın Yönetim Kurulunda Temsili/Ulusoy*, s. 223.

Pay gruplarının temsilciyi nasıl seçeceği değinilmesi gereken bir diğer konudur. Azınlık ya da temsil edilme hakkına sahip diğer gruplar tek bir pay sahibinden oluşuyorsa ilgili pay sahibinin temsilcinin belirlenmesine yönelik beyanı yeterlidir⁸³. Ancak azınlık birden fazla pay sahibinden oluşuyorsa temsilcinin seçimi muhakkak pay grupları arasında yapılacak bir toplantıda gerçekleşmek zorundadır⁸⁴. Yapılması gerekli toplantıya ilişkin TTK’da hüküm bulunmamakta olup bu hususun esas sözleşme ile kararlaştırılması gerekmektedir⁸⁵. Öğretide azınlığın ve temsil edilme hakkına sahip diğer grupların adaylarını yapılacak özel bir toplantıda belirlemelerinin gerektiği⁸⁶, yapılacak toplantının genel kurul toplantısından önce veya genel kurul esnasında yapılacağı kararlaştırılabileceği ifade edilmektedir⁸⁷. TTK’nın 407. maddesinde genel kurul toplantısında Bakanlık temsilcisinin bulunması zorunlu tutulmuş olmakla birlikte yönetim kurulunda temsil edilme hakkına sahip azınlığın ve diğer grupların aday belirleme toplantısı genel kurul toplantısı mahiyetinde olmadığından Bakanlık temsilcisinin aday belirleme toplantısına katılması zorunluluğu bulunmamaktadır.

Aynı şekilde, pay grubu arasında yapılacak toplantıda temsilcinin seçimine ilişkin nisap konusunda da kanunda hüküm yoktur. Temsilcinin seçiminde esas alınacak nisap konusunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmüş olup, bunlardan ilkinе göre⁸⁸ aday önerme hakkının imtiyaz niteliğinde olmasının doğal sonucu olarak imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunda toplantı ve karar yeter sayısını düzenleyen TTK m.454 f.3 uygulanmalı ve grubu oluşturan sermayenin %60’ının çoğunluğu ile toplanılarak toplantıya katılanların çoğunluğu ile seçime ilişkin karar verilmelidir. Diğer görüşe göre ise⁸⁹ bir haktan yararlanılması söz konusu olduğundan genel toplantı ve karar yeter sayıları yeterlidir.

⁸³ Kendigelen, *Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz*, s. 262; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, C: 2, s. 1263, Emiñoğlu, “TTK m.360 Hükümüne Göre Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkının Tanınabileceği Gruplar, Hakkın Hukuki Niteliği ve İcrası”, s. 348.

⁸⁴ Kendigelen, *Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz*, s. 261; Ömer Teoman, “Yönetim Kurulunda Aday Gösterme Ayrıcalığına Sahip Bir Grubun Yapacağı Özel Toplantıda Uygulanacak Yetersayılar”, Otuz Yıl Ticaret Hukuku, Tüm Makalelerim, C. II, (İstanbul 2001), s. 398; Biçer, *Anonim Ortaklıkta Oy Hakkında İmtiyaz ve Sınırları*, s. 113.

⁸⁵ Esas sözleşmede hüküm bulunmaması halinde Kanunun imtiyazlı pay sahipleri genel kuruluna ilişkin hükümlerinin kıyasen tatbik edilmesi gerektiği hakkında bkz. Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s. 428.

⁸⁶ Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, C: 2, s. 1263, Karasu, “Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Yönetime Katılma Yöntemleri”, s. 1914.

⁸⁷ Falcioğlu, Azınlığın Yönetim Kurulunda Temsili/Ulusoy, s. 225. Uygulamada bu toplantının çoğunlukla genel kurul toplantısından kısa bir süre önce yapıldığına ilişkin bkz. Teoman, “Yönetim Kurulunda Aday Gösterme Ayrıcalığına Sahip Bir Grubun Yapacağı Özel Toplantıda Uygulanacak Yetersayılar”, s. 401. Bu durumda aday belirleme toplantısının yerinin ve zamanının, genel kurul için yapılacak ilanla birlikte duyurulmasının uygun olacağı hakkında bkz. Ali Murat Sevi, “Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı”, s. 452.

⁸⁸ Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, C: 2, s. 1263, Falcioğlu, Azınlığın Yönetim Kurulunda Temsili/Ulusoy, s. 227, Emiñoğlu, “TTK m.360 Hükümüne Göre Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkının Tanınabileceği Gruplar, Hakkın Hukuki Niteliği ve İcrası”, s. 348.

⁸⁹ Kırca, Şehirali Çelik, Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku Cilt: 1*, s. 435, Sevi, “Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı”, s. 453. Haktan yararlanmanın zorlaştırıl-

Kanaatimizce azınlığın yönetim kuruluna aday önerme hakkı imtiyaz niteliğinde olmakla birlikte TTK'nın 454. maddesi, genel kurulca esas sözleşmenin değiştirilmesine, yönetim kuruluna sermayenin artırılması konusunda yetki verilmesine karar verilmesi halinde yönetim kurulunun sermayenin artırılmasına ilişkin kararının imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edecek mahiyette olması ihtimaline özgü, imtiyazlı pay sahiplerini koruma maksadıyla getirilmiş bir hüküm olduğundan ve azınlığı yönetim kurulunda temsil edilecek adayın seçimi hususu henüz azınlığın bir iç ilişkisi niteliğinde olup ortada imtiyazlı hak sahiplerinin haklarını ihlal edecek bir durum mevcut olmadığından 454. maddenin uygulanması adayın belirlenmesini güçleştirmekten başka bir sonuç doğurmayacaktır. Bu nedenle azınlığın yönetim kurulunda temsili için aday belirleme toplantısında genel toplantı ve karar yeter sayılarının uygulanmasının yeterli olacağı düşüncesindeyiz.

Temsil edilme hakkına sahip olan azınlığın herhangi bir nedenle bağlayıcı adayı belirleyememesi durumunda ne yapılacağı konusunda da farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre temsilci belirleme hakkının kullanılmaması halinde bu durum feragat olarak değerlendirilerek temsilci seçme hakkı tekrar genel kurula ait olacak⁹⁰, diğer görüşe göre ise temsil edilme hakkına sahip olan grubun her pay sahibi yönetim kuruluna aday olabilecek ve genel kurul da bu adaylardan birini temsilci olarak belirleyebilecektir⁹¹. Bu konuda temsilcinin belirlenmesi hakkının toplantı veya karar yeter sayısının sağlanamaması sebebiyle kullanılmamasını feragat olarak değerlendirmenin azınlık haklarının amacına aykırı bir yorum olacağını, bu nedenle grubu oluşturan her pay sahibine aday olma hakkı tanınmanın azınlık haklarının ruhuna daha uygun bir yorum olduğunu düşünmekteyiz.

3. Temsilen Seçilen Yönetim Kurulu Üyesinin Hak Sahibi Azınlık Karşısındaki Hukuki Konumu

TTK m.360'a göre seçilen yönetim kurulu üyesinin diğer yönetim kurulu üyeleri ile arasında bir farklılık bulunup bulunmadığı konusunda kanunda hüküm bulunmamaktadır. Öğreti de 360. maddeye göre seçilen yönetim kurulu üyesinin

maması gerektiği ile alakalı bkz. Teoman, "Yönetim Kurulunda Aday Gösterme Ayrıcalığına Sahip Bir Grubun Yapacağı Özel Toplantıda Uygulanacak Yetersayılar", s. 400. Yazar aday belirleme toplantısında toplantı yeter sayısının da aranmaması gerektiğini kabul etmektedir. Temsilci seçimine ilişkin kararların esas sözleşme değişikliğine ilişkin kararlarla bir ilgisinin bulunmadığı, ayrıca temsilci seçiminin formalitelerle zorlaştırılmaması gerektiği hakkında bkz. Kendigelen, *Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz*, s. 262-269.

⁹⁰ Teoman, "Yönetim Kurulunda Aday Gösterme Ayrıcalığına Sahip Bir Grubun Yapacağı Özel Toplantıda Uygulanacak Yetersayılar", s. 400, Karasu, "Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Yönetime Katılma Yöntemleri", s. 1914, Eminoğlu, "TTK m.360 Hükmüne Göre Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkının Tanınabileceği Gruplar, Hakkın Hukuki Niteliği ve İcrası", s. 349, Sevi, "Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı", s. 453.

⁹¹ Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, C: 2, s. 1264.

hak ve yükümlülükler yönünden diğer yönetim kurulu üyelerinden bir farkının olmadığını kabul etmektedir⁹². Buna göre azınlık temsilcisi de diğer yönetim kurulu üyeleri gibi bilgi alma, soru sorma, inceleme yapma haklarına sahip, aynı zamanda şirketin sırlarını saklama ve sadakat yükümlülüğüne tabi olacaktır.

Elbette azınlık tarafından seçilen yönetim kurulu üyesinin seçilmesini sağlayan azınlık ile bağlantılı olması kaçınılmazdır, temsilci yönetim kurulu üyeliğini azınlığa borçlu olduğu gibi azınlık tarafından seçilme yönteminde doğrudan azınlığın belirlemesiyle, aday önerme yönteminde de gösterilen adaylardan biri olması gerekçesiyle genel kurulca haklı bir gerekçe olmaksızın seçilmesine engel olunamamaktadır. Sonuç olarak temsilci yönetim kurulu üyesi ile azınlık arasında sıkı bir ilişkinin olması kaçınılmazdır.

Yönetim kurulu üyelerinin şirket yönetiminde aktif olan pay sahipleri ile bağlantılı olmasını yasaklayan bir hüküm yoktur. Bununla birlikte diğer yönetim kurulu üyeleri gibi azınlık temsilcisi de şirketin sırlarını saklama ve sadakat yükümlülüğü altındadır. Azınlık ile yönetim kurulu temsilcisi arasındaki ilişkinin çerçevesini de bu hususlar belirleyecektir. Bu doğrultuda temsilci, TTK m.392'den doğan bilgi alma ve inceleme hakkını kullanabilmekle birlikte edindiği bilgileri temsilcisi olarak seçildiği azınlık ile paylaşmasının sınırını şirket sırlarını saklama yükümlülüğü çizecektir⁹³. Benzer şekilde, temsilcinin azınlık ile arasındaki ilişkiye dayalı olarak şirket yönetiminden doğan yükümlülüklerini ihlal etmemek kaydı ile temsilcisi olduğu azınlıktan talimat alabileceği, ancak şirket yönetiminden doğan yükümlülüklerin ihlali halinde yaptığı işlemleri talimat gereği yerine getirmiş olmasının sorumluluğunu kaldırmayacağı, bununla birlikte sadakat yükümlülüğü çerçevesinde yerine getirilmeyen talimatlardan dolayı da temsilcinin sorumluluğuna gidilemeyeceği kabul edilmektedir⁹⁴.

Azınlık ile temsilcisi arasındaki hukuki ilişkiye dair öğretilerde farklı kanaatler mevcuttur. Bir görüş azınlık ile temsilcisi arasında üye olarak seçiminden önce bir hukuki ilişkinin mevcut olabileceğini, seçimden önce böyle bir ilişkinin mevcut olmaması halinde seçim ile bir vekalet benzeri bir hukuki ilişkinin doğacağını kabul etmektedir⁹⁵. Bir diğer görüş ise temsilcinin azınlık ile arasında hukuki bir bağ kurulduğunu kabul etmekle birlikte şirkete karşı da sadakat yükümlülüğünün mevcut bulunduğunu gözeterek azınlık ile temsilcisi kendiliğinden vekalet benzeri bir ilişkinin kurulmayacağını ifade etmektedir⁹⁶. Kanaatimizce üye

⁹² Kırca, Şehirali Çelik, Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku Cilt: 1*, s. 438, Sevi, "Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı", s. 455.

⁹³ Ölmez, *Belirli Grupların Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsili*, s. 270.

⁹⁴ Kendigelen, *Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz*, s. 290-291.

⁹⁵ Kendigelen, *Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz*, s. 290. Ölmez, *Belirli Grupların Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsili*, s. 270.

⁹⁶ Baltalı, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazı*, s. 286, Sevi, "Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı", s. 455.

seçiminden önce azınlık ile temsilci arasında bir hukuki işlem mevcut değilse temsilci olarak seçimi ile kendiliğinden bir vekalet ilişkisinin doğduğunu kabul edebilmek, ortada bir sözleşme yokken tarafları bunun hüküm ve sonuçlarından sorumlu tutmak anlamına gelir ki kanunda da temsilcinin böyle bir yükümlülüğü olduğuna değinilmediğinden temsilciyi vekalet ilişkisinin tüm yükümlülüklerinden ötürü sorumlu tutmak doğru olmayacaktır. Yönetim kurulu üyesinin temsilen seçildiği azınlığın menfaatleri ile şirket yönetimine ilişkin yükümlülükleri arasındaki denge gözetilmeksizin aşılması ihtimali, bir hukuki ilişkinin varlığı ya da yokluğu konusunda belirleyici olmayacak, ancak uygulanacak müeyyidelerin tespiti için önem arz edecektir.

IV. TTK M.360 HÜKMÜNÜN İHLALI VE SONUÇLARI

Temsil edilme hakkı tanınan pay gruplarının tespiti ve seçilme usulüne ilişkin ayrıntılı hüküm içermekteyse de TTK m.360'ta bu pay gruplarına tanınan temsil edilme hakkının genel kuruldaki çoğunluk tarafından ihlali halinde ne yapılacağı konusunda kanunda bir düzenlemeye gidilmemiştir⁹⁷.

Madde metni incelendiğinde, genel kurula pay sahiplerinin belirlediği adayı ancak haklı nedenlerle kabul etmeme yetkisi verilmiş olsa da bu durum yalnızca genel kurula verilmiş bir yetki mahiyetinde olup haklı nedenlerin bulunmadığı durumlarda temsil hakkının ihlali konusunda ne yapılması gerektiği ile ilgili hiçbir hüküm getirilmemiştir. Konuyu düzenleyen hüküm yokluğunda ilk akla gelen, kanun koyucunun konuya ilişkin hükmü belirlemeyi esas sözleşme ile taraflara bırakmış olduğudur. Ancak esas sözleşmeye de temsil edilme hakkının ihlali durumunda ne yapılacağı ile ilgili bir hüküm konulmamış ise uyumsuzluk da çözümsüz kalacaktır.

Pay gruplarıncı önerilen adayın seçilmemesini gerektiren haklı nedenlere öğretide⁹⁸, TTK m.363 f.2 de sayılan üyeliğin kendiliğinden boşalmasını gerektiren haller, önerilen kişinin ehliyetsizliği ve önerilen temsilci adayının seçilmesi halinde rekabet yasağının ihlal edilebileceği durumlar örnek verilmiştir.

Önerilen adayın genel kurulca reddinin haklı bir sebebe dayanmaması halinde ise öğretide, bu durumun iptal davasına konu edilebileceği savunulmaktadır⁹⁹. Genel kurul kararlarının iptalini düzenleyen TTK'nın 445. maddesi "*kanun veya esas sözleşme hükümlerine ve özellikle dürüstlük kuralına aykırı olan genel kurul kararları aleyhine*" iptal davası açılabilirliğini öngörmüş olup bu görüşe göre pay gruplarının temsil edilme hakkının ihlali de kanun ve eğer belirtilmişse

⁹⁷ TTK m.360 hükmüne aykırılığın, ihlal edilen Kanun hükmüne göre yokluk, butlan ya da iptal edilebilirlik müeyyidesine tabi olabileceği konusunda bkz. Karasu, "Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Yönetime Katılma Yöntemleri", s. 1914.

⁹⁸ Falcioğlu, Azınlığın Yönetim Kurulunda Temsili/Ulusoy, s. 230.

⁹⁹ Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, *Schweizerisches, Schweizerisches Aktienrecht*, s. 290, Sevi, "Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı", s. 453.

esas sözleşme hükümlerinin de ihlali anlamına geleceğinden iptal davasına konu edilebilecektir. Bu durumda mahkeme de temsil edilme hakkının ihlalinin haklı nedenlere dayanıp dayanmadığını araştırarak, hükmü buna göre tesis edecektir¹⁰⁰. Öğretide bir görüş mahkemece iptal kararı verilmesi üzerine genel kurulun yeniden toplanarak seçimin yenilenmesi gerektiğini ifade etmekte¹⁰¹, diğer görüş ise genel kurul kararının iptalinin talep edilmesinin fonksiyonel olmayacağı, iptal

¹⁰⁰ Nitekim anonim şirketlerde esas sözleşme ile pay sahibine tanınan yönetimde belli bir süre ile bir üye tarafından temsil edilme hakkının pay sahibinin örtülü ya da açık rızası olmadan genel kurul kararı ile ortadan kaldırılıp kaldırılamayacağına ilişkin açılan davada Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 9.12.2020, 11-140/1013 sayılı kararı ile “*Davalı şirketin 1991 yılında kurulduğu ve davacının davalı şirketin kurucu ortaklarından olduğu, davalı şirketin 2005 yılı olağan genel kurul toplantısında esas sözleşmenin 7. maddesinin değiştirildiği ve esas sözleşmeye “geçici madde 5” eklendiği, esas sözleşmenin değiştirilen 7. maddesiyle davalı şirketin kurucu ortaklarına yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanındığı ve davacının da bir üye ile yönetim kurulunda temsil edileceğinin düzenlendiği, esas sözleşmeye eklenen “geçici madde 5” ile de yönetim kurulunda bir üye ile temsil edilme hakkına sahip olan kurucu ortakların bu haklarının 21 yıl süreyle saklı olduğunun belirtildiği anlaşılmaktadır. Davalı şirketin dava konusu sonraki tarihli olağan genel kurul toplantısında, esas sözleşmenin “Yönetim kurulu 9 üyeden oluşur. Yönetim kurulunda; TOBB üç, KOSGEB iki, HALKBANK bir, TESK bir, MEKSA bir ve TOSYÖV bir üye ile temsil edilirler” şeklindeki 7. maddesi; “Şirket Yönetim Kurulu 9 (dokuz) üyeden oluşur. Bu üyelere dört üye şirket ortağı KOSGEB’in sahip olduğu paylara bu ana sözleşme maddesi gereğince tanınan imtiyaz ile pay sahibi KOSGEB’in göstereceği adaylar arasından; kalan beş üye ise TOOB’un sahip olduğu paylara bu ana sözleşme maddesi gereğince tanınan imtiyaz ile pay sahibi TOBB’un göstereceği adaylar arasından şirket Genel Kurulunca seçilir” şeklinde değiştirilmiş; ayrıca “Genel Kurul kararına binaen MEKSA, TOSYÖV, TESK ve HALKBANK’ın yönetim kurulunda birer üye ile temsil edilme hakları, işbu Genel Kurul Kararının tescilinden itibaren 21 yıl süreyle saklıdır” şeklindeki “geçici madde 5” ise kaldırılmıştır. Dava konusu diğer genel kurul toplantılarına ise yeni oluşturulan yönetim kurulu tarafından çağrı yapılmıştır. 6762 Sayılı TTK döneminde davalı şirketin kurucu ortaklarına 2006 tarihli esas sözleşme değişikliği ile tanınan yönetimde belli bir süre ile bir üye tarafından temsil edilme hakkı; paya bağlanan bir hak olmayıp, pay sahibine esas sözleşme ile tanınan sözleşmesel bir hak niteliğindedir. 6762 Sayılı TTK döneminde davacıya tanınan bu hak, sözleşmesel temele dayanan bir hak olduğundan sadece ilgililerin muvafakatı ile kaldırılabilir veya sınırlandırılabilir kabul edilmelidir. 6103 S.K. 28/2 maddesinde; 6762 Sayılı eski TTK zamanında ve 6102 Sayılı TTK’nin kabul edilmesinden en az bir yıl önce esas sözleşme hükmü ile bazı pay gruplarına (belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine) tanınmış olan yönetim kurulu üyeliği için aday gösterme hakkı müktesep hak sayıldığı; 6102 Sayılı TTK’nin 360. maddesi gereğince de artık belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine de yönetimde temsil edilme hakkı tanınmasının mümkün olduğu gözetildiğinde davacıya tanınan yönetim kurulunda belli bir süre ile bir üye tarafından temsil edilme hakkı emredici hükümler ilkesine de aykırılık oluşturmayacaktır. 2006 tarihli esas sözleşme ile davacıya tanınan yönetim kurulunda belli bir süre ile bir üye tarafından temsil edilme hakkının sadece davacının muvafakatı ile kaldırılabilirliği, davacının bu hakkını kaldırılan genel kurul kararlarının geçersizliğinin dava edilmesi genel kurul kararlarının iptalini düzenleyen 6762 Sayılı TTK’nin 381. maddesinde belirtilen koşullarına tabi olmadığı gözetilerek davadaki talepler buna göre değerlendirilmelidir.” içtihadında bulunmuştur. (Kazancı içtihat programı <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/hgk-2017-11-140.htm>) Kararı yorumlamak gerekirse, uyumsuzluğa konu olayda davacı şirketin kurucu ortaklarından olup 6762 sayılı TTK döneminde sahip olduğu yönetim kurulunda temsil hakkı Yüksek Mahkemece imtiyaz olarak dahi kabul edilmemekle birlikte sözleşmeye dayalı bu hakkının, esas sözleşme ihlali bir yana, esas sözleşmenin değiştirilmesi yolu ile dahi ortadan kaldırılamayacağı kabul edilmiştir. Karar, somut olayda esas sözleşme değişikliği için gerekli çoğunluk sağlanarak yapılan değişikliğin bile, (imtiyaz olarak kabul edilmesinde de) yönetim kurulunda temsil edilme hakkını ortadan kaldıramayacağına hükmedilmesi yönüyle önemli bulunmaktadır.*

¹⁰¹ Kendigelen, *Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz*, s. 282.

talebi ile birlikte, azınlık tarafından önerilen adayın seçilmesini talep etmenin amaca uygun olacağını kabul etmektedir¹⁰². Kanaatimizce de mahkemenin iptal kararı aynı zamanda temsilci seçimine ilişkin bir karar olarak yorumlanamayacaktır, zira yalnızca iptal talebi üzerine taleple bağlılık ilkesi gereği mahkeme iptal kararı vermekle yetinecek, azınlığın temsilcisinin belirlenmesine yönelik bir hükmü resen tesis edemeyecektir. Bu nedenle açılacak davada genel kurul kararının iptali ile birlikte önerilen adayın seçilmesini talep etmenin amaca ve hukuk yargılamasına daha uygun olacağı düşüncesindeyiz.

Açılacak iptal davasını koşulları yönüyle inceleyecek olursak, öğretide bir görüş, TTK m.446/1-b'de sayılan hallerin sınırlı sayı ilkesine tabi olmadığını göz önüne alarak, müktesep hakların ihlali halinde de genel kurula katılmamış olursa ya da katılmış olmakla birlikte karara muhalif yönde oy kullanılıp bu tutanağa geçirilmemiş olursa bile hak sahibi tarafından iptal davasının açılabilirliğini belirtmektedir¹⁰³. Bu görüş doğrultusunda kanunda iptal sebepleri arasında sayılmamakla birlikte azınlık haklarının da müktesep hak oluşu kabul edildiğinde yönetim kurulunda temsil edilme hakkının önerilen adayın reddedilmesi suretiyle engellenmesi halinde azınlık, genel kurula katılmamış olsa ya da katılmakla beraber muhalif kalıp bunu tutanağa geçirmese bile iptal davası açma hakkını kullanabilecektir. Bir diğer görüş ise TTK 446/1-b hükmünde sayılan hallerin sınırlı sayı ilkesine tabi olduğunu, bu sebeple çağrının usulüne göre yapılmaması, gündemin gereği gibi ilan edilmemesi, genel kurula katılma yetkisi bulunmayan kişilerin veya temsilcilerinin toplantıya katılıp oy kullanması, pay sahibinin genel kurula katılmasına ve oy kullanmasına haksız olarak izin verilmemesi ve bu aykırılıkların genel kurul kararının alınmasında etkili olması hallerinde toplantıya katılma ve oy kullanma şartının aranmayacağı, bunların dışında iptal davası açılabilmesi için toplantıda hazır bulunulup karara olumsuz oy verilmesi ve bu muhalefetin tutanağa geçirilmesi gerektiğini kabul etmektedir¹⁰⁴. Kanaatimizce TTK m.446/1-b hükmünün lafzından sınırlı bir sayım olduğu ifadesi anlaşıldığından azınlığın da açacağı iptal davasında toplantıda hazır bulunularak karara olumsuz oy verilmesi ve bu muhalefetin tutanağa geçirilmesi gerekmektedir.

Bu durumda kimlerin dava açmaya yetkili olduğu konusu akla gelecektir. Azınlık tarafından önerilen adayın genel kurulca reddi halinde TTK m.445 hükmünün uygulanacağı kabul edildiğinde, m.445'te iptal davasını m.446'da belirtilen kişilerin ikame edebileceği düzenlendiğinden azınlıkla veya temsil edilme hakkı ihlal edilen pay gruplarıyla beraber m.446'da sayılan, toplantıda hazır bulunsun veya bulunmasın, olumsuz oy kullanmış olsun ya da olmasın, çağrının usulüne göre yapılmadığını,

¹⁰² Kırca, Şehirli Çelik, Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku Cilt: 1*, s. 438.

¹⁰³ Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi, C: 2*, s. 1112.

¹⁰⁴ Ünal Tekinalp, *Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları*, (İstanbul 2012), s. 68.

gündemin gereği gibi ilan edilmediğini, genel kurula katılma yetkisi bulunmayan kişilerin veya temsilcilerinin toplantıya katılıp oy kullandıklarını, genel kurula katılmasına ve oy kullanmasına haksız olarak izin verilmediğini ve yukarıda sayılan aykırılıkların genel kurul kararının alınmasında etkili olduğunu ileri süren pay sahiplerinin; yönetim kurulunun ve kararların yerine getirilmesi kişisel sorumluluğuna sebep olacaksa yönetim kurulu üyelerinden her birinin de iptal davası açabileceğinin kabulü gerekir¹⁰⁵. Ancak bu durumda TTK m.446’da belirtilen usulün izlenmesi gerekecektir.

İptal davası ikame edebilme imkanı dışında azınlığın temsil edilme hakkının ihlali halinde bu durumun başka bir geçersizlik kapsamında değerlendirip değerlendirilemeyeceği düşünülebilir. Öğretide bir görüş TTK m.360 hükmünün emredici nitelikte olduğunu, kanunda anonim şirketler için öngörülen tüm emredici hükümlere aykırılık hallerinin de butlan ile sakat olduğunu kabul etmekte¹⁰⁶, bunun sonucunda da yönetim kurulunda temsil hakkının ihlali durumunda butlan neticesine varılmaktadır. TTK’nın 447. maddesinde genel kurulun; pay sahibinin, genel kurula katılma, asgari oy, dava ve kanundan kaynaklanan vazgeçilemez nitelikteki haklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran, pay sahibinin bilgi alma, inceleme ve denetleme haklarını, kanunen izin verilen ölçü dışında sınırlandıran, anonim şirketin temel yapısını bozan veya sermayenin korunması hükümlerine aykırı olan kararlarının batıl olduğu hükme bağlanmıştır. Kanaatimizce esas sözleşme ile kararlaştırılabilen bir imtiyaz olan azınlık hakkına ilişkin hükümler ve temsil edilme hakkının ihlali TTK m.447’de sayılan durumlar arasında değerlendirilemeyecektir. Kaldı ki genel kurul kararlarının esas sözleşme hükümlerine aykırı olması TTK m.445’te iptal sebebi olarak kabul edilmiştir. Azınlığın yönetim kurulunda temsiline dair hükümler ancak esas sözleşme ile kararlaştırılabileceğinden ve bir geçersizlik sebebi aynı anda hem butlan hem de iptal edilebilirlik kapsamında değerlendirilemeyeceğinden ötürü azınlığın temsil edilme hakkının ihlali ancak TTK m.445 gereğince bir iptal sebebi olarak kabul edilebilir.

Azınlığın yönetim kurulunda temsil hakkının bir imtiyaz olduğunu kabul eden görüş, azınlık tarafından önerilen adayın genel kurulca haklı bir neden olmadan seçilmemesi durumunda imtiyazlı payların korunmasına ilişkin TTK’nın 454. maddesinin uygulanabileceğini, buna göre genel kurulun kararının imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edecek nitelikte olması halinde bu kararın anılan pay sahiplerinin yapacakları özel bir toplantıda alacakları bir kararla onanmadıkça uygulanamayacağını belirtmektedir¹⁰⁷. Kanaatimizce haklı bir gerekçe

¹⁰⁵ Bu imkanın yalnızca yönetim kurulu üyeliği için grupların aday önerme yöntemi ile seçimde geçerli olacağı, yönetim kurulu üyesinin belirli gruplar arasından seçilmesi yönteminde grubun adayın seçimi konusunda bir hakkı olmadığından dava hakkının da olamayacağı konusunda bkz. Kırca, Şehirali Çelik, Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku Cilt: 1*, s. 437.

¹⁰⁶ Kırca, Şehirali Çelik, Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku Cilt: 1*, s. 173.

¹⁰⁷ Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s. 429, Ölmez, *Belirli Grupların Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsili*, s. 259, Levent Biçer, Betül Aktaş Ertan, “Yönetim Kurulunda Temsil

olmaksızın temsil hakkının kullanılmasına engel olan pay çoğunluğunun şirket nezdindeki hak ihlaline neden olan tasarruflarının, icrai nitelikte bir mahkeme kararı olmaksızın engellenebilmesi mümkün gözükmemektedir.

Öğretide önerilen adayın genel kurulca reddinin haklı bir sebebe dayanmaması durumunda şirket hasım gösterilerek tazminat davası ikame edilebilmesinin de kabulünün gerektiği ifade edilmektedir¹⁰⁸.

SONUÇ

Anonim ortaklıklara hâkim ilkelerden belki de en önemlisi olan çoğunluk ilkesinin mutlak surette uygulanması, ortaklıkta çoğunluğu oluşturan pay/paylar haricinde kalan payların hem karar alma hem de alınan kararların uygulanması ve şirketin yönetilmesi konusunda etkisiz kalmasına, çoğunluğun alacağı her karara uymak zorunda bırakılmasına sebebiyet verecektir. Çoğunluğun dışında kalan payları çoğunluğun tahakkümünden kurtarmak için düzenlemeye gidilmesi kaçınılmazdır.

Pay çoğunluğuna karşı azınlığın menfaatlerini korumak, karşılıklı menfaatler arasında denge sağlamak amacıyla 6102 sayılı TTK'nın muhtelif hükümlerinde azınlık lehine haklar ihdas edilmiştir. Finansal tabloların görüşmelerini erteletme hakkı, özel denetçi atanmasını talep edebilme hakkı, genel kurulu toplantıya çağırma ve gündeme madde ekleme hakkı, haklı sebeple şirketin feshini isteme hakkı, denetçinin görevden alınması ve yeni denetçi atanmasını dava hakkı, sulh ve ibraya engel olabilme, pay senedi basılmasını talep hakkı gibi yönetim kurulunda temsil edilme hakkı da azınlık lehine ihdas edilen haklardan biridir.

Eski TTK'da azınlığın yönetim kurulunda temsili ile ilgili hüküm bulunmaktayken, 6102 sayılı yeni TTK'da konu m.360'ta açıkça düzenlenmiş, bazı pay grupları ile azınlığa da yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınmıştır. Bununla birlikte hüküm, azınlıktan ne anlaşılması gerektiği konusunda bir tanım içermemektedir. Öğretide Kanundaki bu belirsizliğin bilinçli bir tercihten kaynaklandığı, kanun koyucu tarafından yönetim kurulunda temsil hakkı tanınan diğer gruplara paralel olarak azınlığın da tespitinin şirket esas sözleşmesinde belirlenmesinin istenildiği ifade edilmektedir.

Düzenlemede temsilcinin seçilme usulüne ilişkin hükümler de getirilmiştir. Kanun hükmü yönetim kuruluna temsilci seçimine ilişkin izlenebilecek iki usul

Edilme İmtiyazının Dolaylı Olarak İhlal Edilmesine İlişkin Bazı Sorunların Değerlendirilmesi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXVII, (2023), S. 1, s. 24.

¹⁰⁸ Aytuğar, "Oy Hakkında İmtiyazlı Pay Grubunun Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı", s. 116. Genel Kurul kararının iptaline dair Mahkeme kararının yalnızca şirketi bağladığı fakat bu kararın pay sahiplerine bir etkisinin olmadığı, pay sahipleri sözleşmesine konulacak bir hüküm ile ihlal halinde pay sahiplerine tazminat ödeme yükümlülüğü doğuracağına öngörülebileceği hakkında bkz. Murat Alışkan, Fatih Ölmez, "Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazının Korunması", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 1, s. 187.

belirlemiş olup her iki durumda da yönetim kurulu üyelerinin seçiminin genel kurulun devredilemez yetkilerinden olması sebebiyle azınlığa yönetim kuruluna doğrudan üye seçme imkânı tanınmamaktadır.

Belirli gruplar arasından temsilci seçimi yönteminde genel kurul temsil hakkına sahip olan azınlık grubu arasından temsilciyi seçmekte olup bu yöntemde azınlığın aday önerme hakkı bulunmamaktadır. Bu nedenle temsilcinin azınlık arasından genel kurulca seçilmesi yönteminde bir aday önerme toplantısı yapılmamaktadır. Genel kurulca temsil hakkına sahip azınlık arasından temsilci seçimi de bağlayıcı niteliktedir.

Esas sözleşmede temsilci yönetim kurulu üyesinin azınlığın aday önermesi suretiyle seçilmesi yönteminin benimsenmesi halinde ise genel kurulun seçeceği temsilci adayını azınlık belirlemektedir. Azınlığın önerdiği aday bağlayıcı olup genel kurulun, haklı bir sebep bulunmadıkça önerilen temsilciyi seçmesi zorunludur. Bu hüküm temsilcinin doğrudan azınlık tarafından seçildiği anlamına gelmemektedir. Zira temsilci seçimine ilişkin karar her durumda genel kurul tarafından alınmaktadır.

Seçilen temsilci ile azınlık arasındaki hukuki ilişkinin niteliği konusu da önemli olup bu konuda öğretide temsilci seçimi ile vekalet benzeri bir hukuki ilişkinin doğacağını kabul eden bir görüşe karşılık, temsilcinin şirkete karşı da sadakat yükümlülüğünün mevcut bulunduğunu gözeterek vekalet benzeri bir ilişkinin kurulamayacağı da ileri sürülmektedir. Kanaatimizce bir sözleşmenin varlığının kabulü için tarafların irade beyanlarının sözleşmenin unsurları konusunda uyuşması şart olduğundan temsilci seçilerek sadakat yükümlülüğünü kabul eden temsilcinin, bu yükümlülüğü hilafına kendiliğinden bir vekalet ilişkisinin tarafı olacağını kabul edebilmek Kanunun ruhuna ve vekalet ilişkisinin unsurlarına uygun düşmeyecektir.

TTK m.360'ta temsil edilme hakkının genel kuruldaki çoğunluk tarafından ihlali halinde ne yapılacağı konusunda da hüküm bulunmamaktadır. Öğretide yönetim kurulunda temsil edilme hakkının ihlali halinde bu durum esas sözleşme hükümlerinin de ihlali anlamına geleceğinden genel kurul kararlarının iptalini düzenleyen TTK'nın 445. maddesinin uygulama alanı bulacağı ve ihlalin iptal davasına konu edilebileceği kabul edilmektedir.

KAYNAKÇA

- Alışkan, Murat, Ölmez, Fatih. “Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazının Korunması”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 1, s. 183-209.
- Aşlar Üçyıldız, Yasemin. “Anonim Ortaklıkta Azınlığın Özel Denetçi Atanması İstemine İlişkin Çeşitli Sorunlar Üzerine Bir İnceleme”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2023), C. XXVII, S. 2, s. 85-122.
- Aytuğar, Bilge. “Oy Hakkında İmtiyazlı Pay Grubunun Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2019), C. XXIII, S. 1, s. 93-125.
- Bahtiyar, Mehmet. “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Dili ile Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (2005), S. 61, s. 47-106.
- Bahtiyar, Mehmet. *Ortaklıklar Hukuku*, (İstanbul 2017).
- Bahtiyar, Mehmet. “Anonim Şirketlerde Azınlık Oranlarının Anasözleşme ile Değiştirilmesi Sorunu”, *Makaleler IV*, (İstanbul 2019).
- Baltalı, Candemir. *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazı*, (İstanbul 2019).
- Barut, Halime. Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda Anonim Ortaklıklarda Azınlık Hakları, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Kocaeli 2010).
- Biçer, Levent. *Anonim Ortaklıkta Oy Hakkında İmtiyaz ve Sınırları*, (Ankara 2019).
- Biçer, Levent, Aktaş Ertan, Betül. “Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazının Dolaylı Olarak İhlal Edilmesine İlişkin Bazı Sorunların Değerlendirilmesi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2023), C. XXVII, S. 1, s. 3-36.
- Bilgili, Fatih, Demirkapı, Ertan. *Şirketler Hukuku Dersleri*, 7. Baskı, (Ocak 2020).
- Can, Mustafa Erdem. Azlığın Genel Kurulun Toplantıya Çağırılması ve Gündemin Belirlenmesi Konusundaki Yetkileri / ULUSOY, Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları, (2016), s. 407-430.
- Çamoğlu, Ersin. “6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsili”, Halil Arslanlı Bilim Arşivi, Erişim 17 Haziran 2023, <http://arslanlibilimarsivi.com/sites/default/files/makale/ErsinCamoglu-Anonim-Ortaklik-Yonetim-Kurulunda-Belirli-Grupların-Temsili.pdf>.
- Çebi, Hakan, *Şirketler Hukuku*, 1. Baskı, (Ankara 2020).
- Çeker, Mustafa. “Anonim Ortaklıklarda Pay Sahiplerinin Yönetime Katılması”, *Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, (2004), Cilt 13, Sayı 1, ss. 37-56.
- Domaniç, Hayri. *Anonim Şirketler Hukuku Uygulaması, Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, C. 2, (İstanbul 1988).
- Eminoğlu, Cafer. “TTK m.360 Hükmüne Göre Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkının Tanınabileceği Gruplar, Hakkın Hukuki Niteliği ve İcrası”, *Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu*, (İstanbul 2020), s. 335-353.
- Eren, Erkan. “Anonim Ortaklıklarda Güç Boşluğu ve Yabancılaşma”, *Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, (2021), C. 18, S. 2, s. 36-47.

- Falcıoğlu, Özgür. Azınlığın Yönetim Kurulunda Temsili, /ULUSOY, Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları, (2016), s. 205-243.
- Forstmoser, Peter, Meier-Hayoz, Arthur, Nobel, Peter. *Schweizerisches, Schweizerisches Aktienrecht*, (Bern 1996).
- Güçlü, Hakan. “Azınlık Hakları Konusunda Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Mevzuatında Yer Alan Düzenlemeler ile Gelişmiş Ülke Uygulamaları”, Erişim 17 Haziran 2023, https://www.hakanguclu.com/calismalar/Azinlik_Haklari.pdf.
- Helvacı, Mehmet. Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı, *Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan*, (İstanbul 1998), (Azınlık Hakları), s. 297-311.
- İmregün, Oğuz. *Anonim Ortaklıklar*, (Anonim), (İstanbul 1989).
- Karasu, Rauf. *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*, 2. Bası, (Ankara 2015).
- Karasu, Rauf. “Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsil Edilme Hakkı”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, (2016), C. 2, S. 1, s. 31-40.
- Karasu, Rauf. “Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Yönetime Katılma Yöntemleri”, *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C. 9, S. 43, (Nisan 2016), www.sosyalaraştırmalar.com, s. 1909-1916.
- Kaya, Esra. “Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Mart-Nisan 2019, C. 93, S. 2019/2.
- Kayihan, Şaban. “Türk Hukukunda Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Azınlığın Yönetime Girmesi İmkanı: Birikimli Oy Sistemi”, *Manas Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, (2005), C. 7, S. 14, s. 89-105.
- Kayıklık, Abdurrahman. “Anonim Şirkette Azınlığın Korunması: Kim İçin, Neden ve Nasıl Bir Koruma?”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, (2022), C. 80, S. 2, s. 407 - 453.
- Kazancı İçtihat Programı <https://lib.kazanci.com.tr/>.
- Kendigelen, Abuzer. *Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz*, (İstanbul 1999).
- Kendigelen, Abuzer. “İsviçre Hukukunda Farklı Pay Sahibi Kategori veya Gruplarının Şirket Organlarında Temsili (OR Art.709)”, *Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı*, (İstanbul 1999), s. 339-402.
- Kırca, İsmail, Şehirali Çelik, Feyzan Hayal, Manavgat, Çağlar. *Anonim Şirketler Hukuku*, Cilt: 1, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını 1. Baskı, Ankara, (Ağustos 2013).
- Kırca, İsmail, Şehirali Çelik, Feyzan Hayal, Manavgat, Çağlar. *Anonim Şirketler Hukuku Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, Cilt: 2/2, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, (Ankara, Haziran 2016).
- Memiş, Tekin. “Grup İmtiyazının Kabul Edildiği Bankalarda Grup İçindeki Bütün Paylar Nitelikli Pay Sayılır mı?” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 3105-3121.
- Moroğlu, Erdoğan. *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler*, (İstanbul 2016).
- Ölmez, Fatih. *Belirli Grupların Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsili*, (İstanbul 2021).

- Poroy, Reha, Tekinalp, Ünal, Çamoğlu, Ersin. *Ortaklıklar Hukuku I*, Yeniden Yazılmış 14. Bası, (İstanbul 2019).
- Pulaşlı, Hasan. *Şirketler Hukuku Şerhi*, C. 1, 2. Baskı, (Ankara 2013).
- Pulaşlı, Hasan. *Şirketler Hukuku Şerhi*, C. 2, 4. Baskı, (Ankara 2022).
- Sert Canpolat, Selin. “Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının İncelenmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2008, S. 74, s. 158-190.
- Sevi, Ali Murat. “Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C. 9, S. 2, s. 445-472.
- Sümer, Ayşe. Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının Korunması ve Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, (İstanbul 1990).
- Tekinalp, Ünal. Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığın Esasları, (İstanbul 2012).
- Teoman, Ömer. “Yönetim Kurulunda Aday Gösterme Ayrıcalığına Sahip Bir Grubun Yapacağı Özel Toplantıda Uygulanacak Yetersayılar”, Otuz Yıl Ticaret Hukuku, Tüm Makalelerim, C. II, (İstanbul 2001), s. 395-401.
- Ulusoy, Erol. *Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları*, Genişletilmiş Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, (Ankara 2016).
- Ünsal, Gürsel. Anonim Şirketlerde Menfaat Grupları, Pay Sahiplerine Tanınan Haklar ve Özellikle Azınlık Hakları, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Ankara 1990).
- Wernli, Martin. *Basler Komm, Obligationenrecht II*, Basel: Helbing&Lichtenhahn Verlag, (2008).
- Yavuz, Mustafa. “Türk Hukukunda Anonim Şirketlere Hâkim Olan Temel İlkeler”, *Gümrük ve Ticaret Dergisi*, (2019), C. 6, S. 18, s. 12-27.

TAŞINMAZ SATIŞ SÖZLEŞMELERİNİN NOTERLERDE DÜZENLENMESİ^(*)

Elif BİLEN^(**)

Öz

Taşınmaz mülkiyetinin devri borcu doğuran sözleşmeler, resmi şekilde yapılması gereken işlemlerdir. Noterlik Kanunu'nun 60. maddesinde yapılan değişiklikle ve Noterlik Kanunu'na 61/A maddesinin eklenmesiyle tapu müdürlüklerinin yanısıra noterlere de taşınmaz satış sözleşmesi düzenleme yetkisi verilmiştir. Noterlerin hukuki sorumlulukları, taşınmaz satış sözleşmesi düzenlemelerinden kaynaklanan zararlardan da sorumlu olacakları şekilde genişletilmiştir.

Bu çalışmada noterlik kavramı, noterlerin görevleri, taşınmaz mülkiyetinin kazanılması ve tapu sicilinin tutulmasında Devlet'in sorumluluğu konuları açıklanmıştır. Taşınmaz satış sözleşmeleri ile ilgili diğer ülke uygulamalarından örneklerle değerlendirilmiştir.

Noterlerin taşınmaz satış sözleşmesi düzenlemelerine ilişkin olarak başvuru, sözleşmenin hazırlık işlemleri ve sözleşmenin yapılması aşamaları hakkında ayrıntılı bilgiler verilmiştir. Noterlerin düzenleyecekleri taşınmaz satış sözleşmelerinden kaynaklanabilecek sorumlulukları incelenmiştir. Taşınmaz satış sözleşmesi ile ilgili yapılan yeni düzenlemelerin mevcut duruma etkileri, olumlu ve olumsuz yönleri üzerinde değerlendirmeler yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Noter, Noterlik Kanunu, Taşınmaz, Tapu Sicili, Taşınmaz Devri, Taşınmaz Satış Sözleşmesi, Resmi Şekil, Yetki, Sorumluluk.

NOTARIZATION OF REAL ESTATE SALE AGREEMENTS

Abstract

The transfer of real property ownership, which creates an obligation, is a transaction that must be carried out in a formal manner. With the amendment to Article 60 of the Notary Law and the addition of Article 61/A to the Notary Law, notaries have been granted the authority to prepare contracts for the sale of real property, in addition to land registries. The legal responsibilities of notaries have been expanded to include liability for damages arising from the preparation of contracts for the sale of real property.

In this study, the concept of notary, the duties of notaries, the acquisition of real property ownership, and the State's responsibility in maintaining land registries have been explained. Examples from the practices of other countries regarding contracts for the sale of real property have been discussed.

Detailed information has been provided about the application process, preparation procedures, and execution stages of contracts for the sale of real property by notaries. The liabilities that may arise from the contracts for the sale of real property to be prepared by notaries have been examined. The effects of recent regulations related to the contract for the sale of real property on the current situation have been evaluated, considering both the positive and negative aspects.

^(*) [Makalenin Dergiye Geliş Tarihi](#): 04.01.2024 - [Makalenin Kabul Edildiği Tarih](#): 20.05.2024, DOI No: <https://doi.org/10.54704/akdhfd.1414841>.

^(**) Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Doktora Öğrencisi / Ankara, Türkiye.
[E-posta](mailto:elfbln42@gmail.com): elfbln42@gmail.com,
[Orcid Id](https://orcid.org/0000-0002-2522-0021): <https://orcid.org/0000-0002-2522-0021>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

Keywords

Notary Public, Notary Law, Real Estate, Land Registry, Transfer of Immovable, Sale Contract of Real Property, Official Form, Authorization, Liability.

Extended Abstract

In our study, we examined the issue of notarization of real property sales contracts in Turkey. Contracts that give rise to an obligation to transfer the ownership of real property must be made officially, in the presence of an official. With the amendment to Article 60 of the Notary Law and the addition of Article 61/A to the Notary Law, notaries have been granted the authority to prepare contracts for the sale of real property, in addition to land registries.

Notaries began to prepare real property sales contracts on 01.07.2023. The Union of Notaries of Turkey and other relevant organizations are still working on integration and system infrastructure. Currently, only the contract of sale of immovable property, which is a commitment transaction, can be executed by notaries in relation to the transfer of ownership of real property. Notaries have not yet been authorized to prepare other contracts for the transfer of real property.

Notarial real estate sale contracts are among the transactions that must be personally prepared by the notary public. The notary public should prepare the transaction by taking the declarations of will from the interested parties or their authorized representatives and complete the sale contract by obtaining the signatures of the parties. After the real property sales contract is prepared by the notary public, a journal number is taken from the land registry informatics system and the contract is registered in the system. After the contract is registered in the system, the land registry offices register the real property in the land registry.

The purpose of the formalization of the real property sales contract is to encourage the parties to think and to avoid making hasty decisions. The official form foreseen for real property sales contracts is not a form of proof, but a form of validity. If the real property sales contract is concluded without complying with the official form, it will be subject to the sanction of definitive nullity.

The transfer of ownership of real property is realized with the registration of the real property sales contract in the registry kept by the General Directorate of Land Registry and Cadastre. The purpose of registration, which enables the acquisition of the right in rem in the sale of real property, is to make the legal transaction public, to protect the interests of the parties, third parties and the public and to provide ease of proof. The State is strictly and primarily liable for the damages arising from the unlawful maintenance of the land registry kept by the General Directorate of Land Registry and Cadastre.

The legal liability of notaries is regulated under Article 162 of the Notary Law. The legal responsibilities of notaries have been expanded to include liability for damages arising from the preparation of contracts for the sale of real property. Pursuant to paragraph 2 of the Article, notaries are liable for damages arising from the issuance of real property sales contracts. The State is responsible for damages arising from the unlawful maintenance of the land registry. If the unlawfulness in the land registry arises from the real property sales contract issued by a notary public, the State will be able to seek recourse from the notary who issued the contract for the compensation it paid for the damage.

In this study, the concept of notary, the duties of notaries, the acquisition of real property ownership, and the State's responsibility in maintaining land registries have been explained. Examples from the practices of other countries regarding contracts for the sale of real property have been discussed.

Detailed information has been provided about the application process, preparation procedures, and execution stages of contracts for the sale of real property by notaries. The liabilities that may arise from the contracts for the sale of real property to be prepared by notaries have been examined. The effects of recent regulations related to the contract for the sale of real property on the current situation have been evaluated, considering both the positive and negative aspects.

Notaries have great benefits in ensuring legal security and preventing disputes. They will be able to understand the issues better because they have studied law. Notaries will be able to draw up contracts in a healthier and more lawful manner. This could help to avoid conflicts. The most common type of real estate transfer in practice is the sale of real

property. The ability to execute real property sales contracts by notaries will reduce the workload of land registry offices and ensure faster transactions. It is an important and appropriate decision that real property sales contracts can also be issued by notaries public. The issuance of real property sales contracts by notaries is a new source of income for them. However, due to the high economic value of real property, it also carries heavy responsibilities.

GİRİŞ

Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran ve tescil sebebi olan borçlandırıcı işlem niteliğindeki sözleşmelerin Türk Medeni Kanunu'nun (TMK)¹ 706. maddesinin 1. fıkrası ve Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK)² 237. maddesinin 1. fıkrası gereğince, resmi şekilde düzenlenmesi gerekmektedir³. Resmi senetler, resmi memur tarafından re'sen düzenlenen senetler ve memur tarafından senet altındaki imzaların onaylandığı senetler olmak üzere iki türdür⁴. Kural olarak resmi senet düzenleme yetkisi noterler, sulh hakimleri ve tapu sicil görevlilerine verilmiştir⁵.

Taşınmaz satış sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen, rızai, borçlandırıcı işlem niteliğinde, geçerliliği resmi şekle bağlı bir sözleşmedir⁶. Taşınmaz sa-

¹ Kanun Numarası (KN): 4721, 22.11.2001 Kabul, RG. 08.12.2001/24607.

² KN: 6098, 11.01.2011 Kabul, RG. 04.02.2011/27836.

³ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitapevi, 2022), 361; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku II Mülkiyet*. (Ankara: Seçkin Yayınları, 2016), 159; Eraslan Özkaya, *Eşya Hukuku Mülkiyet Genel Hükümler*. (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022), 333; O. Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Eşya Hukuku Cilt IV/1* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 147; Ömer Ergün, *Borçlar Hukuku (Özel Hükümler) Ders Notları*. (Ankara: Seçkin Yayınları, 2023), 56; A. Nilay Şenol, "Taşınmaz Satış ve Satış Vaadi Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve Uygulama Çerçevesinde Taşınmaz Satış Sözleşmelerinin Noterler Tarafından Yapılıp Yapılamayacağı Üzerine Bir Değerlendirme", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, S. 2 (2020): 357-360; Mustafa Serdar Özbek ve Mehmet Ertan Yardım, "Elektronik Noterlik İşlemleri", *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, S. 1 (2016): 3-118, 43; Süha Tanrıver ve Mehmet Serkan Ergüne, "Noterlerin Taşınmaz Satış Sözleşmesi Düzenlemesine İlişin Hukuki Esaslar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 72, S. 1 (2023): 143-182, 150; Sendi Yakuppur, "Taşınmaz Satış Sözleşmelerinin Noterlerde Yapılabilmesine Olanak Tanıyan Yeni Düzenleme ve Mevcut Duruma Etkisi", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, S. 2 (2022): 649-665, 649.

⁴ Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2012), 111; Barış Özbilen, *Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü*, (İstanbul: On iki Levha Yayınları, 2016), 116-120; Corinne Zellweger-Gutknecht, *Basler Kommentar Obligationenrecht I*, Art.22, 7. Auflage, Basel 2019, Art.22, N.2; Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021), 111vd.; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 283; Necip Kocayusufoğlu, *Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi*, (İstanbul, 1959), 27; Şenol, 360.

⁵ NK md.60, 82, 84 vd.; Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri I*, (İstanbul: Vedat Yayıncılık, 1990), 225; Yakuppur, 650-651; Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 112; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, 283; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 110.

⁶ Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2014), 186-191; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümleri*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 208-216; Nomer, Haluk N. ve Engin, Baki İlkay, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri Cilt I: Satış Sözleşmesi*. (Ankara: Seçkin Yayınları), 2023, 98 vd.; Sinan Sami Akkurt, Kemal Erdoğan ve Hüseyin Tokat, *Borçlar Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2023), 409 vd.; Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. (Ankara: Seçkin Yayınları, 2023), 51 vd.; Ergün, *Borçlar Hukuku (Özel Hükümler) Ders Notları*, 55 vd.; Şenol, 358; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 361.

tış sözleşmesinin resmi şekilde yapılmasındaki amaç tarafları düşünmeye sevk ederek, acele karar vermelerinden kaçınmalarını sağlamaktır. Taşınmaz satışında aynı hakkın kazanılmasını sağlayan tescilin amacı ise hukuki işleme aleniyet kazandırmak, tarafların, üçüncü kişilerin, kamunun yararını korumak ve ispat kolaylığı sağlamaktır⁷. Taşınmaz satış sözleşmeleri için öngörülmüş olan resmi şekil; ispat şekli değil, geçerlilik şeklidir⁸. Taşınmaz satış sözleşmesi resmi şekle uyulmadan yapılırsa, kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır⁹.

Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nda taşınmaz satış sözleşmesini resmi şekilde yapacak makam belirtilmemiştir. Taşınmaz mülkiyetine ilişkin resmi senetlerin, tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından düzenleneceği, 2644 sayılı Tapu Kanunu¹⁰'nun 26. maddesinin 1. fıkrasında hüküm altına alınmıştır. Taşınmaz mülkiyetinin devri amacıyla yapılan taşınmaz satış sözleşmelerinde, tapu müdürlükleri ve tapu müdürlüğü görevlileri taşınmaz mülkiyetini devir borcu içeren taahhüt işlemini ve aynı hakkın kurulmasını sağlayacak tasarruf işlemini yapmaya yetkilidirler¹¹.

Noterlerin yapmakla görevli olduğu işlemler 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nda (NK)¹² düzenlenmiştir. 23.06.2022 tarihinde kabul edilen 7413 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunu¹³ ile Noterlik Kanunu'na eklemeler ve değişiklikler yapılmıştır. 7413 sayılı kanunun

⁷ Metin Uzun, Erkan Küçükgüngör, Mehmet Şirin Erdoğan ve Mete Yıldız, "Taşınmaz Devrinin Noterliklerde Yapılmasının Önemi ve Faydaları", *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi* 8, S. 1 (2021): 9-34, 23; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümleri*, 208-209; Christoph Wieland, *Kanunu Medenide Aynı Haklar, C. II, Gayrimenkul Mülkiyeti*, (İstanbul: Adalet Bakanlığı, 1935), 134; Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz ve Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: On iki Levha Yayınları, 2020), 236; Özbilen, *Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü*, 112-114; Yakuppur, 662; Şenol, 358-373; Yalçın Karayalçın, "Tapuda Kayıtlı Olan ve Olmayan Taşınmazlarda Resmi Şekil ve Noterler", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 22, S. 3 (2004): 357-376, 25; Gülden Mehmed Altın, "Türk Medeni Hukuku ve Tüketici Hukuku Çerçevesinde Taşınmaz Satışında Şekle Aykırılığın Sonuçları", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019), 1.

⁸ Tanrıver ve Ergüne, 150.

⁹ Görüşler için bkz. M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2022), 479-483; Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 71; Karayalçın, "Tapuda Kayıtlı Olan ve Olmayan Taşınmazlarda Resmi Şekil ve Noterler", 31; Yakuppur, 651; Ahmet M. Kılıçoğlu, "Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 38, S. 1 (1981): 209-222, 211; Gülden, 150.

¹⁰ KN: 2644, 22.12.1934 Kabul, RG. 29.12.1934/2892.

¹¹ Şenol, 359; Ayrıntılı bilgi için bkz. Karayalçın, "Tapuda Kayıtlı Olan ve Olmayan Taşınmazlarda Resmi Şekil ve Noterler", 17-20; Şebnem Öcal Akipek, Hayriye Şen Doğramacı ve Aygün Gözde Çağlayan, "Noterlere Taşınmaz Satış Sözleşmesi Yapma Yetkisi Verilmesi Üzerine Bir Değerlendirme", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, S. 2 (2023): 203-241, 216; Tanrıver ve Ergüne, 145; Yakuppur, 651; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümleri*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021), 125-128; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 364.

¹² KN: 1512, 18.01.1972 Kabul, RG. 05.02.1972/14090.

¹³ KN: 7413, 23.06.2022 Kabul, RG. 23.06.2022/31880.

11. maddesiyle, NK'nin 60. maddesinin 1. fıkrasının 3 numaralı bendi değiştirilerek, noterlere “*Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapmak ve bu sözleşmeyi taraflardan birinin talep etmesi, harç ve giderleri ödemesi hâlinde tapu bilişim sistemi vasıtasıyla tapu siciline şerh vermek, taşınmaz satış sözleşmesi yapmak,*” konularında yetkiler verilmiştir. Aynı kanunun 12. maddesiyle NK'ye 61/A maddesi eklenerek noterlere, borçlandırıcı işlem niteliğindeki taşınmaz satış sözleşmesi hazırlama yetkisi verilmiştir. Maddenin ilk fıkrasında, “*Taşınmaz satış sözleşmesi noterler tarafından da yapılabilir.*” denilmesiyle, noterlere verilen yetkinin münhasır bir nitelik taşımadığı, tapu müdürü ve tapu müdürlüğü görevlilerinin yetkilerinin de devam ettiği anlaşılmaktadır¹⁴.

Tapu bilişim sistemine ilişkin bilgilerin noterlerle paylaşılması için altyapının oluşturulması belirli bir zaman almıştır. Kanun koyucu tarafından bilişim sisteminin kurulabilmesi için 01.01.2023 tarihine kadar süre belirlenmiş, ihtiyaç duyulması halinde bu sürenin 6 aya kadar Cumhurbaşkanı tarafından uzatılabileceğine hükmedilmiştir. Bu süre 6616 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile 01.07.2023 tarihine kadar uzatılmıştır¹⁵. Noterler, 01.07.2023 tarihi itibarıyla taşınmaz satış sözleşmesi yapmaya başlamışlardır. Türkiye Noterler Birliği ve diğer ilgili kuruluşlar tarafından halen sistemselsel olarak altyapı çalışmaları yapılmaya ve entegrasyon sağlanmaya devam edilmektedir.

Noterlik Kanunu'nun 61/A maddesinin son fıkrasında bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların, Hazine ve Maliye Bakanlığı ile Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığının mütalaası alınarak Adalet Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. Bu kapsamda, 11.01.2023 tarihinde, 32070 sayılı “*Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik*” yayımlanmıştır. Noterlere verilen taşınmaz satış sözleşmesi yapma yetkisinin ayrıntıları, sözleşmenin nasıl hazırlanacağı ve hazırlanan sözleşmenin tapuya nasıl aktarılacağına ilişkin esaslar düzenlenmiştir.

Taşınmazın satışıyla ilgili noterlerin yetkisi borçlandırıcı işlem olan sözleşme yapmak ile sınırlı olup, taşınmazın tescili konusunda noterler yetkili değildirler. Taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının devrine ilişkin olan tasarruf işlemi niteliğindeki tescil işlemi tapu sicil müdürlüğü tarafından yapılmaya devam edilecektir¹⁶. Bir görüşe göre taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin olan iki ayrı işlem için iki ayrı kurum görevlendirilmesi, işlem güvenliğini zedeleyebileceği gibi, işlemlerin hızlı yapılmasını da güçleştirebilecektir¹⁷.

¹⁴ Tanrıver ve Ergüne, 146; Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 216.

¹⁵ RG, 28.12.2022, S. 32057.

¹⁶ Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 216-234.

¹⁷ Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 235.

Noterler tarafından yapılan satış sözleşmesi sırasında taşınmaza ilişkin evraklar tapu sicil müdürlükleri tarafından ilgili noterle paylaşılmaktadır. Bu paylaşım sırasında yanlışlıklar veya eksiklikler yapılması işlem güvenliğini zedeleyebilecek, kişilerin hak kaybına uğramasına yol açabilecektir. Ayrıca bu veri akışının uzun sürmesi veya teknolojik aksaklıklar satış işlemlerinin hızını yavaşlatabilecektir.

Taşınmazın sehven sözleşmede imzası bulunan kişilerden başka kişiler adına tescil edildiği, noterlikçe fark edilirse noter tarafından hak kayıplarının yaşanmaması için, taşınmaz üzerine yolsuz tescil şerhinin işlenmesi ile ilgili olarak tapu müdürlüğüne Kayıtlı Elektronik Posta (KEP) üzerinden yazı yazılması gerekecektir. Bu yazışmaların uzun sürmesi de işlem güvenliğini zedeleyebilecek hallere örnek verilebilir.

Farklı görüşteki yazarlara göre ise kanun koyucu noterlere taşınmaz satış sözleşmesi yapabilme imkanı veren NK'nin 61/A maddesinde; borçlandırıcı işlem olan satış sözleşmesinin içerisinde tek taraflı tasarruf işlemi olan tescil talebi de yer alacak şekilde düzenleme yapmıştır¹⁸. Borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi iç içe geçirilmiştir¹⁹. Noterler, tapu bilişim sisteminden yevmiye numarası alarak yaptıkları taşınmaz satış sözleşmesini bu sisteme kaydetmektedirler. Tescil işlemi noter tarafından değil, tapu sicil görevlilerince yapılacak olsa da yevmiye defterine kayıt ile tasarruf işlemi noter tarafından başlatılmış olur²⁰. Noter tarafından düzenlenen ve borçlandırıcı işlem niteliğindeki taşınmaz satış sözleşmesine ilişkin resmi senedin içinde tek taraflı tasarruf işlemi olan tescil talebinin de bulunması gerekmektedir²¹.

Noter tarafından taşınmaz satış sözleşmesi hazırlandıktan sonra tescil talebinin nasıl ve kime karşı yapılacağına ilişkin kanunda açıkça düzenleme yapılması gerekmektedir. Yönetmelikte de bu konuda düzenleme bulunmamaktadır. Zaten sadece yönetmelikte düzenlenmesi de doğru olmayacaktır²².

Noterlerin, görevleri kapsamında NK'nin 162. maddesi gereğince hukuki sorumluluğu bulunmaktadır. Noterler, bizzat kendileri ya da çalışanlarının noterlik görevini icra ederken işin yapılmamasından, hatalı ya da eksik yapılmasından kaynaklanan maddi ve manevi zararlardan, zarar görenlere karşı sorumludurlar. Taşınmaz satış sözleşmesi düzenlemelerinden kaynaklanan zararlardan da sorumlu olurlar. Doktrinde tartışılmalı olmakla birlikte noterlerin hukuki sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğu genel olarak kabul edilmektedir²³.

¹⁸ Tanrıver ve Ergüne, 148; Yakuppur, 654.

¹⁹ Yakuppur, 654; Tanrıver ve Ergüne, 178.

²⁰ Yakuppur, 655.

²¹ Tanrıver ve Ergüne, 156; Yakuppur, 655.

²² Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 235.

²³ Engin Doğu, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Güvence", *Yargıtay Dergisi* 5, S. 3 (1979): 579-610, 586; Süleyman Çetin ve Derya Ateş, *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncı-

Devlet tapu sicil memurlarında olduğu gibi noterlerin vermiş olduğu zararlardan da asli ve kusursuz olarak sorumludur²⁴. Noterler tarafından düzenlenen taşınmaz satış sözleşmesi, tapu kaydının hukuka aykırı olması sonucunu doğuruyorsa bu durumdan doğan zarardan Devlet sorumlu olur²⁵. Zararın Devlet tarafından ödenmesi halinde devlet, sözleşmeyi düzenleyerek zararın doğmasına yol açan notere zararı rücu edebilecektir. (NK md.162/2).

I. NOTERLİK KAVRAMI VE NOTERLERİN GÖREVLERİ

A. NOTERLİK KAVRAMI

Noterlik eski dönemlerden beri var olan ve işleyen bir kurumdur²⁶. Günümüzdeki noterlik hukuku ve noterlik kurumu Roma hukukuna dayanmaktadır²⁷. Cumhuriyet döneminde İsviçre ve Avusturya'daki noterlik düzenlemelerine benzer şekilde, 1938 tarihli 3456 sayılı Noterlik Kanunu ilk defa düzenlenmiştir²⁸. Daha sonra Türk Hukukunda noter ve noterlik kurumuna ilişkin, şu an yürürlükte olan 1972 tarihli, 1512 sayılı Noterlik Kanunu uygulanmaya başlanmıştır.

Noterlikler, NK m.121'e göre Adalet Bakanlığının ve Türkiye Noterler Birliği'nin (TNB'nin) gözetim ve denetiminde çalışmaktadırlar. Noterler Adalet Müfettişleri ve Cumhuriyet Savcılığı tarafından denetlenmektedirler. Noterlik mesleğine ilişkin kararların çoğu TNB'nin mütalaası alınarak, Adalet Bakanlığı tarafından verilmektedir.

lık, 2021), 280-282; Oktay Özdemir, *Yargıtay Uygulaması Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluklarının Dayandığı Esas ve Sorumluluğun Koşulları*, 699; Ülgen Aslan Düzgün, "Noterlerin Mesleki Sorumluluk Sigortası", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, S. 1-2, (2013): 491-512, 495; Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 221; Atilla İnan, "Kusursuz Sorumluluk Örneği Olarak Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", *Sayıştay Dergisi*, S. 36 (2020): 25-35, 30-31; Tanrıver ve Ergüne, 164; Dursun Ali Demirboğa, "Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi Yapılmasına İmar Kanunu ve Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Tarafından Getirilen Sınırlamalar ve Noterin Sorumluluğu", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* S. 11 (2018): 83-112, 89; Leyla Müjde Kurt, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, S. 2 (2014): 85-118, 88; Mehmet Orhan Batmaz, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014), 159-160; Süha Tanrıver, *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2023, 127; Konunun detayları için bkz. "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu" bölümü.

²⁴ Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 205; Aksi görüş için bkz. Tanrıver ve Ergüne, 172; Devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluğuna ilişkin bkz. Y3HD, 08.04.2014, E.2013/21230, K.2014/5604; Y20HD, 28.03.2017, E.2017/384, K.2017/2513; Y1HD, 19.12.2013, E.2013/14752, K.2013/18271.

²⁵ Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 205.

²⁶ Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 211.

²⁷ Demirboğa, "Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi Yapılmasına İmar Kanunu ve Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Tarafından Getirilen Sınırlamalar ve Noterin Sorumluluğu", 88.

²⁸ Batmaz, 7.

Doktrinde noterlik mesleğinin hukuki statüsü tartışmalıdır²⁹. Genel olarak kabul edilen görüşe göre; noterlik, bir kamu hizmetidir³⁰. NK m.1'e göre, "Noterlik bir kamu hizmetidir. Noterler, hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek için işlemleri belgelendirir ve kanunlarla verilen başka görevleri yaparlar."

Noterlerin, kamu hizmeti yerine getirirler de memur sayılmayacaklarını, görevlerini yaparken her açıdan bağımsız olmadıkları için serbest meslek mensubu da olmayacaklarını, bu nedenlerle kamu hizmetinde bulunan kendine özgü hukuki statüsü olan bir kamu görevlisi olduklarını kabul etmek gerekir³¹.

Noterler, hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek için işlemleri belgelendirmekte, kanunlarla kendilerine verilen görevleri yerine getirmektedirler³². İşlemleri bizzat düzenleyerek veya onaylayarak, resmiyet kazandırıp, işlem güvenliğini tesis etmektedirler³³. Güven unsuru olarak görülen³⁴ noterlerin, üstlendikleri görevler gün geçtikçe artmaktadır³⁵.

²⁹ Noterlik mesleğinin kamu hizmeti sınırları içinde serbest meslek olduğu görüşü için bkz. Süha Tanrıver, *Noterlik Hukukuna İlişkin İncelemeler (1993-2011)*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2011, 54; Engin Doğu, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Güvence", 583; Noterlerin kamu görevlisi veya serbest meslek çalışanı olarak nitelendirilemeyeceğini, kendine özgü bir hukuki statülerinin olduğu görüşü için bkz. Kurt, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", 85; Doktrindeki diğer görüşler için bkz. Ömer Ulukapı ve Murat Atalı, *Noterlik Hukuku*, (Konya: Mimoza, 2013), 9-10; Batmaz, 22 vd.; Tuğçe Tekben, "Noterinin Hukuki Statüsü ve Noterlik Kanunu'nun 162. Maddesi Uyarınca Sorumluluğu Üzerine Bir İnceleme", *İzmir Barosu Dergisi*, S. 3 (2021): 69-150, 75; Kemal Toygar, "Serbest Meslek mi Kamu Hizmeti mi", *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, S. 3 (1974), 9 vd.

³⁰ Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 211; Yusuf Memiş, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", *Terazi Hukuk Dergisi* 10, S. 106 (2015): 92-127, 93; Kemal Toygar, "Serbest Meslek mi Kamu Hizmeti mi", *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, S. 3 (1974), 9 vd.; Batmaz, 12 vd.; Tekben, 74.

³¹ Ömer Ulukapı, "Yargıtay Kararları Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21 (2013): 209-241, 211; Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 212; Ülgen Aslan Düzgün, "Noterlerin Mesleki Sorumluluk Sigortası", 492; Metin Topçuoğlu, "Noter ile İş Sahibi (İlgili) Arasındaki İlişkinin Niteliği", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 20, S. 4 (2000): 191-213, 196; Tekben, 76; Ulukapı ve Atalı, *Noterlik Hukuku*, 5; Çetin ve Ateş, *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, 176; Başol, *Noterlik Hukuku ve Tebligat Hukuku Ders Kitabı*, 21; Kurt, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", 86.

³² Uğur Ersoy, İbrahim Gül, Enes Köken ve Enes Yılmaz, "Noterlerin Cezai Sorumluluğu", *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, S. 1 (2020): 9-40, 38; Kurt, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", 86; İbrahim Şahbaz, "Noterlerin Cezai Sorumlulukları", *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi* S. 1 (2014): 5-56, 5; İnan, "Kusursuz Sorumluluk Örneği Olarak Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", 29; Mustafa Serdar Özbek, "Elektronik Ortamda Düzenlenen Noter Senetleri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* (Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağanı) 22, S. 3 (2016): 2213-2281; Yakuppur, 654-657; Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 211; Mustafa Serdar Özbek, *Noter Senetlerinde Sahtelik*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013), 43-55; Ulukapı ve Atalı, *Noterlik Hukuku*, 5; Özbek ve Yardım, "Elektronik Noterlik İşlemleri", 9; Batmaz, 159; Süha Tanrıver, *Bir Hukuki Güvenlik Kurumu Olarak Noterlik ve Noterlerin Denetimi Üzerine Bazı Düşünceler*, Prof. Dr. Aydın Zevkililer'e Armağan, C. III, İzmir 2013, 460; Uzun, Küçükgüngör, Erdoğan ve Yıldız, 18.

³³ Uzun, Küçükgüngör, Erdoğan ve Yıldız, 18; Şahbaz, "Noterlerin Cezai Sorumlulukları", 5; Kurt, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", 85; Tekben, 70 vd.; Ulukapı, "Yargıtay Kararları Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", 211.

³⁴ Uzun, Küçükgüngör, Erdoğan ve Yıldız, 18.

³⁵ Özbek, "Elektronik Ortamda Düzenlenen Noter Senetleri", 2213-2281; Yakuppur, 654.

Noterlik Kanunu hükümlerine göre belgelendirilen işlemler NK m.82'ye göre resmi sayılmaktadır. Noterler tarafından düzenleme şekilde hazırlanan hukuki işlemlerin, sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli olduğu kabul edilmektedir. Onaylama şekilde hazırlanan işlemlerde ise noter tarafların imzasını onaylamakta, onaylanan imzaların ilgiliye ait olduğu belgelendirilmektedir. Onaylama, hukuki işlemlerin içindekilerini kapsamamakta, işlem imza ve tarihin sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli kabul edilmektedir. Bunlar dışında kalan noterlik işlemleri de aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir. Noter senetleri, kanunun doğruluğuna güvendiği belgelerdir³⁶. Özel hukuk ilişkilerinde noterlik senetlerinin şeklen geçerli kabul edilmesi ve ispat kolaylığı sağlaması maddi hukuk ve usul hukuku açısından büyük öneme sahiptir³⁷.

Hukuk fakültesi mezunu olan noterler, Türk Hukuk sistemi içerisinde önleyici ve koruyucu hukukun önemli bir parçasıdır. Noterler, hukuki ihtilafların önüne geçmek için kendilerine başvuran tarafların istekleri ve hukukun gerekleri çerçevesinde işlem bazında hukuki danışmanlık yapmakta ve icra ettikleri görev sebebiyle hukuk mühendisi olarak kabul edilmektedirler³⁸. Kamu görevlisi olan noterlerin tarafları aydınlatması ve çıkarlarını korumak için açıklamalar yapması gerekmektedir³⁹. Noterler ve noterlik kurumu uyumsuzlukları henüz ortaya çıkmadan çözerek, yargının iş yükünü azaltıcı faaliyetlerde bulunan, yargı örgütünün bir parçasıdır⁴⁰. Noterlerin ülke ekonomisine katkısı da çok büyüktür. Hazine bütçesine 5 yıl içerisinde 13,8 milyar TL vergi aktararak en yararlı vergi mükellefleri arasında yer almaktadırlar⁴¹.

B. NOTERLERİN GÖREVLERİ

Noterlerin görevleri kapsamına giren işlemler Noterlik Kanunu'nda "*Genel olarak*", "*Özel olarak*" ve "*Diğer işlemler*" olmak üzere üç başlık altında sınıflandırılmıştır. Noterlik Kanunu'nun 60. maddesinin 1. fıkrası gereğince noterler, kanunla başka bir makama, mercie veya şahsa verilmeyen her türlü hukuki işlemi düzenlemeye yetkili olan tek mercidir.

³⁶ Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 211.

³⁷ Tanrıver, "Noterlik Hukukuna", 161-178; Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 211.

³⁸ Süha Tanrıver, *Noterlerin İşlevleri Alanında Yeni Gelişmeler, Noterlik Hukuku'na İlişkin İncelemeler (1993-2011)*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2011, 61-68; Uzun, Küçükgüngör, Erdoğan ve Yıldız, 18; Özbeke ve Yardım, "Elektronik Noterlik İşlemleri", 10; Süha Tanrıver, *Avrupa Birliği Ülkelerinde Noterlik ve Noterlik Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağı'nın Getirdikleri, Noterlik Hukuku'na İlişkin İncelemeler (1993-2011)*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2011, 50-51; Tanrıver, Avukatlık ve Noterlik Hukuku, 165.

³⁹ Tanrıver, *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, 127; Tanrıver ve Ergüne, 161; Yakuppur, 658.

⁴⁰ Kurt, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", 86.

⁴¹ Türkiye Noterler Birliği, TNB Basın Bülteni, 2019, 16, Erişim Tarihi: Temmuz 25, 2023, <https://portal.tnb.org.tr/BasindaTNB/Noterlerden%20Hazineye%20B%C3%BCy%C3%BCK%20Katk%C4%B1%20Bas%C4%B1n%20B%C3%BCitini%20Medya%20Yans%C4%B1malar%C4%B1.pdf>.

Noterlerin “*Genel Olarak*” yapabileceği işlemler NK m.60’da düzenlenmiştir. Kanun maddesine göre;

- “(1). *Yapılması kanunla başka bir makam, merci veya şahsa verilmemiş olan her nevi hukuki işlemleri düzenlemek,*
- (2). *Kanunlarda resmi olarak yapılmaları emredilen ve mercileri belirtilmemiş olan bütün hukuki işlemleri bu kanun hükümlerine göre yapmak,*
- (3). *Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapmak ve **bu sözleşmeyi taraflardan birinin talep etmesi, harç ve giderleri ödemesi hâlinde tapu bilişim sistemi vasıtasıyla tapu siciline şerh vermek, taşınmaz satış sözleşmesi yapmak***⁴²,
- (4). *Bu kanuna uygun olarak dışarda yazılıp getirilen kağıtların üzerindeki imza, mühür veya herhangi bir işareti veya tarihi onaylamak,*
- (5). *Bu kanun hükümlerine göre yapılan işlemlerin dairede kalan asıl veya örneklerinden veya getirilen kağıtlardan örnek çıkarıp vermek,*
- (6). *Belgeleri bir dilden diğer dile veya bir yazıdan başka bir yazıya çevirmek,*
- (7). *Protesto, ihbarname ve ihtarname göndermek,*
- (8). *Kanunen tescili gereken işlemleri tescil etmek,*
- (9). *Bu ve diğer kanunlarla verilmiş sair işleri yapmak.* Genel olarak noterlerin görevleri arasında sayılmıştır.”

Noterlerin “*Özel Olarak*” yapabileceği işlemlere ilişkin olarak Noterlik Kanunu’nun 61. maddesinde tespit işleri, 61/A maddesinde **Taşınmaz satış sözleşmesi**⁴³, 62 ile 67. maddeleri arasında Emanet işleri, 68. maddesinde Defter onaylama, 69. maddesinde Vasiyetname ve Ölüme bağlı tasarruflarla ilgili işlemler konularında düzenlemeler yapılmıştır. Noterlerin hem genel hem özel olarak yapabileceği işlemler, Noterlik Kanunu Yönetmeliği⁴⁴’nin 7. maddesinde detaylı bir şekilde sayılmıştır.

Noterlerin yapabilecekleri “*Diğer İşlemler*” ise NK m.71/A, m.71/B ve m.71/C’de düzenlenmiştir. 2011 yılında Noterlik Kanunu’na eklenen 71/A maddesiyle, terk eden eşin ortak konuta davet edilmesi ve mirasçılık belgesi verilmesi konularında noterlere yetki verilmiştir⁴⁵.

Taşınmazlara ilişkin taşınmaz satış vaadi sözleşmesi düzenlemek noterlerin yapacağı işlemler arasındadır. 7413 sayılı Kanununun 11. maddesiyle Noter-

⁴² 7413 sayılı Kanun m.11 ile 23.06.2022 tarihinde değiştirilmiştir.

⁴³ 7413 sayılı Kanun m.12 ile 23.06.2022 tarihinde eklenmiştir.

⁴⁴ 13.07.1976 tarih, 15645 sayılı RG.

⁴⁵ 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.14 ile 31.03.2011 tarihinde yapılan değişiklik.

lik Kanunu'nda yapılan değişiklikle noterlere, taşınmaz satış vaadi sözleşmesini taraflardan birinin talep etmesi, harç ve giderleri ödemesi halinde, tapu bilişim sistemiyle tapu siciline şerh etme yetkisi verilmiştir. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin tapu siciline şerh edilmesi, ön sözleşmeden doğan borç ilişkisini eşyaya bağlı hale getirmekte ve munzam etki sağlamaktadır⁴⁶. Bu durum sözleşmenin işlevselliğini artırarak, zaman ve hak kayıplarının önlenmesini sağlamıştır. Bu konuda noterlere yetki verilmesi isabetli olmuştur.

Taşınmaz satış sözleşmelerinin hazırlanması konusunda noterlere yetki verilmesine ilişkin kanun değişikliğinden önce noterlerin taşınmaz satışına ilişkin sözleşme yapması durumunda, sözleşmenin objektif ve subjektif tüm esaslı noktaları şekle uygunsu, sözleşmede taşınmaz mülkiyetinin devri borcu ve karşı tarafın yükümlülükleri açıkça belirtilmişse⁴⁷, yani gerekli şartlar varsa sözleşme tahvil yoluyla taşınmaz satış vaadi olarak ayakta tutulabilmektedir⁴⁸.

II. TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN KAZANILMASI

Aynı hak, kişiye eşya üzerinde doğrudan doğruya hakimiyet sağlayan, bu nedenle herkese karşı ileri sürülebilen bir mutlak haktır. Taşınmazlar üzerindeki aynı hakların kurulması, içeriğinin değişmesi, devredilmesi ve sona ermesi kural olarak tapu sicilinde yapılacak olan tescil ve terkin işlemleriyle gerçekleşir. Tescil makamı olan Tapu Sicil Müdürlükleri resmi merci olarak tescili gerçekleştirmekle yükümlüdürler⁴⁹.

Taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında, TMK m.705/1 gereğince tescil esastır⁵⁰. Nispi tescil ilkesi gereğince, sicil dışında kazanma istisnai durumlarda mümkündür⁵¹. Aynı hakkın kazanılmasının tescile bağlı olduğu hallerde tescil,

⁴⁶ Tanrıver ve Ergüne, 148.

⁴⁷ Uzun, Küçükgüngör, Erdoğan ve Yıldız, 23; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümleri*, 208-209.

⁴⁸ Tanrıver ve Ergüne, 148; Yakuppur, 651; Hakan Albayrak, "Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinde Görev ve Yetkiye İlişkin Sorunlar", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S.10 (2017): 43-95, 60; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 391; Kocayusufoğlu, *Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi*, 125; Kılıçoğlu, "Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması", 213; İsmet Sungurbey, *Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi*, (İstanbul: Sermet Matbaası, 1963), 9; Yargıtay taşınmaz satışına yönelik irade beyanının, satış vaadine ilişkin irade beyanını da barındırdığını, bu nedenle tahvilin mümkün olduğuna hükmetmektedir. YHGK, 26.06.1956, E.1956/1-70, K.1956/64; Y13HD, 08.05.1985, E.1985/2723, K.1985/3153, "... Noterlikçe re'sen düzenlenen senetle davacı müşterek taşınmaz binadaki payını davalıya satmıştır. Satış taşınmaz üzerindeki muhtesata ilişkindir. Burada tarafların daha şumullü işlem olan satışa ilişkin irade beyanında, satış vaadi ile ilgili icap ve kabul dahil bulunmamaktadır. Bu nedenle mevcut sözleşme hukuki tahvil prensibi gereğince satış vaadi olarak geçerli kabul edilmek gerekir..."

⁴⁹ Etem Saba Özmen, "Noterlere Taşınmaz Satışı Yetkisi Verilmesine İlişkin Kanun", *Ankara Barosu Dergisi* 80, S. 4 (2022): 501-540, 507; Uzun, Küçükgüngör, Erdoğan ve Yıldız, 21-22.

⁵⁰ Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 234.

⁵¹ Mehmet Akcaal, *Eşya Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 412; Hüseyin Hatemi, Rona Se-rozan ve Abdülkadir Arpacı, *Eşya Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitapevi, 1991), 484; Jale Akipek, Tur-

taşınmaz üzerindeki aynı hakkın kazanılmasını sağlayan tasarruf işleminin tamamlayıcısı olup kurucu etkiye sahiptir⁵².

Taşınmaz mülkiyetinin tescil ile kazanılması için geçerli bir kazanma sebebinin olması gerekmektedir⁵³. Kazanma sebebi olan *borçlandırıcı işlem*, mülkiyeti devir borcu doğuran bir hukuki ilişkidir. Borçlandırıcı işlemlerin yer aldığı evre taahhüt aşaması olarak da ifade edilmektedir. Borçlandırıcı işlemlerle taşınmaz maliki malvarlığının pasifini artırmış olur. Aynı hakkı başkasına nakletme veya başkası lehine aynı hak tesis etme taahhüdü, doğrudan hakkı kazandırmayıp, taahhüt edene söz konusu sonucu sağlama borcu yükler. Karşı taraf da bu sonucu talep hakkına sahip olur⁵⁴.

Tasarruf işlemleri ise borcun ifasını gerçekleştirerek, taahhüt edilen aynı hakkı kuran, sona erdiren ve değiştirerek malvarlığının doğrudan aktifini etkileyen işlemlerdir⁵⁵. Taşınmaz mülkiyetinin tescil yoluyla kazanılabilmesi için taşınmazı devir borcu bulunan taşınmaz malikinin tescil talebinde bulunması (TMK m.1013/1), borçlandırıcı işlemin tasarruf işlemiyle tamamlanması gerekmektedir⁵⁶.

Taşınmaz maliki sözleşmeden doğan mülkiyeti devir borcunu alacaklı adına tescil etmekle ifa etmiş olur⁵⁷. Tescil talebinde bulunan kişinin tasarruf yetkisine sahip olması ve hukuki sebebi belgelendirmesi gerekmektedir. (TMK m.1015/1)⁵⁸ Bu nedenle taşınmazın maliki veya onun yetkili temsilcisi, tescil talebinde bulunabilir⁵⁹. Temsilci aracılığıyla tescil talebinde bulunulması için temsil yetkisinin

gut Akıntürk ve Derya Ateş, *Eşya Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2018), 462; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 467; A. Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 124; Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku*, (Ankara: Yetin Yayınları, 2014), 199; Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 206; Fikret Eren ve Veysel Başpınar, *Toprak Hukuku*, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2017), 243; TMK m.705/2 kapsamındaki hallerde taşınmaz mülkiyeti tescil gerçekleşmeden önce kazanılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Faruk Acar, *Aile Konutu-Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021), 410; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 340-361; Tanrıver ve Ergüne, 145; Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 79 vd.; Yakuppur, 651-654.

⁵² Sirmen, *Eşya Hukuku*, 188-189; Tanrıver ve Ergüne, 157.

⁵³ Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 206; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 388; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 409; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 343; Turhan Esener ve Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 206-214; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 463; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 202-203.

⁵⁴ Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 200; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 213; O. Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Eşya Hukuku*, 571; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 409; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 463; Karayalçın, "Tapuda Kayıtlı Olan ve Olmayan Taşınmazlarda Resmi Şekil ve Noterler", 20; Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Eşya Hukuku*, 488.

⁵⁵ Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 56; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 48; Özmen, "Noterlere Taşınmaz Satışı Yetkisi Verilmesine İlişkin Kanun", 506; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, 170-179.

⁵⁶ Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 206.

⁵⁷ Özmen, "Noterlere Taşınmaz Satışı Yetkisi Verilmesine İlişkin Kanun", 506-508.

⁵⁸ Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 292; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 188.

⁵⁹ Akçaal, *Eşya Hukuku*, 266; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 296; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 189-194.

noter tarafından düzenlenmiş bir vekaletnameyle belgelendirilmesi gerekmektedir. (Tapu Sicil Tüzüğü m.18/4) Tapu memuru yazılı tescil talebiyle tescil işlemini yapabilir. (TMK m.1013; Tapu Sicil Tüzüğü m.16/1) Yapılan tescil ile aynı hakkın kazanılmasını sağlayan tasarruf işlemi tamamlanır. Tescilin temelini oluşturan borçlandırıcı işlem geçersiz ise tescil de yolsuz tescil olur⁶⁰.

Borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi arasında birlik ilkesi ve ayrılık ilkesi olarak iki ayrı sistemden bahsedilmektedir. İşlemlerde birlik ilkesine göre, devreden ve devralanın iradelerinin uyuşmasıyla, borçlandırıcı ve tasarruf işlemlerinin gerçekleştiği kabul edilmektedir. Birlik ilkesi Fransız hukukunda hakim olan sistemdir. Ayrılık ilkesine göre ise borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi ayrı ayrı değerlendirilmektedir. Aynı hakkın devren kazanılmasında, borçlandırıcı işlemin ardından tasarruf işleminin yapılması gerekmektedir⁶¹. Bu kapsamda sözleşme ile mülkiyet nakledilmemekte, sadece mülkiyeti devir borcu doğmaktadır. Satış sözleşmesiyle mülkiyetin geçişinde, iki aşamalı Alman “*ayrılık sistemi*” İsviçre ve Türk hukuklarını etkilemiştir⁶². Türk-İsviçre Hukuku ve Alman hukuku sistemlerinde ayrılık ilkesi geçerlidir⁶³.

Tapu Sicil Müdürlüklerinde Düzenlenen Resmî Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m.7'nin, i bendi gereğince, “*Tasarrufla işleme yönelik tescil talebini içeren irade beyanları*”nın resmî senette yer alması gerekmektedir. Bu durum taşınmaz satış sözleşmelerinin sadece borçlandırıcı işlem olma niteliğini ortadan kaldırmaktadır. Beyan, tasarruf işleminin parçası olan tapu memurunun resmî senedi kütüğe geçirmesine ilişkin usulü bir talepten ziyade, mülkiyeti geçirme isteğini kapsamaktadır⁶⁴. Tapu dairelerinin, resmî senet matbu örneklerinde “*Taraflar işbu satım sözleşmesinin tescilini talep ettiler*” şeklinde ifade yer almakta, tescil talebi altına sadece taşınmaz malikinın değil alacaklının da imzaları alınmaktadır⁶⁵. Tasarruf işlemine yönelik irade beyanının resmî senette bulunması borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemini birleştirmekte, iç içe geçirmektedir⁶⁶.

Taşınmaz mülkiyetinin devri bağlamında borçlandırıcı işlemler ile tasarruf işlemlerini birbirinden ayırarak, borçlandırıcı işlemlerin icrasında noterleri; tasarruf işlemlerinin icrasında ise tapu müdürlüklerini yetkili kılmak düşünülmüştür. Hukukçu kimliği bulunan noterler, tapu sicil memurlarına göre daha fazla

⁶⁰ Uzun, Küçükgüngör, Erdoğan ve Yıldız, 22; Karayalçın, “Tapuda Kayıtlı Olan ve Olmayan Taşınmazlarda Resmî Şekil ve Noterler”, 20.

⁶¹ Antalya ve Topuz, *Eşya Hukuku*, 167; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 213; Tanrıver ve Ergüne, 158.

⁶² Mehmet Serkan Ergüne, *Taşınır Mülkiyeti*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 178; Şenol, 359.

⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Antalya ve Topuz, *Eşya Hukuku*, 167.

⁶⁴ Şenol, 361.

⁶⁵ Özmen, “Noterlere Taşınmaz Satışı Yetkisi Verilmesine İlişkin Kanun”, 509.

⁶⁶ Şenol, 362; Rona Serozan, Başak Baysal ve Kerem Cem Şanlı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 841.

hukuki bilgi ve deneyim sahibi oldukları için borçlandırıcı işlemlerin icrasında yetkili kılınmıştır⁶⁷.

Doktrindeki bazı yazarlara göre; NK m.61/A hükmü kapsamında noterliklerde yapılan taşınmaz satış sözleşmelerinde tapu uygulamasına benzer olarak borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi iç içe geçirilmiştir⁶⁸. Taşınmaz satış sözleşmesinin içerisinde tek taraflı tasarruf işlemi olan tescil talebinin bulunması, borçlandırıcı işlem-tasarruf işlemi ayrımı ile uyumlu değildir⁶⁹. Noterin düzenlediği taşınmaz satış sözleşmesinde tescil talebinin de yer alması tapu müdürlüğünün yetki alanına müdahale anlamına da gelebilir⁷⁰.

Bazı yazarlar ise, taşınmaz mülkiyetinin naklinde noterlerin, sadece bir borçlandırıcı işlem olan taşınmaz satış sözleşmesinin hazırlanması evresinde görevlendirilmesi gerektiğini, taşınmaz mülkiyetinin nakline yönelik tasarruf işlemine yönelik tescil talebini yapma görev ve yetkisinin, tapu müdürlüğüne ait olması gerektiğini savunmaktadırlar⁷¹. Tapu Kadastro Genel Müdürlüğünün tescil makamı olarak kalması sağlanarak, tapu güvencesini sağlanmaya devam edilmelidir. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün tamamen devre dışı bırakılarak taşınmaza ilişkin tüm işlemlerde, tescil yükü de dahil olarak noterlerin yetkili kılınmasının erken olduğu ifade edilmektedir⁷².

III. NOTERLERE TAŞINMAZ SATIŞ SÖZLEŞMESİ DÜZENLEME YETKİSİ VERİLMESİ

A. NOTERLERE VERİLEN TAŞINMAZ SATIŞ SÖZLEŞMESİ DÜZENLEME YETKİSİ VE SINIRLARI

Noterlere taşınmaz satış sözleşmesi yapma yetkisi verilirken taşınmaz türleri açısından herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Noterler, TMK m.704 kapsamında araziler, kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar üzerindeki mülkiyetin devri taahhüdünü içeren taşınmaz satış sözleşmelerini yapabilmektedirler⁷³.

Kanun koyucu tarafından, mülkiyet hakkına ve mülkiyet hakkının verdiği yetkilere müdahale edilerek, sınırlamalar getirilmektedir⁷⁴. TMK ve NK ile geti-

⁶⁷ Tanrıver ve Ergüne, 146-147.

⁶⁸ Yakuppur, 654; Tanrıver ve Ergüne, 178.

⁶⁹ Tanrıver ve Ergüne, 158.

⁷⁰ Tanrıver, Avukatlık ve Noterlik Hukuku, 155.

⁷¹ Tanrıver ve Ergüne, 156-157. İsviçre hukukunda noter tarafından düzenlenen taşınmaz satış sözleşmesinde tasarruf işlemi niteliğindeki tescil talebi yer almamaktadır, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art.457-977 ZGB, Herausgeber: Thomas Geiser, Stephan Wolf (Basel: Helbing Lichtenhahn, 2019), Art.657, N.4 vd.

⁷² Özmen, "Noterlere Taşınmaz Satışı Yetkisi Verilmesine İlişkin Kanun", 528.

⁷³ Tanrıver ve Ergüne, 145-146.

⁷⁴ Eren, Mülkiyet Hukuku; Demirboğa, "Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi Yapılmasına İmar Kanunu ve Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Tarafından Getirilen Sınırlamalar ve Noterin Sorumluluğu", 86 vd.

rilen sınırlamaların yanısıra İmar Kanunu, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu, Gecekondu Kanunu ve Orman Kanunu gibi birçok kanunda sınırlamalar bulunmaktadır⁷⁵. Noterler, devir sınırlamalarına aykırı olarak taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ve taşınmaz satış sözleşmesi yaptıkları takdirde bundan doğacak zarardan, NK 53. ve 162. maddeleri gereğince sorumlu olurlar⁷⁶.

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu ile tarım arazilerinin satış, devir, miras ve rehin yoluyla bölünmesinin verimliliği etkilediği gerekçeleriyle mülkiyetlerinin devrine önemli sınırlamalar getirilmiştir. Kanun'un 8. maddesi emredici ve kamu düzenine ilişkin olup, bu hükme aykırı olarak taşınmaz satış sözleşmesi ve taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılamaz⁷⁷. Noter tarafından taşınmazın kayıtları incelenerek tarla/bağ/bahçe/zeytinlik vs. olup olmadığı incelenmeli, taşınmazın vasfının tayininde tereddüde düşülmesi halinde, taşınmazın vasfına ve gerekirse satışına izin için il/ilçe tarım müdürlüklerinden yazı istenmelidir. İl/ilçe tarım müdürlükleri tarafından; ilgili taşınmazın farklı kişilere hisseli olarak satılması halinde bölünebilir büyüklükte olup olmadığı ya da satışının mümkün olup olmadığının değerlendirilmesi yapılacaktır. Satışı izne bağlı olan diğer taşınmazlarda ise noter sistem tarafından uyarılacaktır.

Taşınmaz satış sözleşmelerinin noterler tarafından yapılabileceği NK m.61/A'da düzenleme altına alınırken, noterlerin yer itibarıyla yetkisine ilişkin bir sınırlama yapılmamıştır. NK m.2'deki genel düzenleme gereğince, noterlerin yetki çevresi kural olarak kurulu buldukları Asliye Hukuk Mahkemesinin yargı çevresidir. Bir ilin belediye sınırları içinde, birden fazla noterlik bulunması durumunda, her bir noterlik bağlı olduğu Asliye Hukuk Mahkemesinin yargı çevresi ile sınırlı olmaksızın, o ilin belediye sınırları içerisindeki tüm noterlik işlemlerini yapmaya yetkilidir. NK m.2, yer itibarıyla yetkisizliğin noterlikte yapılmış işlemlere etkisine ilişkin bir belirlemede bulunmadığı için eksik ve yetersiz bir hükümdür⁷⁸. Yer itibarıyla yetkiye ilişkin genel olarak kabul edilen görüşe göre, özel olarak belirlenmiş haller dışında, yetkisiz bir noterlikte yapılmış olan işlemlerin, salt bu nedenle geçersiz sayılmaması gerekmektedir⁷⁹.

⁷⁵ Demirboğa, "Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi Yapılmasına İmar Kanunu ve Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Tarafından Getirilen Sınırlamalar ve Noterin Sorumluluğu", 86.

⁷⁶ Kurt, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", 85; Demirboğa, "Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi Yapılmasına İmar Kanunu ve Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Tarafından Getirilen Sınırlamalar ve Noterin Sorumluluğu", 83; Bkz. Y11.HD, 21.03.2011, E.2000/9959, K.2011/2948.

⁷⁷ Demirboğa, "Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi Yapılmasına İmar Kanunu ve Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Tarafından Getirilen Sınırlamalar ve Noterin Sorumluluğu", 83-110; Bkz. Y14.HD, 02.11.2009, E.2009/12498, K.2009/11836; Y14.HD, 13.11.2012, E.2012/11594, K.2012/13194.

⁷⁸ Tanrıver ve Ergüne, 152.

⁷⁹ Ali Cem Budak, Varol Karaaslan, Eylem Apaydın ve Fatih Aydemir, *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitapevi, 2021), 172-173; Çetin ve Ateş, *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, 187-188.

Taşınmaz satış sözleşmesinin, satılacak taşınmazın bulunduğu yer noterliğince yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Taraf iradelerine üstünlük tanınarak, resmi senedin geçerliliği için tüm koşullar gerçekleşmişse, sadece noterin yer itibariyle yetkili olmaması nedeniyle satış sözleşmesi geçersiz sayılmamalıdır. Noterler tarafından taşınmaz satış sözleşmesi hazırlama süreci bilişim sistemi üzerinden yürütüldüğü için noterin yer itibariyle yetkili olmamasının mutlak geçersizlik nedeni olarak kabul edilmesi isabetli olamaz⁸⁰.

Yabancı ülkelerde yaşayan Türk vatandaşlarının noterlik işlemleri, Türk konsoloslukları tarafından konsolosluk binası içinde görülmektedir. NK m.193'de konsoloslukların noterlik işlemleri hakkında uygulanacak maddeler sıralanmış, bu maddeler arasında 61/A maddesi açıkça sayılmamıştır. Doktrinde yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının, taşınmazlarına ilişkin satış sözleşmesini, yerleşim yerinin bulunduğu ülkelerdeki Türk konsoloslukları aracılığıyla yapabileceği ifade edilmektedir⁸¹. Ancak konsolosluklarda taşınmaz satış sözleşmesinin yapılıp yapılmayacağı konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. En kısa sürede bu konunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Uygulamada genellikle ilgililer taşınmazlarının satılması için Türkiye'de yaşayan tanıdıklarına taşınmaz satış yetkisi içeren vekaletnameler vermektedir, ilgili kişiler vekaletname ile satış işlemini gerçekleştirmektedirler.

Yurtdışındaki yabancı noterler, TNB sistemine ve Tapu Bilişim Sistemine erişimleri olmadığı için taşınmaz satış sözleşmesi yapamazlar. Yabancı bir noter tarafından yapılan taşınmaz satış sözleşmesi, Türk hukukundaki geçerlilik koşullarını sağlıyorsa tahvil yoluyla taşınmaz satış vaadi sözleşmesi olarak ayakta tutulabilir⁸².

B. KONUYA İLİŞKİN DİĞER ÜLKELERDEKİ UYGULAMA ÖRNEKLERİ

İsviçre Medeni Kanunu'nun 657. maddesinde taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin sözleşmeleri ve İsviçre Borçlar Kanunu'nun 216. maddesinde taşınmaz satış sözleşmesinin resmi şekilde yapılması gerektiği düzenlenmiş, ancak resmi şekli yapmaya yetkili merci belirtilmemiştir⁸³. Noterlik hukukuna ilişkin düzenlemeler İsviçre'de kantonlar düzeyindedir⁸⁴. Kantonlar, tapu dairelerince yapılan sözleşmelerin kimler tarafından düzenleneceğine karar vermektedir⁸⁵. İsviçre Hu-

⁸⁰ Tanrıver ve Ergüne, 152.

⁸¹ Tanrıver ve Ergüne, 152.

⁸² Kılıçoğlu, "Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması", 213; Tanrıver ve Ergüne, 153; Şenol, 367.

⁸³ Loi sur le notariat (Vaud) Art.1, Loi sur le notariat (Valais), Art.72, Loi sur le notariat (Geneve), Art.2; Yakuppur, 650-658; Isaac Meier, "İsviçre Noterlik Hukuku: Birleştirilmiş Özel Hukuk, Usul Hukuku ve Avukatlık Hukuku İçinde Kantonal Çeşitlilikten Bir Kalıntı" (Çev. Nilüfer Boran-Güneysu), (Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-VIII, Abant 9-10 Ekim 2009), 471-488; Şenol, 360.

⁸⁴ Meier, 472; Kurt, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", 88.

⁸⁵ Robert Haab, August Simonius, Werner Scherrer and Dieter Zobl. Das Eigentum, Art.641-729 ZGB Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich: 1977, N.11; Meier, 472.

kukunda genel olarak resmi senet düzenleme yetkisi noterlere verilmiş⁸⁶, sınırlı sayıda Kanton'da ise tapu memurları tarafından yerine getirilmektedir⁸⁷.

Bern Kantonu Noterlik Kanunu'nda⁸⁸ ("*Notariatsgesetz des Kantons Bern*") taşınmazlar üzerinde aynı hak tesis etmeye veya değiştirmeye yönelik her türlü işlemin noter tarafından yapılabileceği düzenlenmiştir⁸⁹. Noter tarafından yapılan taşınmaz satışına ilişkin belgelerin tapu siciline kaydettirilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Zürih Noterlik Kanunu'nda⁹⁰ ("*Notariatsgesetz-NotG*") ve Noterlik Kanunu Yönetmeliği'nde⁹¹ ("*Notariatsverordnung*") de aynı usul benimsenmiş, taşınmazlara ilişkin işlemlerin noterler tarafından yapılacağı ve işlemlerin sicile işlenmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır⁹². Bern ve Zürih kantonlarında taahhüt ve tasarruf aşamaları ayrılmakta, sadece borçlandırıcı işlem noter tarafından yapılmaktadır⁹³. Noter tarafından resmi şekilde yapılan taşınmaz satış sözleşmesi aynı hakkın diğer tarafa geçmesini sağlamamaktadır. Mülkiyet hakkının karşı tarafa geçmesi için tescil işlemi yapılmalıdır. Elektronik tapu sicilinin tutulmasına ilişkin düzenlemeler "*Grundbuchverordnung*"da⁹⁴ yapılmıştır. Bu düzenlemenin ilgili maddeleri (Art.46 vd.) gereğince tescil talebi malik tarafından tapu müdürlüğüne yapılmaktadır. Tescil işleminin yapılmasında tapu daireleri yetkilidir⁹⁵.

Noterlerin yetkili olduğu Kanton'larda, borçlandırıcı işlem noter tarafından yapılırken, tasarruf işlemi tapu müdürlükleri tarafından yapılmaktadır⁹⁶. Taşınmaz satış sözleşmesinin noterde düzenlendiği durumlarda, tapu sicilinin tutulmasından doğan tüm zararlardan önce Kantonlar sorumlu tutulmakta, Kanton'ların da kusurlu olan görevlilere rücu etmesi öngörülmektedir. (*Zivilgesetzbuch* art.955; *Notariatsgesetz des Kantons Bern* art.57-58)⁹⁷

İsviçre'de noterlere, taşınmaz satışı esnasında bankalar aracılığıyla para akışını yönlendirme yetkisi verilmiştir. Noterler taraflar arasında güvenli para trans-

⁸⁶ Yakuppur, 649; Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 234.

⁸⁷ Haab, Simonius, Scherrer and Zobl, Art.657 ZGB, N.22; Meier, 472; Uzun, Küçükgüngör, Erdoğan ve Yıldız, 30; Yakuppur, 658; Şenol, 360.

⁸⁸ Notariatsgesetz des Kantons Bern-NG, BSG 169.11, vom 22.11.2005, in Kraft seit: 01.07.2006.

⁸⁹ Bkz. Notariatsgesetz des Kantons Bern-NG, Art 21.

⁹⁰ Notariatsgesetz-NotG, vom 9. Juni 1985, <https://www.lexfind.ch/tolv/125148/de> (ET: 19.04.2024).

⁹¹ Notariatsverordnung, vom 23 Nov 1960.

⁹² Bkz. *Notariatsgesetz-NotG*, §13.

⁹³ Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 233.

⁹⁴ Grundbuchverordnung, vom 23 Sep 2011, Yönetmelik 1 Ocak 2012'de yürürlüğe girmiştir, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2011/667/de>, (ET: 19.04.2024).

⁹⁵ Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 232.

⁹⁶ Hans Giger, Heinz Hausheer, Der Grundstückkauf, Art.216-221 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Kauf und Tausch BK - Berner Kommentar Band/Nr. VI/2/1/3, 1997, N.15-16'dan Aktaran Şenol, 360; Karayalçın, "*Tapuda Kayıtlı Olan ve Olmayan Taşınmazlarda Resmi Şekil ve Noterler*", 16.

⁹⁷ Basler Kommentar, Art.955, N.33-34.

ferini sağlamaktadırlar. Bu düzenlemeler işlem güvenliğinin sağlanması ve hızlı bir şekilde işlemlerin yapılması için faydalıdır⁹⁸.

Taşınmaz satışının noterler tarafından yapıldığı ülkelere Almanya da örnek verilebilir⁹⁹. Alman hukuku kapsamında, Federal Noterlik Kanunu'nda (*Bundesnotarordnung-BNotO*)¹⁰⁰ noterlere ilişkin genel düzenlemeler yapılmıştır. Asli görevleri belgelendirmek olan Noterler, taşınmazlara ilişkin tüm işlemleri yapma konusunda tek yetkili makamdır¹⁰¹. Alman Medeni Kanunu'nun (*Bürgerliches Gesetzbuch-BGB*) 873. paragrafında taşınmazın devrine ilişkin düzenleme yapılmıştır. Kanunu'nun 925. paragrafı ve devamında ise taşınmaz satışına ilişkin usul düzenlenmiştir. Bu kapsamda bir arazinin mülkiyetinin devredilmesi için devreden ve devralanın anlaşması, her iki tarafın aynı anda yetkili makam önünde hazır bulunması ve iradelerini beyan etmeleri gerekmektedir. 925. paragrafın devamında herhangi bir noterin, diğer makamların yetkisine bakılmaksızın, devri kabul etmeye yetkili olduğu belirtilmektedir¹⁰². Alman Medeni Kanunu'nun 311b paragrafı gereğince taraflardan birinin taşınmazını devretmeyi taahhüt ettiği sözleşmelerin noter huzurunda düzenlenmesi gerekmektedir. Taşınmaz üzerindeki aynı hakkın diğer tarafa geçebilmesi için noterde taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesinden sonra taraflar arasındaki anlaşmanın tapu siciline tescil edilmesi gerekmektedir¹⁰³.

Alman Hukuku'nda Tapu Sicil Tüzüğü ("*Grundbuchordnung*")¹⁰⁴ ve Tapu Sicil Uygulama Yönetmeliği ("*Grundbuchverfügung*")¹⁰⁵ kapsamında tapu siciline ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Tapu sicilinde aynı hakkın kazanılması için tescil talebi hem devirden yararlanacak kişi hem de noterler tarafından yapılabilir. (*Grundbuchordnung*, art.13, art.15).

Almanya'da Tapu Müdürlüklerince elektronik ortamda tutulan taşınmaz siciliyle noterlerin kullandığı program entegre edilmiştir¹⁰⁶. Noterler tarafından

⁹⁸ Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 234.

⁹⁹ Melaschuk. I. Alles, was recht ist. Deutscher Drucker Stuttgart, 41(1), s. 26'dan aktaran Uzun, Küçükgüngör, Erdoğan ve Yıldız, 25; Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 234.

¹⁰⁰ *Bundesnotarordnung-BNotO*, <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>, (ET: 19.04.2024).

¹⁰¹ Peter Gottwald, "*Almanya'da Noterlik Alanında Güncel Gelişmeler*", (Çev. Özlem Yazar), Medeni Usul ve İcra- İflas Hukukçuları Toplantısı- VII, Türk, Almanya ve İsviçre Hukuklarında İflas, Konkordato ve Noterlik Alanındaki Gelişmeler, (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2009), 409; Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 234.

¹⁰² Hanns, Prütting. *Sachenrecht*, (München: Verlag C.H. Beck Verlag, 37. Baskı), 2020, §16, 61; Fritx, Baur, Jürgen F, Baur ve Rolf, Stürner. *Sachenrecht*. (München, C.H. Beck Verlag, 18. Baskı), 2009, §19, 235; Harm Peter Westermann, Karl-Heinz Gursky, ve Dieter Eickmann. *Sachenrecht*. (Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 8. Baskı, 2011), §74.

¹⁰³ BGB 873, https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_873.html, (ET: 15.04.2024).

¹⁰⁴ Bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/gbo/BJNR001390897.html>, (ET: 12.04.2024).

¹⁰⁵ Bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/gbvfg/>, (ET: 12.04.2024).

¹⁰⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gottwald, "*Almanya'da Noterlik Alanında Güncel Gelişmeler*", 425; Stefan, Hügel. *BeckOK GBO*. (München: C.H. Beck Verlag, 52. Edition, 2024), §135; Wolfgang,

taşınmaz satışına ilişkin işlemler yapılarak gerekli tescil başvuruları tapu müdürlüklerine elektronik ortamdan iletilmektedir¹⁰⁷.

Federal Noterlik Kanunu'nun (*Bundesnotarordnung-BNotO*) 19. paragrafında noterlerin yapacakları işlemler sonucunda ortaya çıkan zararlardan dolayı hukuki sorumluluklarına ilişkin düzenleme yapılmıştır. Bu kapsamda noterler resmi görevlerini kasten veya ihmalleri ile ihlal eder, bundan dolayı üçüncü kişiler bir zarara uğrarsa ortaya çıkan zararları tazmin etmelidirler. Noterler, diğer kamu görevlilerinden farklı olarak şahsen sorumludurlar¹⁰⁸. Noterlerin taşınmaz satış sözleşmesi düzenlemelerinden kaynaklanan sorumluluklarının kusur sorumluluğu olduğu genel olarak kabul edilmektedir¹⁰⁹. Noterlerin hukuki sorumluluklarını güvence altına almak amacıyla, Federal Noterlik Kanunu'nun (*Bundesnotarordnung-BNotO*) 19a paragrafı ile noterlere mali sorumluluk sigortası yaptırma yükümlülüğü getirilmiştir¹¹⁰.

Noterler taşınmazın gerçek değerinin ortaya koyulmasında her türlü araştırma ve incelemeyi yapmakla yükümlüdürler. "*Immobilienwertermittlungsverordnung*¹¹¹" (Gayrimenkul değerlendirme Yönetmeliği) kapsamında değerlendirme faaliyetleri yapılmaktadır. Genellikle değerlendirme alanında çalışan özel firmalar tarafından bu araştırma ve incelemeler yapılır¹¹². Bu sayede hem taşınmaz satışından alınacak harç ve vergi miktarları doğru bir şekilde belirlenmekte hem de muvazaa iddialarının önüne geçilebilmektedir.

Schneider. "Verwalter und Grundbuch", Zeitschrift für Wohnungseigentumsrecht- ZWE, (2014): 349 - 353, 350; Dominik, Gassen ve Robert, Mödl. "Der elektronische Rechtsverkehr in Grundbuchsachen", ZRP, 3 (2009): 77-80, 79 vd.

¹⁰⁷ Taşınmaz satışına ilişkin Almanya'daki sürece ilişkin olarak; "*Taşınmaz satış sözleşmesi, noterce sözleşmenin hazırlanması, taraflara okunması ve taraflarca sözleşmenin imzalanmasından sonra noter tarafından önce elektronik ortamda tapu müdürlüğüne gönderilir. Bu aşamada tapu müdürlüğü tarafından "kötü niyetli devirlerin engellenmesi için" taşınmaza elektronik ortamda bloke konulur. Daha sonra ıslak imzalı taşınmaz satış sözleşmesi bizzat noter tarafından tapu müdürlüğüne götürülür. Sözleşme önce tapu memuru tarafından elektronik ortamda kontrol edildikten sonra Asliye Hukuk Mahkemesinde "Rechtspfleger" (adli hizmet uzmanı) tarafından fiziki ve elektronik ortamda son kez kontrol edildikten ve elektronik ortamda onay verildikten sonra tapu memuru tarafından taşınmaz satışı sonlandırılır ve bu aşamada mülkiyet devrolunur. Tapu müdürlüğündeki tüm bu işlemler yaklaşık '30 dakika' sürmektedir.*", Takak, M., Almanya Notları (Yayınlanmamış tarihsiz rapor)'dan Aktaran Uzun, Küçükgüngör, Erdoğan ve Yıldız, 26.

¹⁰⁸ Kurt, Haag. *Der Haftpflichtprozess mit Einschluss des materiellen Haftpflichtrechts*. (München: C.H. Beck 2015), 265; Peter, Hogl. *Beck'sches Notar-Handbuch, Notarhaftung*. (München: C.H. Beck, München 2019), §35.

¹⁰⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Andreas, Spickhoff. "Die Haftung des Notars Zwischen Öffentlicher Amtshaftung und Privater Berufshaftung Eintarg aus Deutschland", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan Özel Sayısı, (2015), 387 vd.; Jörn Heinemann ve Christoph Trautrim. *Notarrecht*. (Bnoto: Nomos Verlag, Baden-Baden, 2022), §20.

¹¹⁰ Jörn Heinemann ve Christoph Trautrim. *Notarrecht*. (Bnoto: Nomos Verlag, Baden-Baden, 2022), §19a.

¹¹¹ *Immobilienwertermittlungsverordnung*, https://www.gesetze-im-internet.de/immowertv_2022/BJNR280500021.html, (ET: 19.04.2024).

¹¹² Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 229.

Almanya’da noterler, yetkili bir irtibat kişisi olup, satın alma fiyatına ek olarak hak ve yükümlülüklerin düzenlendiği bir satın alma sözleşmesi düzenleyebilirler. Satın alma miktarını güvende tutmak amacıyla güven sözleşmesi yapabilirler. Noterler tapu sicil başvurusunu yapabilir ve kendilerine emanet edilen alım bedelini satıcıya iletebilirler¹¹³.

İsviçre ve Almanya hukuk sistemlerinde noterler tarafından taahhüt işlemi niteliğindeki taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesinin yanısıra taşınmazın gerçek değerinin belirlenmesi ve transferi sağlanmaktadır. Bu uygulamanın ülkemiz için de getirilmesinin sorunları gidereceği, birçok davanın açılmasını engelleyeceği, taşınmaz satışından alınacak harç ve vergi miktarların gerçek değer üzerinden tahsil edilmesini sağlayacağı ifade edilmektedir¹¹⁴.

Avrupa Birliğine dahil birçok ülkede noterlere, sadece taşınmaz satış sözleşmesi yapma konusunda değil, taşınmaz mülkiyetinin ivazlı veya ivazsız olarak nakli ve taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak tesisi konularında da sözleşme yapma yetkisi verilmiştir¹¹⁵. Noterlerin bu konularda münhasır yetkili kılınmasının nedeni, işlem güvenliğini gerçekleştirmeye en elverişli kurum olarak görülmeleridir¹¹⁶. Almanya, İtalya¹¹⁷, İspanya¹¹⁸, Fransa¹¹⁹, Belçika¹²⁰, Hollanda ve Lüksemburg gibi ülkelerde noterler, bu konularda münhasır olarak yetkilidirler¹²¹. Türk hukuk sisteminde de bir bütün halinde bu yetkilerin noterlere verilmesinin daha isabetli olacağı düşünülmektedir¹²². Azerbaycan’da da taşınmaz mülkiyetinin devri ve taşınmaz üzerinde aynı hak tesis edilmesini sağlayan sözleşmeleri yapma yetkisi noterlere aittir¹²³.

IV. NOTERLERİN SÖZLEŞME DÜZENLEMESİ

Taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesine ilişkin olarak, “*Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik*”in 5 ile 8. maddeleri arasında, “başvuru”, “sözleşmenin hazırlanması” ve “sözleşmenin yapılması” şeklinde üç aşama öngörülmüştür.

¹¹³ Uzun, Küçükgüngör, Erdoğan ve Yıldız, 25.

¹¹⁴ Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 236.

¹¹⁵ Tanrıver, “Avrupa Birliği Ülkelerinde”, 50-51.

¹¹⁶ Tanrıver ve Ergüne, 146.

¹¹⁷ Codice Civile art.1350-1353, 1537-1541 (İtalya Medeni Kanun’u); Legge Notarile art.49 vd.

¹¹⁸ Código Civil art.1445-1450 (İspanyol Medeni Kanunu); Ley del Notariado art.1, 23, 24, 73.

¹¹⁹ French Code Civil art.1582, 1681 (Fransız Medeni Kanunu).

¹²⁰ Eamonn G. Hall. *Institute of Notarial Studies*, “The Common Law and Civil Law Notary in the European Union: A Shared Heritage and an Influential Future?” <https://www.notaryinstitute.ie/wp-content/uploads/2022/02/European-Union-and-the-Notary.pdf>, (ET: 20.04.2024), 9; Belgium Civil Code art.1583-1659 (Belçika Medeni Kanunu).

¹²¹ Tanrıver, “Noterlerin İşlevleri Alanında”, 67.

¹²² Tanrıver, “Avrupa Birliği Ülkelerinde”, 50-51.

¹²³ Uzun, Küçükgüngör, Erdoğan ve Yıldız, 31; Notariat Haqqında Azərbaycan Respublikasının Qanunu md.10-19 (Azerbaycan Cumhuriyeti Noterlik Kanunu).

A. BAŞVURU

Noterler tarafından taşınmaz satış sözleşmesi düzenlenmesinde başvuru aşaması, “*Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik*”in 5. maddesinde düzenlenmiştir.

Noterde taşınmaz satış sözleşmesi yapabilmek için TNB'nin “*e-randevu/başvuru*” uygulamasından e-Devlet kullanılarak başvuru yapılması ve satılacak taşınmazın seçilmesi gerekmektedir. Başvuru esnasında; taşınmaz satış sözleşmesinin taraflarının, varsa kanuni veya akdi temsilcilerinin kimlik bilgileri, tebligata esas adresleri ve iletişim bilgileri, kanuni ve akdi temsile ilişkin bilgiler, taşınmazın emlak vergi değeri ile taraflar arasında belirlenen satış bedelinin Türkiye Noterler Birliği Bilgi Sistemine (TNBBS) yüklenmesi gerekmektedir. Taraflar yükledikleri belgelerin asıllarını ilgili noterliğe müracaat ettikleri esnada ibraz etmelidirler.

Taraflar başvuru esnasında sözleşmenin düzenlenmesini istedikleri noterliği seçerler. TNBBS'ye gönderilen taşınmaz satış sözleşmesi talepleri seçilen noterliğin başvuru ekranına düşer. Noter, taşınmaz satış başvurusu üzerine TNBBS'den başvuru belgesi düzenler. Şayet noterin hukuki veya fiili bir engeli nedeniyle başvuru belgesi düzenlenemezse, noterlikçe başvuru reddedilir. Durum tarafların bildirdikleri telefon numaralarına kısa mesajla bildirilerek, noterlik bilgisini güncelleme imkanı sağlanır.

B. SÖZLEŞMENİN HAZIRLANMASI AŞAMASI

Noterler tarafından taşınmaz satış sözleşmesi düzenlenmesinde sözleşmenin hazırlanması aşaması, “*Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik*”in 7. maddesinde düzenlenmiştir.

Taşınmaz satış sözleşmesi yapmak için e-devlet üzerinden başvuru yapıldıktan sonra başvuru, tarafların talep ettiği noterliğin ekranına düşer. Noter kendisine yapılan satış başvurusu üzerine başvuru belgesi düzenler, taşınmaz üzerindeki her türlü kısıtlamaları dikkate alıp, taşınmaz satışıyla ilgili diğer kanunlarda yer alan sınırlamalara, usul ve esaslara uygun davranmalıdır¹²⁴.

Noter düzenlediği başvuru belgesini Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğüne TAKPAS'tan iletir. Daha sonra sözleşme konusu taşınmazın tapu kayıt örneği ve diğer belgeleri, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü tarafından tapu bilişim sistemi vasıtasıyla ilgili noterle paylaşılır¹²⁵. Taşınmaza ilişkin kayıt ve belgelerde eksiklik olması halinde ilgili tapu müdürlüğünden eksik olan kayıt ve belgeler,

¹²⁴ NK m.61/A, 2; Tanrıver ve Ergüne, 169; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 647a; Yakuppur, “Taşınmaz Satış Sözleşmelerinin Noterlerde Yapılabilmesine Olanak Taniyan Yeni Düzenleme ve Mevcut Duruma Etkisi”, 655.

¹²⁵ NK m.61/A, 3.

tapu bilişim sistemi üzerinden talep edilir. Tapu müdürlüğü tarafından üç gün içerisinde eksiklikler giderilir ve TAKBİS sistemine yüklenir¹²⁶.

Noterin taşınmazla ilgili gerekli araştırmayı yapması için tapu memuru tarafından taşınmaza ilişkin belgeler notere iletilirken gerekli bilgilendirmeler de yapılmalıdır¹²⁷. Noter kendileriyle paylaşılan tapu kayıt örneği ve diğer belgeleri, ileride hukuki veya mali bir sorumlulukla karşılaşmamak için dikkatli bir şekilde incelemeli, işlemi yapmadan önce hak sahibini belirlemeli ve satışa engel bir hususun bulunup bulunmadığını kontrol etmelidir¹²⁸.

İlgili noterliğe taşınmaza ilişkin tapu dairesinde bulunan dosyanın tamamının mı gönderileceği, noter ile paylaşılan bilgilerin, noterin fark edemeyeceği şekilde eksik olması halinde ne olacağı konusu önemli bir husustur. Tapu müdürlüğü tarafından verilmeyen veya eksik verilen bilgilerle, noterin taşınmaz satış sözleşmesi düzenlemesi sonucu tapu sicilinin hukuka aykırı tutulmasından doğan devletin sorumluluğuna noterin ortak edilebilmesi sorunlu bir durumdur¹²⁹. Edinilen belgelerin hatalarından dolayı sorumluluk noterlerde olmamalı, verilerin elektronik olarak sistem üzerinden çağırılmasından dolayı sorumluluk tapu sicil müdürlüğüne ait olmalıdır.

Taşınmazın alıcısının ilgili taşınmaza ilişkin dosyayı incelemek istediğinde, noterlerin buna müsaade edip etmeyeceği, müsaade edilmemesi durumunda noterlerin sorumluk konusunda endişe yaşayabileceği de ifade edilmektedir¹³⁰.

Noter tarafından hak sahibi belirlendikten ve taşınmazın satışına engel hukuki bir durumun bulunmadığı tespit edildikten sonra taşınmaz satış sözleşmesi hazırlanır¹³¹. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü tarafından kendisiyle paylaşılan tapu kayıt örneği ve diğer belgelerden taşınmazın hak sahibi belirlenemez ve satışa engel hukuki bir durum tespit edilirse, noter tarafından satış işlemi yapılmaz¹³².

Noterler sorumlulukları nedeniyle, taşınmaz malikinin belirlenmesi konusunda endişe duyabilirler. Ancak noterler son tescile bağlı olarak mülkiyet karnesi gereği, tasarruf yetkisine sahip maliki adi karine olarak TAKBİS'e girme yetkileriyle tespit edecekler, bu konuda tapu sicilindeki kaydı esas olarak kabul

¹²⁶ "Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" m.7/2.

¹²⁷ Kurt, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", 99; Demirboğa, "Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi Yapılmasına İmar Kanunu ve Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Tarafından Getirilen Sınırlamalar ve Noterin Sorumluluğu", 109.

¹²⁸ Yakuppur, 655.

¹²⁹ Tanrıver ve Ergüne, 169; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 647 a.

¹³⁰ Özmen, "Noterlere Taşınmaz Satışı Yetkisi Verilmesine İlişkin Kanun", 535.

¹³¹ NK m.61/A, 3; "Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" m.7/1, 3.

¹³² NK m.61/A, 6; "Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" m.8/5.

edeceklerdir. Bir görüşe göre, gerekli dikkat ve özeni gösterme külfetinin sadece alıcılara ait olması gerektiği, noterlerin dedektiflik görevi üstlenmelerinin abesle iştigal olacağı, bu konuda noterlere hiçbir yükümlülük getirilemeyeceği savunulmaktadır¹³³.

“*Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik*”in 9. maddesine göre hesaplanan tapu harcı, TAKPAS’tan Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğüne bildirilecek, genel müdürlük işleme ait döner sermaye hizmet bedeli ile tapu harcının tahsiline ilişkin e-tahsilat seri numarası üretecek ve notere TAKPAS’tan iletecektir. Noter, sözleşme taraflarına e-tahsilat seri numarası ve ödeme yöntemini, sözleşmenin imzalanmasına yönelik randevu tarih ve saatini kısa mesajla bildirecektir¹³⁴. İşlemin taraflarının bildirilen randevu tarih ve saatinden önce işleme ilişkin tapu harcını ve döner sermaye bedelini ödemesi gerekmektedir.

1. Taşınmaz Satış Bedeli

Taşınmaz satış sözleşmesinin objektif esaslı unsuru olan satış bedelinin para olması, mutlaka belirli olması ve sözleşmede gösterilmesi gerekmektedir¹³⁵. Taraflar taşınmazın satış bedelini kendi iradeleriyle belirlerler, tapu müdürlüğü veya noter, tarafların beyanlarındaki bedele göre sözleşmeyi düzenler¹³⁶.

Noterin noterlikte yaptığı işlemler dolayısıyla, NK m.118 gereğince devlet adına harç ve vergi toplama yükümlülüğü bulunmaktadır. Taşınmaz satış sözleşmesinde bedelin, emlak vergi değerinin altında gösterilmesi, noterin daha az harç tahsil etmesine, dolayısıyla devletin zarara uğramasına neden olacaktır. Bu nedenle taraflarca beyan edilen satış bedelinin, taşınmazın emlak vergi değerinden az olmaması gerekmektedir¹³⁷. Tarafların daha az tapu harcı ödemek için satış bedelini gerçek miktarın altında göstermeleri durumunda; taraflar muvazaa sebebiyle sözleşmenin geçersizliğini ileri sürebilirler. Sözleşmenin ifasından sonra tarafların muvazaa iddiasında bulunması halinde hakkın kötüye kullanılması yasağı söz konusu olabilir¹³⁸.

¹³³ Özmen, “Noterlere Taşınmaz Satışı Yetkisi Verilmesine İlişkin Kanun”, 535.

¹³⁴ “Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik” m.7/5.

¹³⁵ Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümleri, 208-209; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 187-188; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 144 vd.

¹³⁶ Uzun, Küçükgüngör, Erdoğan ve Yıldız, 11; Mustafa Latif Emek ve Salih Öztürk, “Taşınmazların Satış Suretiyle Devrinde Piyasa Fiyatlarının Kullanılmamasının Kamu Gelirleri Üzerine Etkisi: Adıyaman İli Gölbaşı İlçesi Örneği”, *The Journal of Academic Social Science Studies*, C. 39 (2015): 529-539, 531.

¹³⁷ Tanrıver ve Ergüne, 160; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 187-188; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 1400; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümleri*, 207.

¹³⁸ Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 188-189; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 170; Kılıçoğlu, “Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması”, 211 vd.

Noterlerin yaptığı işlemlerden dolayı ağırlaştırılmış özen yükümlülüğünden kaynaklanan kusursuz sorumluluğu olduğu için, taşınmaz satış sözleşmesinde beyan edilen satış bedelinin gösterilmesi konusunu araştırmaları ve tarafları aydınlatma yükümlülüğüne uygun davranmaları gerekmektedir¹³⁹. Taşınmaz satış sözleşmesinde satış bedelinin emlak vergi değerinden az olması durumunda, satış bedelinde muvazaa veya aşırı yararlanma (TBK m.28) gibi sebeplerle sözleşmenin geçersizliğine karar verilirse, noter bundan zarar görenlere karşı sorumlu olabilecektir¹⁴⁰. Noterlerde yapılan taşınmaz satış sözleşmelerinde, satış bedelinin mutlaka belirtilmesi gerekir. Şu an için noterler tarafından taşınmaz bağışına ilişkin sözleşmeler yapılamamaktadır.

1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun çerçevesinde çıkarılan 85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı¹⁴¹ ve Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara ilişkin Tebliğ'de yapılan değişiklikler ve sınırlamalarla sadece alıcı tarafın yabancı olduğu taşınmaz satış sözleşmelerinde satış bedelinin yabancı para olarak belirlenmesi mümkündür.

Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin m.5/3, c'ye göre, "*Taşınmazın emlak vergi değeri ile taraflar arasında belirlenen satış bedeli, yabancı gerçek kişilerin alıcı taraf olduğu işlemlerde ise döviz alım belgesinde kayıtlı Türk lirası tutar.*" taşınmaz senedinde yer almalıdır.

Döviz alım belgesi, yabancı alıcı tarafından tapu müdürlüğünde taşınmaz satış sözleşmesi yapılmadan önce dövizin merkez bankasına satılmak üzere Türkiye'de faaliyet gösteren bir bankaya satıldığını gösteren belgedir. Taşınmazı alan yabancı tarafından dövizin bankaya satılmasından sonra ödeme satıcının hesabına Türk Lirası olarak yapılabilir. Döviz, yabancı alıcı tarafından satıcının hesabına, sonrasında satıcı tarafından da merkez bankasına bozdurulmak amacıyla bir bankaya da satılabilir¹⁴².

Yabancılar taşınmaz satışı yapılacağı durumlarda, karşılıklılık esası ile mevzuatın öngördüğü diğer sınırlamaların dikkate alınması ve sözleşmede belirtilmesi gerekmektedir¹⁴³. Şu an için noterliklerde yabancı gerçek veya tüzel kişilerin taraf olduğu taşınmaz satış sözleşmesi yapılamamaktadır. Ayrıca Türk Kanunlarına göre kurulmuş şirketlerin sermayesinin %50 sinden fazlasının yabancı kişilere ait olması ya da yetkilisinin yabancı olması hallerinde de noterliklerde taşınmaz satışı yapılamaz.

¹³⁹ Tanrıver ve Ergüne, 161; Tanrıver, *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, 127.

¹⁴⁰ Cenk Akil, "Noterlerin İlgilileri Aydınlatma Yükümlülüğü", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3 (2022): 219-233, 225; Tanrıver ve Ergüne, 161.

¹⁴¹ RG, 13.09.2018, S. 30534.

¹⁴² Tanrıver ve Ergüne, 160.

¹⁴³ Tanrıver ve Ergüne, 162.

Uygulamada taşınmaz satış sözleşmelerinde kararlaştırılan bedelin ne zaman ve nasıl ödeneceği konusunda sorunlar yaşanmaktadır. Borcunu ilk ifa eden taraf riske girmekte, karşı tarafın kendi borcunu ifa etmemesi durumunda mağdur olmaktadır. Taşınmazın alıcısı taşınmaz bedelini ödeme konusunda bankaya talimat verse bile banka ile aralarında uyuşmazlık olması halinde istese bile satıcı adına para transferini gerçekleştiremeyebilir. İsviçre’de genellikle taşınmaz satış sözleşmesi esnasında taraflar satış bedelini notere teslim etmektedirler¹⁴⁴.

TNB tarafından, 03.02.2020 tarihinde ikinci el motorlu kara taşıtı alım satımında, ilgili taşıtın mülkiyeti ile satış bedelinin eş zamanlı ve güvenli şekilde ilgililer arasında el değiştirmesi için güvenli ödeme sistemi uygulanmaya başlanmıştır. Bu sistem noterliklerde yapılan araç satış işlemleri sırasında, satış bedelinin güvenli olarak bir banka, elektronik para kuruluşu veya ödeme kuruluşu aracılığıyla ödenmesini sağlamaktadır. İlk olarak ilgililer aracı kuruluşlardan (Bankalar, elektronik para kuruluşları ve ödeme kuruluşları) birine, güvenli ödeme sistemini kullanmak için başvurarak, satışı yapılacak aracın plaka vb. bilgileri ile kendilerine ait kimlik bilgilerini sisteme kaydederek, kayıt işlemi yapıldıktan sonra araç satış bedeli “*Aracı Kuruluş*”un belirlediği hesaba yatırılır veya alıcı, cep telefonuna gelen referans numarası ile alıcı kaydını yaparak işlemi onaylarsa hesabındaki ilgili tutar araç bedeli olarak aracı kuruluşun güvencesine alınır. Bu aşamadan sonra taraflar birlikte herhangi bir notere giderek referans numarası üzerinden ikinci el motorlu kara taşıtının devir tescilini gerçekleştirir. Noterde işlem tamamlandığında aracı kuruluşun güvencesinde bulunan araç bedeli otomatik olarak satıcının hesabına aktarılır. Eğer satış bedeli “*Aracı Kuruluş*”un belirlediği hesaba yatırılmamış ve bu hesapta bloke edilmemişse, sistem otomatik olarak araç satış işlemi engeller¹⁴⁵. Şu an için güvenli ödeme sisteminin kullanımını yalnızca ikinci el motorlu kara taşıtı ticareti yapanların satmış oldukları araçlar için zorunludur¹⁴⁶. Diğer ilgililer de isterlerse bu sistemi kullanabilmektedirler.

Güvenli ödeme sistemi nakit para taşıma riskini, nakit parayı sayma zorluğunu, sahte para kullanılması ihtimalini ortadan kaldırmaktadır. Araç satış işlemi gerçekleştiği anda sistem tarafından otomatik olarak satış bedeli satıcının hesabına aktarılacağından, satış bedelinin ödenmemesi riski de ortadan kalkacak,

¹⁴⁴ Yakuppur, 661.

¹⁴⁵ Ayrıntılı bilgi ve aracı kuruluşlar için bkz. Türkiye Noterler Birliği, Güvenli Ödeme Sistemi, Erişim Tarihi: Ağustos 01, 2023, <https://portal.tnb.org.tr/Sayfalar/GuvenliOdemeHiz.aspx>; Türkiye Noterler Birliği, Güvenli Ödeme Sistemi ve Elektronik Ortamda Tespit, Medya Yansımaları Raporu, 08.11.2020, Erişim Tarihi: Ağustos 01, 2023, <https://portal.tnb.org.tr/BasindaTNB/G%C3%BCvenli%20C3%96deme%20Sistemi%20ve%20Elektronik%20Ortamda%20Tespit-%20Medya%20Raporu.pdf>.

¹⁴⁶ “15.08.2020 tarihli İkinci El Motorlu Kara Taşıtlarının Ticareti Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (31214 sayılı RG.) hükümleri gereğince, ikinci el motorlu kara taşıtı ticareti yapanlar tarafından satışı yapılacak araçlarda, satış bedelinin nakit ödenmesi durumunda ödemenin güvenli ödeme sistemi üzerinden yapılması gerekmektedir.”

birçok hukuki ihtilaf daha yaşanmadan engellenecek, sahtecilik ve dolandırıcılık gibi durumlar yaşanmayacaktır. Bu sistem ile araç satış işlemi yapan kişiler arasındaki para transferinin güvenli olmasının sağlanması, sahteciliğin önlenmesi, taraflara kolaylık sağlanması, mali denetim olanağı ile vergi kaybının engellenmesi öngörülmektedir. Ancak uygulamada tarafların mali denetim gibi kaygılarla çok sık bu sistemi kullanmadığı görülmektedir. Hatta bazen taraflar noterde ikinci el motorlu kara taşıt satış sözleşmesi yaparken gerçek satış bedelini belirtmeden, daha az veya daha fazla satış bedeli belirterek satış sözleşmesi yapmaktadırlar¹⁴⁷.

Bu uygulamanın benzerinin noterlerde yapılacak taşınmaz satış sözleşmeleri için de getirilmesi gerekmektedir. Bu sistemin; hukuki ihtilafların önlenmesi, hukuki güvenlik ve işlem güvenliğinin sağlanması, para transferinin kolaylaşması gibi birçok faydası olacaktır. Ancak taşınmaz satış sözleşmesinde gerçek satış bedelini tam olarak göstermek istemeyen tarafların da güvenli ödeme sistemini veya satış bedelinin notere teslim edilmesini tercih etmeyecekleri söylenebilir.

2. Harç, Değerli Kağıt ve Damga Vergisi

Noterlere, taşınmaz satış sözleşmesi işleminin tapuda yapılması halinde alınan harçların devlet adına tahsil edilmesi görevi verilmiştir¹⁴⁸. NK 61/A maddesinin 7. fıkrasına göre, “*Noterler tarafından yapılacak taşınmaz satış sözleşmelerinden yalnızca 2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanununa ekli (4) sayılı tarifinin “I-Tapu işlemleri” başlıklı bölümünün (20) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca tapu harcı alınır. Bu işlemler için 492 sayılı Kanunun tapu harçlarına ilişkin hükümleri ve gerekli harcı tamamen almadan işlem yapan noterler hakkında aynı Kanunun 128 inci maddesi hükmü uygulanır.*” Bu harç alınmadan işlem yapılması halinde noterin sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Noterler tarafından yapılan taşınmaz satış sözleşmelerinden, sadece Harçlar Kanunu uyarınca tapu harcı alınmaktadır. Bu sözleşmeler, NK 61/A maddesinin 8. fıkrası gereğince, damga vergisi ve değerli kağıt bedelinden muafırlar.

3. Noter Ücreti ve Döner Sermaye Bedeli

Taşınmaz satış sözleşmesine konu olan taşınmazın değerine göre, noterler beş yüz Türk Lirasından az ve dört bin Türk Lirasından fazla olmayacak şekilde noterlik tarifesinde gösterilecek tutar üzerinden noter ücreti talep edeceklerdir. Bu miktar, her yıl tespit ve ilan edilen¹⁴⁹ yeniden değerlendirme oranında takvim yılı başında geçerli olmak üzere artırılarak uygulanır¹⁵⁰.

¹⁴⁷ YHGK, 14.03.2012, E.2011/19-841, K.2012/144; Y19.HD, 18.02.2014, E.2013/19114, K.2014/3120.

¹⁴⁸ Özmen, “Noterlere Taşınmaz Satışı Yetkisi Verilmesine İlişkin Kanun”, 538.

¹⁴⁹ Her yıl bir önceki yıla ilişkin olarak 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilecektir.

¹⁵⁰ “Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik” m.9/4.

2024 yılı noterlik ücret tarifesi 6 Nisan 2024 tarihli ve 32512 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır¹⁵¹. Tarifenin 1. maddesinin 4. fıkrasına göre, “*Noterler, taşınmaz satış sözleşmesi düzenlediklerinde ise taşınmazın satış değerinin binde 1’i oranında noter ücreti alırlar. Ancak bu ücret taşınmazın değerine göre beş yüz Türk lirasından az ve dört bin Türk lirasından fazla olamaz. Noterler, yaptıkları taşınmaz satış sözleşmelerinden bu fıkra da belirlenen noter ücreti dışında herhangi bir ücret alamaz.*” Tarifede nisbi ücret oranı belirlenerek, Kanun’da alınan alt ve üst sınırlara uygun olarak noter ücretinin tespit edileceği belirtilmiştir. Noter ücreti binde bir üzerinden hesaplanırsa bile Kanun’daki üst sınırı aşmayacak şekilde talep edilebilecektir. Tarife’nin 16. maddesine göre, bu tarife hazırlandığı ve yayımlandığı tarihten itibaren uygulanır. 2024 yılı için bu miktar, yeniden değerlendirme oranına göre KDV hariç en düşük 1.766,27 TL, en yüksek 14.130,20 TL olarak belirlenmiştir.

Noterler düzenledikleri taşınmaz satış sözleşmesi karşılığında noter ücret bedeli dışında bir ücret alamazlar¹⁵². Noterlerin taşınmaz satışı nedeniyle aldıkları risk ve üstlendikleri sorumluluk karşılığında, elde ettikleri kazanç yeteri kadar cazip değildir¹⁵³.

Noterler, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü tarafından verilen hizmetin karşılığı olarak hizmet bedelini de ayrıca almaktadırlar. NK’nin 61/A maddesinin 10. fıkrasına göre, “*Taşınmaz satış işlemleri için Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü döner sermaye işletmesine gelir kaydedilmek üzere hizmet bedeli alınır ve bu işlemler sebebiyle noterlere herhangi bir pay veya aidat ödenmez.*” denmektedir.

Noterde yapılan taşınmaz satış sözleşmelerinde; tapu müdürlüğünde ödenen harçların ve Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü döner sermaye işletmesine gelir kaydedilmek üzere alınan hizmet bedelinin yanısıra yapılan işlemin miktarına göre noter ücreti alındığı için; tapu dairelerine göre satış ücreti biraz daha fazladır. Bu nedenle uygulamada taşınmaz satış sözleşmesi yapmak için daha çok tapu daireleri tercih edilmektedir. Noter için bu bedel üstlendiği sorumluluğa göre çok az bir miktar iken, ilgililer için ekstra yük oluşturmaktadır.

C. SÖZLEŞMENİN YAPILMASI AŞAMASI

İşlemin taraflarının bildirilen tarih ve saatte noterliğe müracaatı üzerine sözleşmeye ilişkin işlemler noter tarafından bizzat yapılır. Taraflar randevu tarih ve saatinde noterlikte hazır bulunmazlarsa, aynı gün kendilerine, on gün içinde noterliğe müracaat etmeleri halinde işlemlerinin yapılacağı, aksi halde başvurularının iptal edileceği kısa mesaj ile bildirilir¹⁵⁴.

¹⁵¹ Erişim Tarihi: Nisan 07, 2024, <https://portal.tnb.org.tr/Lists/DuyurularListesi/Attachments/1831/Ek-2024%20Y%C4%B1%20Noterlik%20%C3%9Ccret%20Tarifesi.pdf>.

¹⁵² NK m.61/A, 9.

¹⁵³ Tanrıver ve Ergüne, 149.

¹⁵⁴ “Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik” m.7/6.

Noter, taşınmaz satışında satışa engel hukuki durumların ve kısıtlamaların olup olmadığını araştırır, olmadığını tespit ederse sözleşmeyi hazırlar. Noter tarafından taşınmaz satış sözleşmesi düzenlenirken, TNB tarafından TAKBİS'teki sözleşme şekli ve içeriği gözetilerek hazırlanıp TNBBS'ye kaydedilen sözleşme örneği kullanılacaktır¹⁵⁵. Noterler sözleşmenin hazırlanması sırasında hem TAKBİS hem de TAKPAS'ı kullanırlar¹⁵⁶. Noterler, taşınmaz satış sözleşmelerini, bizzat kendileri düzenleme senet biçiminde¹⁵⁷ düzenlemelidirler¹⁵⁸. Taşınmaz satış sözleşmesinin önemi ve riskleri nedeniyle, noter tarafından yapılması öngörülmüştür¹⁵⁹.

Tapu Sicil Müdürlüklerince Düzenlenen Resmi Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 9. maddesi gereğince, tapu müdürü veya ona vekalet eden kimse dışında sadece tapu müdürü tarafından yetkilendirilen tapu sicil görevlisi resmi senet düzenleyebilir. Taşınmaz satış sözleşmesini bizzat tapu sicil müdürünün düzenleme zorunluluğu bulunmamaktadır. Tapu müdürünün yetkilendirdiği tapu sicil görevlilerinin de düzenlemesi mümkündür.

Düzenleme şeklinde hazırlanması gereken taşınmaz satış sözleşmelerinde, her iki tarafın veya yetkili temsilcilerinin resmi memur önünde hazır bulunması gerekmektedir¹⁶⁰. Ancak, Tapu Kanunu'nun 26. maddesinin 2. fıkrasına göre, *“Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerde, tarafların farklı tapu müdürlükleri veya yurt dışı teşkilatında bulunmaları hâlinde, taraf iradeleri resmî görevliler tarafından ayrı ayrı alınarak sözleşme tamamlanabilir..”* Tapu uygulamasının aksine noterlerin uygulamasında taşınmaz satış sözleşmesinin her iki tarafının veya yetkili temsilcilerinin noter önünde hazır bulunması, irade beyanlarının bizzat noter huzurunda alınması gerekmektedir¹⁶¹. Kanunlarda resmi şekilde yapılması emredilen¹⁶² taşınmaz satış vaadi sözleşmesi veya taşınmaz satış sözleşmesi gibi işlemlerin, Türkiye Noterler Birliği Bilişim Sistemi üzerinden ilgililer huzurda olmadan güvenli elektronik imza kullanılarak gerçekleştirilmesi mümkün değildir¹⁶³.

¹⁵⁵ “Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik” m.6.

¹⁵⁶ Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 216.

¹⁵⁷ TBK m.237/1; NK m.89.

¹⁵⁸ NK m.60/f; NK m.61/A/5; “Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik” m.8/1.

¹⁵⁹ Tanrıver ve Ergüne, 153.

¹⁶⁰ Şenol, 360; Özbek ve Yardım, “Elektronik Noterlik İşlemleri”, 43.

¹⁶¹ Özbek ve Yardım, “Elektronik Noterlik İşlemleri”, 44; Tanrıver ve Ergüne, 150.

¹⁶² 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu m.5/2: *“Kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukukî işlemler ... güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez.”*

¹⁶³ Tanrıver ve Ergüne, 150-151; Özbek ve Yardım, “Elektronik Noterlik İşlemleri”, 51; Süha Tanrıver, “Noterler Tarafından Elektronik Ortamda Yapılabilecek Olan İşlemler ve Bu İşlemlerin Gerçekleştirilmesi Usulü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65, S. 4 (2016), 3679-3681.

Noter, NK'nin 72. maddesinin 3. fıkrası gereğince, iş yaptıracak kimselerin kimliklerini, adreslerini, yeteneklerini ve gerçek isteklerini tamamen öğrenmeli, bunları resmi senette yansıtmalıdır. Taşınmaz satış sözleşmesi isteminin hak sahibi tarafından yapıp yapılmadığı belirlenmelidir. Taraflar vekaleten işlem yaptırmak isterlerse, Noterlik Kanunu'na göre düzenlenmiş ve istem konusu işleri yapmaya yetkili olduklarını içerir vekaletname sunmaları gerekir. Sözleşmede temsilcilerinin kimlik bilgileri ve adresleri bulunmalıdır¹⁶⁴. Tüzel kişi adına işlem yapılacaksa, tüzel kişinin temsilcilerini belirten ve istem konusu işlemi yapabileceğine ilişkin, kanunlarda yazılı mercilerden alınmış yetki belgesi ve imza sirküleri sunulmalıdır. Kamu kurum ve kuruluşları tarafından istem yapılırsa, temsilcilerinin yetkili olup olmadığının belirlenmesi gerekir¹⁶⁵.

Noter işlem ilgililerinin iradelerini serbestçe ve kendi isteklerine uygun beyan edebilmeleri için gerekli ortamı sağlamalıdır. Noterlik Kanunu Yönetmeliği'nin 91. maddesine göre noterler, ilgililerin yeteneği hakkında bir kanı sahibi olmalı, gerçek isteklerini tamamen öğrenmeli, fiil ehliyetine sahip olup olmadıklarına ilişkin gerekli kontrolleri yapmalıdır. İlgilinin yaşlılık, hastalık veya dış görünüşü itibariyle yeteneğinden şüphe edilmesi veya bu konuda ihbar ya da şikayet bulunması hallerinde temyiz kudretinin varlığı doktor raporu ile saptanarak, noterlik işlemi içinde rapordan bahsedilip, raporun aslı noterde kalan nüshaya eklenmelidir.

Taşınmaz satış sözleşmesi yapabilmek için tarafların tasarrufta bulunmaya ehil olması gerekmektedir¹⁶⁶. Sözleşmenin taraflarının ehliyetinin olmaması, sahte yetki belgesi, sahte nüfus cüzdanı veya sahte vekaletname ile hareket etmeleri veya TBK m.27 gereğince kanunun emredici hükümlerine, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan bir taşınmaz satış sözleşmesi yapmaları halinde, noterin özen yükümlülüğü kapsamında sorumluluğu doğabilir¹⁶⁷.

İlgililerin beyanları tam ve eksiksiz olarak resmi senede yazılmalıdır. Noter tarafından yapılan işlemin niteliğine göre gerekli sorular sorularak işlemin sonucu hakkında ilgiliye açıklama yapılmalıdır¹⁶⁸. Taşınmaz üzerinde sınırlamalar, hak ve yükümlülükler, takyidatlar varsa, noter bunlar hakkında taraflara bilgi vermelidir. Taşınmaz üzerinde olabilecek irtifak hakları, taşınmaz yükü, taşınmaz rehni, şerhler ve beyanlar sayılmalıdır. Mevcut hak ve yükümlülüklerin varlığı kabul edilerek işlemin sonuçlandırılması talep ediliyorsa, taşınmaz üzerindeki hak ve yükümlülükler sözleşmeye doğru ve tam olarak yazılarak, taraflardan bunların kabul edildi-

¹⁶⁴ Tanrıver, *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, 165; Kurt, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", 104.

¹⁶⁵ Tapu Sicil Tüzüğü m.19; Şenol, 370.

¹⁶⁶ Albayrak, "Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinde Görev ve Yetkiye İlişkin Sorunlar", 53; Kocayusufoğlu, *Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi*, 112.

¹⁶⁷ Şenol, 372.

¹⁶⁸ Noterlik Kanunu Yönetmeliği m.91/3.

ğine dair beyan alınarak işlem yapılabilir¹⁶⁹. Ancak bu hak ve yükümlülükler taşınmaz satış sözleşmesinin yapılmasını engellemeyecek nitelikte olmalıdırlar.

Taşınmaz satış sözleşmesinin hazırlanması evresinde, yasal önalım hakkına sahip bir kişi mevcutsa, noter buna işaret etmek ve bu konuda sözleşmeye kayıt düşmek zorundadır¹⁷⁰. Taşınmaz satış sözleşmesine konu olan taşınmazın üzerinde aile konutu şerhinin olması durumunda ise sistem tarafından notere aile konutu şerhi olduğunun bilgisi otomatik olarak verilmektedir. Bu taşınmazların satışı noter tarafından yapılamamaktadır.

Tarafların kimlik bilgilerinin eksiksiz ve doğru olarak yer alıp almadığı, ilgililerin beyan ya da taahhüdünün eklenmesi gerekiyorsa bu beyan ve taahhütlerin eklenip eklenmediği, taşınmaza ilişkin bilgilerin (ada-parcel-mahalle-bağımsız bölüm numarası vb.), varsa takyidat ve eklenti bilgilerinin ve DASK¹⁷¹ ile Emlak Beyan Değer Belgesine ilişkin bilgilerinin eksiksiz ve doğru olarak yer alıp almadığı hususları noter tarafından sözleşme metni içerisinde kontrol edilmeli, eksiklik olması halinde tamamlanmalıdır.

Noterler, taşınmaz satışına ilişkin resmi senedin hazırlanmasında şekil şartlarına uymalı ve NK m.53 gereğince kanunun emredici hükümlerine aykırı işlem yapmamalıdırlar. Aksi takdirde objektif özen borcuna uymayarak¹⁷², düzenleyecekleri taşınmaz satış sözleşmesinden kaynaklanan zararlardan sorumlu olurlar.

Taşınmaz satış sözleşmesi her iki tarafı borç altına soktuğu için tarafların imzalarının sözleşmede bulunması gerekmektedir¹⁷³. Aksi halde sözleşme kesin hükümsüz olur¹⁷⁴. Taşınmaz satış sözleşmelerinde; ilgililerin, varsa ilgililerin tem-

¹⁶⁹ "Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" m.8/3.

¹⁷⁰ Tanrıver ve Ergüne, 160.

¹⁷¹ DASK Kanunu m.10; "3/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu kapsamındaki bağımsız bölümler, tapuya kayıtlı ve özel mülkiyete tâbi taşınmazlar üzerinde mesken olarak inşa edilmiş binalar, bu binaların içinde yer alan ve ticarethane, büro ve benzeri amaçlarla kullanılan bağımsız bölümler ile doğal afetler nedeniyle Devlet tarafından yaptırılan veya sağlanan kredi ile yapılan meskenler zorunlu deprem sigortasına tâbidir."

14.03.2014 tarih ve 2014/2 sayılı TKGM genelgesinin (E) başlığı altında; "8-Tapu kaydında "Arsa" veya "tarla" vasfı ile kayıtlı olup, Beyanlar hanesine "Üzerindeki ev ...'a aittir." Şeklinde muhdesat olan taşınmazların tapu işlemlerinde, taşınmaz üzerindeki muhdesat kayıt maliklerinden birine ait ise ve muhdesata sahibinin zemindeki payı tapu işlemine konu ediliyorsa sigorta yapma zorunluluğunun aranması, şayet muhdesat kayıt maliklerinden birine ait olmayıp üçüncü kişi adına kayıtlı ise kayıt maliklerinin tapu işlemlerinde zorunlu deprem sigortası aranılmaması, gerekmektedir." Taşınmaz satış sözleşmesinde DASK aranıp aranmayacağı noter tarafından bu hususlar dikkate alınarak tespit edilmelidir.

¹⁷² Demirboğa, "Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi Yapılmasına İmar Kanunu ve Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Tarafından Getirilen Sınırlamalar ve Noterin Sorumluluğu", 108-109; Kurt, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", 99.

¹⁷³ Kemal T. Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1982), 490-491; Y15.HD, 12.07.2011, E.2011/5051, K.2011/9158, Y14.HD. 30.11.2017, E.2015/5791, K.2017/9001; Şenol, 364-365.

¹⁷⁴ Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümleri*, 193-194; Albayrak, "Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinde Görev ve Yetkiye İlişkin Sorunlar", 53.

silcilerinin, işleme katılan tanıkların, tercümanların noter huzurunda bulunması¹⁷⁵ ve ıslak imza ile işlemlerini tamamlamaları gerekmektedir¹⁷⁶. Noterler, taşınmaz satış sözleşmelerinde imza alırken taraflara; adlarını, soyadlarını ve “okudum” yazdırmaktadırlar. Ayrıca noterler, sözleşmeye alıcının “*Tapu sicilinin açıklığı uyarınca bilgi sahibi oldum*” şeklindeki beyanını elle yazdırarak imzasını almak sureti ile sorumluluk anlamında kendilerini daha çok koruyabileceklerdir¹⁷⁷.

Taraflar arasında okuryazar olmayanların bulunması durumunda iki tanık huzurunda işlemler tamamlanır. İlgili iki tanık huzurunda maksadını notere beyan eder. Noter ilgili işlemi hazırladıktan sonra tutanak okunur. Okuryazar olmayan ilgilinin beyanının aynen yazıldığı ifade edildikten ve bu husus tutanağa geçirildikten sonra resmi senede okuryazar olmayan kişilerin parmak izleri ve tanıkların imzaları alınır¹⁷⁸.

Noter ilgilinin işitme, konuşma veya görme engelli olduğu anlarsa, işlemler engellinin isteğine bağlı olarak iki tanık huzurunda yapılır. İlgilinin işitme veya konuşma engelli olması ve yazı ile anlaşma imkânının da bulunmaması hâlinde, iki tanık ve yeminli tercüman bulundurulur işlemler tamamlanır¹⁷⁹. İlgililerin Türkçe bilmemesi durumunda ise işlem sırasında andlı bir tercüman da bulundurulur ve resmi senede imzaları alınır¹⁸⁰.

Güvenli elektronik imza ile sözleşmelerin tamamlanmasına olanak tanınmasının gerektiği; belgelerin elektronik ortamda saklanması tapu kütüğündeki belgelerde aleniyet sağlanmasına yardımcı olacağı, masrafların azalmasına ve işlem güvenliğinin artmasına hizmet edeceği ifade edilmektedir¹⁸¹. Bu aşamada henüz tapu müdürlüklerinde ve noterlerde güvenli elektronik imza kabul edilmemekte, işlemler elektronik ortamda hazırlandıktan sonra ıslak imza ile tamamlanıp taranarak ilgili sistemlere kayıt edilmektedir.

Taşınmaz satış sözleşmesine ilişkin resmi senette objektif ve subjektif esaslı noktaların yer alması gerekir¹⁸². Taşınmaz satış sözleşmesinde sözleşmenin düzenlendiği yer ve tarihin yazılması ve resmi senedi hazırlayan noterin ad soyadı, mühürü ve imzasının bulunması gerekmektedir. Taşınmaz satış sözleşmesinin objektif ve subjektif esaslı unsurlarının dışında sözleşmenin düzenlendiği yer, adres

¹⁷⁵ Düzenleme işlemlerde güvenli elektronik imza kullanılabilceği, ancak ilgililerin noter huzurunda bulunmasının zorunlu olduğuna ilişkin görüş için bkz. Özbek ve Yardım, “Elektronik Noterlik İşlemleri”, 113.

¹⁷⁶ Tanrıver, *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, 153; NK m.198/A.

¹⁷⁷ Özmen, “Noterlere Taşınmaz Satışı Yetkisi Verilmesine İlişkin Kanun”, 530.

¹⁷⁸ NK m.87.

¹⁷⁹ NK m.73.

¹⁸⁰ NK m.74.

¹⁸¹ Özbek, “Elektronik Ortamda Düzenlenen Noter Senetleri”, 2219-2220; Yakuppur, 657; Aksini görüşü için bkz. Tanrıver, *Noterler Tarafından Elektronik Ortamda*, 3679.

¹⁸² Tanrıver, *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, 153-154; Basler Kommentar, Art.657, N.55-57; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümleri*, 208-209.

bilgisi vs. hususların resmi senette yer almaması, sözleşmenin şekle aykırılığına ve geçersizliğine yol açmaz¹⁸³.

Taşınmaz satış sözleşmesinde silinti, kazıntı ve çıkıntı olmamalıdır¹⁸⁴. Noter tarafından taşınmaz satış sözleşmesi hazırlandıktan sonra taraflara okunur, taraflarca sözleşme imzalandıktan ve vazedene makbuz kesildikten sonra, noter tapu bilişim sisteminden yevmiye numarası olarak hem satış sözleşmesini hem de gerekli diğer belgeleri tapu bilişim sistemine kaydeder. Bu işlemlerden sonra tapu müdürlüğünün taşınmaz tapu siciline tescil etmesi işlemi gerçekleşir¹⁸⁵. Noter tarafından TAKBİS üzerinden alınan yevmiye numarası ile tarih ve saatin sözleşmeye yazılması gerekmektedir. Noter, taşınmaz satış sözleşmesini imzaladıktan ve tescilin tamamlanmasından sonra, taraflara tapu senedini verir¹⁸⁶.

Taraflarca taşınmaz alıcı adına tescil edilmeden önceki aşamada satıştan vazgeçilmesi ile hukuki ya da fiili engel sebebiyle sözleşmenin imzalanmaması ve tescil yapılamaması hallerinde, ödenen harcın ve döner sermaye ücretinin iadesi için noterce ilgililere satış işleminin gerçekleşmediğine ilişkin yazı verilir. Harç iadesi için satış işleminin gerçekleştiği yer vergi dairesine, döner sermaye iadesi için ise taşınmazın bulunduğu yer tapu müdürlüğüne hitaben bu yazılar yazılacaktır. İlgililer bu yazılarla gerekli başvuruları yaparak ödemiş oldukları harç ve döner sermayenin iadesini alabileceklerdir.

Taşınmaz satış işlemlerinde iptal süreci bulunmamaktadır. Taşınmazın, sehven sözleşmede imzası bulunan kişilerden başka kişiler adına tescil edilmiş olması halinde işlem tescil ile sonuçlandığından bu aşamada iptali mümkün değildir. Bu durumun noterlikçe fark edilmesi halinde taşınmazı yolsuz tescil ile iktisap eden kişinin iyiniyetini ortadan kaldırmak amacıyla taşınmaz üzerinde yolsuz tescil şerhi konulması için ilgili tapu müdürlüğüne, Kayıtlı Elektronik Posta (KEP) üzerinden noter tarafından yazı yazılması gereklidir.

Taşınmaz satış sözleşmesi ve diğer belgeler, noter tarafından sisteme aktarılır ve fiziki olarak arşivlenir¹⁸⁷. Noter, taşınmaz satış sözleşmesine ilişkin sözleşme ve tüm ilgili belgeleri tarayarak TAKBİS ve TNBBS sistemlerine e-imzalama yaparak yüklemektedir.

Taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin düzenlenecek resmi senede tescili bozucu veya hükümsüz kılıcı kayıt ve şart yazılamaz¹⁸⁸. Tapu sicil görevlileri uy-

¹⁸³ Tanrıver ve Ergüne, 163; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümleri*, 208-209.

¹⁸⁴ "Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" m.8/6.

¹⁸⁵ Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 216.

¹⁸⁶ "Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" m.8/7.

¹⁸⁷ NK m.61/A-4; "Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" m.8/4.

¹⁸⁸ TBK m.243/1 "*Bir taşınmazın koşula bağlı satışında, koşul gerçekleşmedikçe tapu siciline tescil yapılamaz.*"; "Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul

gulamada şarta bağlı sözleşmeler yapmaktan kaçınılmaktadırlar¹⁸⁹. Taşınmaz satış sözleşmesinin taraflarının karşılıklı taahhütlerde bulunmak, kayıt ve şartlar belirlemek istediği, henüz tasarruf işlemi yapma konusunda iradelerinin bulunmadığı durumlarda taraflar taşınmaz satış vaadi sözleşmesine yönlendirilmektedirler¹⁹⁰. Taşınmaz satışında mülkiyeti saklı tutma koşulu, Türk Borçlar Kanunu'nun 243. maddesinin 2. fıkrası gereğince tescil edilemez.

V. NOTERLERİN TAŞINMAZ SATIŞ SÖZLEŞMESİ DÜZENLEMESİNDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU

Noterler, hukuksal sonuçlar doğuran işlemler yapmaktadırlar. Noterlerin hukuki (NK m.162), cezai (NK m.158-160) ve disiplin (NK m.125), sorumluluğu bulunmaktadır.

A. NOTERLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Noterlerin hukuki sorumluluğu NK m.162'de düzenlenmektedir. Bu hükme göre, "Stajyer, katip ve katip adayları tarafından yapılmış olsa bile noterler, bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumludurlar." Noterler, hukuka aykırı noterlik faaliyetleri nedeniyle hem işlem taraflarının hem de işlemin tarafı olmayan üçüncü kişilerin uğramış oldukları zararlardan sorumludurlar¹⁹¹. Sorumluluğa yol açan iş ve işlemler sınırlı sayıda olmayıp, noterlik faaliyeti kapsamında yürütülen işler bu kapsamda değerlendirilmektedir¹⁹². Noterin hukuki sorumluluğuna ilişkin düzenleme (NK m.162) emredici nitelikte olduğu için sözleşmeyle aksi kararlaştırılmaz¹⁹³.

Noterin hukuki sorumluluğunun doğması için, kendisinin veya kanunda sayılan noter personellerinden birinin noterlik faaliyeti kapsamında bir işin eksik veya

ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" m.7/4; Tapu Sicil Tüzüğü m.16/2 "İstem, tescilli bozucu veya hükümsüz kılıcı kayıt ve şarta bağlanamaz"; Aynı şekilde Tapu Sicil Müdürlüklerinde Düzenlenen Resmi Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 11. maddesine göre, "... Resmî senede, tescilli bozucu veya hükümsüz kılıcı kayıt ve şart yazılamaz."

¹⁸⁹ Şenol, 363; Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Taşınır ve Taşınmaz Mülkiyeti Konu Alan Bağışlama Sözleşmesi*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 279; Serozan, Baysal ve Şanlı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, 1026.

¹⁹⁰ Tanrıver ve Ergüne, 148; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 365; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 242; Yakuppur, 663; Şenol, 357-363.

¹⁹¹ Kurt, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", 85; İnan, 32; Tekben, 94; Ulukapı, "Yargıtay Kararları Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", 213; Çetin ve Ateş, *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, 279; Cemallettin Gürler, *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, (Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2015), 103; Başol, *Noterlik Hukuku ve Tebligat Hukuku Ders Kitabı*, 167.

¹⁹² Doğu, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Güvence", 592; Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 218; Tekben, 95; Ulukapı ve Atalı, *Noterlik Hukuku*, 224.

¹⁹³ Kurt, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", 85-90; Serdar Nart, "Noterlerin Hukukî Sorumluluğu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, Özel S (2009): 425-452, 433; Saibe Oktay Özdemir, *Yargıtay Uygulaması Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluklarının Dayandığı Esas ve Sorumluluğun Koşulları*. Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2007), 693-694; Tanrıver, *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, 184; Tekben, 77 vd.; Tanrıver ve Ergüne, 171; Batmaz, 159.

hatalı yapılmasından ya da yapılmamasından kaynaklı olarak hukuka aykırı fiilinin bulunması, bu işlem nedeniyle maddi veya manevi zarara uğranılmış olması ve yapılan hukuka aykırı fiil ile ortaya çıkan zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir¹⁹⁴. NK'nin 162. maddesi gereğince sorumluluğa ilişkin şartların gerçekleşmesi durumunda noterin zarar gören kişiye tazminat ödemesi gerekecektir¹⁹⁵.

NK'nin 162. maddesinin 2. fıkrasına göre, “*Taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesinden dolayı oluşan zarardan noterler de sorumludur. Bu zararın Devlet tarafından ödenmesi hâlinde Devlet, sözleşmeyi düzenleyen notere rücu eder..*” Yeni düzenleme ile eklenen bu fıkra ile, noterin sorumluluğu, taşınmaz satış sözleşmesinden doğabilecek zararı da kapsayacak şekilde genişletilmiştir.

Hükmün gerekçesinde “*zarara uğrayanın, zararının tazmini için Devlete veya notere karşı dava açması mümkündür*” denilmektedir¹⁹⁶. NK m.162/2 kapsamında zarar gören, tazminat davasını hem Devlete hem de Notere aynı anda ve birlikte açabileceği gibi¹⁹⁷, sadece Devlete veya sadece notere karşı da açabilir. Zarar görenin öncelikli olarak Devlete başvurması gibi bir zorunluluk da öngörülmemiştir.

Taşınmaz satış sözleşmesi yapma konusunda kendilerine yetki verilen noterlere, tapu sicilinin tutulmasından kaynaklanan zarardan dolayı birinci derecede sorumlu olan devletin sorumluluğuna (TMK m.1007) benzer bir sorumluluk rejimi getirilmiştir¹⁹⁸. Tapu sicilinin hukuka aykırı bir biçimde tutulması nedeniyle, noterlerin Devlet yanında ağırlaştırılmış özen yükümlülüğünün ihlalden dolayı, kusursuz sorumluluğu gündeme gelecektir¹⁹⁹.

Noterin taşınmaz satış sözleşmesi yapma yetkisi ile tapu memurunun tasarruf işlemini tamamlama yetkisi birbirinden farklıdır²⁰⁰. Taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin borçlandırııcı işlemdeki hukuka aykırılık veya eksiklik nedeniyle Devlet'in sorumluluğuna başvurulamaz. Noterin hazırladığı hukuka aykırı taşınmaz satış sözleşmesine dayanarak tapu siciline tescil yapılmışsa, bu durumdan

¹⁹⁴ Ulukapı ve Atalı, *Noterlik Hukuku*, 222 vd.; Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 218; Doğu, “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Güvence”, 587; Kurt, “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”, 97 vd.; Tekben, 95; Çetin ve Ateş, *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, 280-281; Aslan Düzgün, “Noterlerin Mesleki Sorumluluk Sigortası”, 495-496; Memiş, “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”, 126; İnan, 32; Oktay Özdemir, *Yargıtay Uygulaması Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluklarının Dayandığı Esas ve Sorumluluğun Koşulları*, 695 vd.; Şenol, 371; Başol, *Noterlik Hukuku ve Tebligat Hukuku Ders Kitabı*, 169; Nart, “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”, 446.

¹⁹⁵ Kurt, “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”, 87-107; Çetin ve Ateş, *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, 281; Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 224; Tekben, 94-95.

¹⁹⁶ <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-4484.pdf>, Erişim tarihi: 16.07.2023.

¹⁹⁷ Tanrıver ve Ergüne, 174.

¹⁹⁸ Ulukapı ve Atalı, *Noterlik Hukuku*, 219-220; Kurt, “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”, 97; Oktay Özdemir, *Yargıtay Uygulaması Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluklarının Dayandığı Esas ve Sorumluluğun Koşulları*, 699; Şenol, 372; Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 218; İnan, 31.

¹⁹⁹ Tanrıver ve Ergüne, 149.

²⁰⁰ Tanrıver ve Ergüne, 167.

kaynaklanan zarardan hem devlet hem de noter sorumludur²⁰¹. Devlet, hukuka aykırı şekilde taşınmaz satış sözleşmesini düzenleyen notere karşıladığı zararı rücu edebilecektir²⁰².

Noterin hazırladığı taşınmaz satış sözleşmesinin geçersiz, eksik veya hukuka aykırı olması nedeniyle tapu memuru taşınmaz alıcı adına tescil etmekten kaçınırsa, bundan doğan zarardan, noter kendisi sorumlu tutulacak ve tazminat davası da notere karşı açılacaktır²⁰³. Noterin hukuki sorumluluğuna ilişkin genel düzenleme olan Noterlik Kanunu m.162/1 hükmü gereğince zarara uğrayanın zararı tazmin edilir²⁰⁴. Zarara uğrayan, Devlet'e karşı değil, doğrudan notere karşı dava açabilir²⁰⁵.

Noterler, taşınmaz satış sözleşmesinin hukuk kurallarına ve Noterlik mevzuatına göre hatalı veya eksik yapılması nedeniyle ortaya çıkan zarardan sorumlu olurlar²⁰⁶. Sahte vekaletnameye veya mirasçılık belgesine dayalı olarak taşınmaz satış sözleşmesi yapılmasından, sözleşmenin şekle aykırı olmasından, sözleşmenin taraflarından birisinin tam fiil ehliyetine sahip olmamasından kaynaklanan zarardan da noter sorumludur²⁰⁷.

Taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesinden dolayı zarardan noterin sorumlu tutulabilmesi için; noterin taşınmaz satış sözleşmesini düzenlemiş olması, sözleşmenin hukuka aykırı olması, zarar doğması ve zarar ile hukuka aykırı sözleşme arasında nedensellik bağının olması gerekmektedir²⁰⁸. Zarar görenin veya üçüncü kişinin davranışı, noterin fiili ile zarar arasındaki nedensellik bağı kesilebilir²⁰⁹. Nedensellik bağının kesildiği durumlarda, noter sorumlu olmayacaktır²¹⁰.

²⁰¹ Tanrıver ve Ergüne, 167; Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 235; Özmen, "Noterlere Taşınmaz Satışı Yetkisi Verilmesine İlişkin Kanun", 539.

²⁰² Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 235; Tanrıver ve Ergüne, 167; Tanrıver, *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, 185.

²⁰³ Tanrıver ve Ergüne, 166-174.

²⁰⁴ Tanrıver ve Ergüne, 175.

²⁰⁵ Ulukapı ve Atalı, *Noterlik Hukuku*, 227; Mustafa Kıcalıoğlu, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", *Tezrazi Hukuk Dergisi* 2, S. 11 (2007): 131-145, 131; Memiş, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", 93; Doğu, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Güvence", 600; Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 218; Reşat Atabek, "Noter; Mali Sorumluluk Sigortası", *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, S. 3 (1974): 45-50, 19; Batmaz, 30; Çetin ve Ateş, *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, 281; Tekben, 131.

²⁰⁶ Oktay Özdemir, *Yargıtay Uygulaması Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluklarının Dayandığı Esas ve Sorumluluğun Koşulları*, 696; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 139; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 650.

²⁰⁷ Tanrıver ve Ergüne, 167.

²⁰⁸ Tanrıver ve Ergüne, 166; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2022), 146; Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 222; Kurt, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", 98; Başol, *Noterlik Hukuku ve Tebliğat Hukuku Ders Kitabı*, 169; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, 658-659; Çetin ve Ateş, *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, 281; İnan, 33.

²⁰⁹ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2*, 146.

²¹⁰ Oktay Özdemir, *Yargıtay Uygulaması Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluklarının Dayandığı Esas ve Sorumluluğun Koşulları*, 709 vd.

Noter taşınmaz satış sözleşmesini yapmaktan hukuka aykırı şekilde kaçınır, bu nedenle bir zarar ortaya çıkarsa, olumsuz fiilinden yani sözleşmeyi yapmamasından NK'nin 162. maddesinin 1. fıkrasındaki genel sorumluluk hükümlerine göre sorumlu tutulabilecektir.

Devlet teşkilatı içerisinde yer alan, kamu görevlisi olan tapu memurlarının sorumluluklarında TMK m.1007 kapsamında, Devlet'in sorumluluğu gündeme gelecektir. Noterlik Kanunu kapsamında noterlik bir kamu hizmeti olarak kabul edilmektedir. Ancak Adalet Bakanlığı ve Türkiye Noterler Birliği denetiminde olan noterler, Devlet idari teşkilatının içerisinde yer almamaktadırlar. Yapılan düzenlemeler noterlere, kamu görevlileri gibi güvence sağlayan bir içeriğe ve amaca sahip değildir²¹¹.

Devlet'in ödediği tazminatı tapu görevlilerine rücu etmesinde, TMK m.1007'ye göre kusur aranırken, Noterlik Kanunu m.162/2 hükmü kapsamında noterler kusursuz olarak sorumlu tutulmaktadır²¹². Tapu memurları yapacakları taşınmaz satış sözleşmelerinden dolayı sadece kusurları varsa sorumlu olacak, Devlet ödediği tazminatı kusuru varsa tapu memurlarına rücu edebilecektir. Bizim de katıldığımız görüşe göre noterlerin ve tapu memurlarının farklı sorumluluk hükümlerine tabi olmaları yerinde değildir²¹³. Noterlik Kanunu hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, noterlerin sorumluluğu Devlet'in sorumluluğundan daha geniştir²¹⁴.

Noter, kendi kusuru olmasa bile noterlik personelinin hatalı yahut eksik işlem yapmasından veya işlem yapmamasından kaynaklanan zarardan sorumludur²¹⁵. NK'nin 162. maddesinin 3. fıkrası gereğince, noterler hukuki sorumlulukları kapsamında kendilerine karşı açılan dava sonucunda tazminat isteminde bulunan tarafa ödedikleri tazminatı, işlemi yapan noterlik personeline veya stajyerine kusuru olması halinde rücu edebilecektir²¹⁶. Bu nedenle noter, ödediği tazminatı çalışanına rücu edeceği zaman söz konusu davada çalışanın kusurunu kanıtlamalıdır²¹⁷. Rücu hakkı; noter ile personeli arasında hizmet sözleşmesinin olması durumunda on yıl, noter ile stajyer arasında hizmet sözleşmesinin bulun-

²¹¹ Tanrıver ve Ergüne, 173.

²¹² Şenol, 372; Tanrıver ve Ergüne, 175.

²¹³ Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 218-236.

²¹⁴ Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 219.

²¹⁵ Ulukapı ve Atalı, *Noterlik Hukuku*, 220; Batmaz, 196; Memiş, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", 94; Nart, "Noterlerin Hukukî Sorumluluğu", 430; Kıcalıoğlu, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", 136; Aslan Düzgün, "Noterlerin Mesleki Sorumluluk Sigortası", 499; Çetin ve Ateş, *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, 280-282; Bilal Kartal, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Kusursuz Sorumluluk", *Yargıtay Dergisi* 24, S. 3 (1998): 340-355, 340 vd.; Doğu, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Güvence", 586-587; Kurt, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", 92-98; Oktay Özdemir, *Yargıtay Uygulaması İşığında Noterlerin Hukuki Sorumluluklarının Dayandığı Esas ve Sorumluluğun Koşulları*, 699.

²¹⁶ Kurt, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", 109; Kartal, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Kusursuz Sorumluluk", 351; Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 224; O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. V/1, 1*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2019), 448; Doğu, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Güvence", 590; Nart, "Noterlerin Hukukî Sorumluluğu", 446.

²¹⁷ İnan, 33-34.

madığı durumlarda iki yıl ve herhalde on yıllık zamanaşımı süresine tabi olur²¹⁸. Noterin bizzat yapmak zorunda olduğu taşınmaz satış sözleşmesini stajyer, katip veya katip adaylarına yaptırması, hukuka aykırı olduğu için bu sözleşmeden doğan zararlardan noter evleviyetle sorumludur²¹⁹.

Zararlardan çeşitli sebeplerle birlikte sorumlu olan Devlet, noter ve diğer sorumlular hakkında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanacaktır²²⁰. (TBK m.61-62) Müteselsil sorumluluk kapsamında taraflar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusudur²²¹. Hakim Devlet, noter ve diğer sorumlular arasında tazminatı paylaşırken; durum ve koşulları, her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığını ve yarattıkları tehlikeyi göz önünde tutmalıdır. Zararın doğmasında tapu memurunun da kusuru varsa onun zararı Devlete izafe edilecektir. Bu durumda zarar noter, Devlet ve diğer sorumlular arasında TBK m.62/1’de belirtilen esaslara göre paylaşılacaktır²²². Rücuda zamanaşımı süresi ise TBK m.73’e göre belirlenecektir²²³.

Notere karşı açılacak davalar, NK’nin 162. maddesinin 2. fıkrasına göre tapu sicilinin bulunduğu yer mahkemesinde görülmelidir. Bu yetki kuralı kesin bir yetki kuralıdır²²⁴. Malvarlığı haklarından doğan davalarda genel görevli yargı yeri olan asliye hukuk mahkemeleri bu davalarda da görevli mahkemelerdir²²⁵. Asliye hukuk mahkemelerinde, kanunda açıkça ayırık tutulan haller dışında, yazılı yargılama usulü uygulanacağı için bu davalar da yazılı yargılama usulüne tabidir²²⁶.

Taşınmaz satış sözleşmesinin hukuka aykırı şekilde düzenlenmesinden dolayı zarar gören, notere karşı açılacak tazminat davasının davacıdır. Taşınmaz üzerinde paylı mülkiyet olması halinde, zarar gören her paydaş, kendi payı için tazminat davası açabilir. Elbirliği mülkiyeti olması halinde ise, davanın elbirliği ile maliklerin tamamı tarafından açılması gerekmekte, bu durumda mecburi dava arkadaşlığı söz konusu olmaktadır. (HMK m.59)²²⁷

²¹⁸ Başol, *Noterlik Hukuku ve Tebligat Hukuku Ders Kitabı*, 171; Çetin ve Ateş, *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, 282.

²¹⁹ Tanrıver ve Ergüne, 166.

²²⁰ Sirmen, *Eşya Hukuku*, 149; Tanrıver ve Ergüne, 173.

²²¹ HMK m.57.

²²² Sirmen, *Eşya Hukuku*, 249; Tanrıver ve Ergüne, 175-176.

²²³ Tapu Kanunu Ek m.2: “*Tapu ve kadastro işlemleri ile ilgili olarak, Devletin kusursuz sorumluluğu sebebiyle yapılan ödemeler dolayısıyla, ihmali bulunan personel aleyhine başlatılacak rücu istemleri, ödeme tarihinden itibaren iki yıl, herhâlde zarara yol açan işlemin gerçekleştirildiği tarihten itibaren on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ağır kusura dayalı sorumluluğu bulunan personel için 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 73 üncü maddesi hükümleri saklıdır.*”

²²⁴ Tanrıver, *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, 185.

²²⁵ HMK m.2; Tanrıver, *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, 185; Tanrıver ve Ergüne, 177.

²²⁶ Tanrıver ve Ergüne, 177.

²²⁷ Tanrıver ve Ergüne, 171.

Zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren iki yıl ve her halde fiilin işlendiği tarihten itibaren 10 yıl geçmesiyle tazminat istemi, TBK m.72 gereğince zamanaşımına uğrar²²⁸. Noterlik tarafından yapılan işlemler nedeniyle zarara uğrayanlar için de bu zamanaşımı süresi geçerli olup, bu süreler içerisinde notere karşı tazminat davası açılacaktır²²⁹.

1. Noterlerin Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran Şartlar

Noterlerin sorumluluğu; noterlik faaliyetinin hukuka uygun olması, bir zararın ortaya çıkmaması veya illiyet bağının kesilmesi hallerinde ortadan kalkmaktadır. Noter veya noter personeli tarafından noterlik mevzuatına ve diğer yasal düzenlemelere uygun şekilde yapılan işlemlerde, noterin sorumluluğundan bahsedilemeyecektir. Kanunların notere yetki vermediği durumlarda noterin talep edilen işlemi yapmaması, hukuka uygun olacağı için noter sorumlu olmayacaktır²³⁰. Noterin ek-sik ya da hatalı olarak yaptığı veya yapmadığı işlemler hayatın olağan akışı içerisinde, ortaya çıkan zararı doğurmaya elverişli değilse noterin sorumluluğundan bahsedilemez²³¹. Zarar olmaması durumunda sorumluluk da olmaz.

Noterde yapılan işlem sonucunda ortaya çıkan zararın başka bir yolla önlenmesi mümkünse noterin sorumluluğuna gidilemez²³². Tapu sicilindeki yolsuzluğun düzeltilmesi mümkünse, tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılması ve zararın gerçekleşmiş olduğunun mahkeme kararıyla belirlenmesi gerekir²³³. Hukuka aykırı sözleşmeye dayalı olarak alıcı adına yapılan yolsuz tescil terkin edilir, tapu sicili düzeltilirse, gerçek malik, sadece yargılama giderleri ve yolsuz tescil süresince yoksun kaldığı ürünler için noterin ve Devletin sorumluluğuna başvurabilir²³⁴.

Noterlerin sorumluluğunun hukuki kaynağı tartışmalıdır²³⁵. Genel olarak kabul edilen görüşe göre noterlerin sorumluluğu kusursuz sorumluluk olduğu için kusur şartı aranmamaktadır²³⁶. Yargıtay'ın genel olarak kabul ettiği görüşe göre

²²⁸ Tanrıver, *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, 184; Tanrıver ve Ergüne, 172.

²²⁹ Kurt, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", 108; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 611; Çetin ve Ateş, *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, 281.

²³⁰ Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 227.

²³¹ Oktay Özdemir, *Yargıtay Uygulaması Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluklarının Dayandığı Esas ve Sorumluluğun Koşulları*, 707.

²³² Oktay Özdemir, *Yargıtay Uygulaması Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluklarının Dayandığı Esas ve Sorumluluğun Koşulları*, 703-704; Kurt, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", 99.

²³³ Oktay Özdemir, *Yargıtay Uygulaması Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluklarının Dayandığı Esas ve Sorumluluğun Koşulları*, 703-704; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 141.

²³⁴ Tanrıver ve Ergüne, 170.

²³⁵ Bkz. Kurt, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", 90; Mehmet Ünal, "1512 Sayılı Noterlik Yasasının 162. Maddesi (Noterin Hukuki Sorumluluğu)", *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, S. 101 (1999): 48-52, 50; Batmaz, 74; Nihat Meriç, "1512 Sayılı Noterlik Yasasının 162. Maddesi ile İlgili Düşünceler", *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, S. 83 (1994): 39-42, 40; Nart, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", 429-431; Tekben, 94 vd.

²³⁶ Doğu, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Güvence", 586; Çetin ve Ateş, *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, 280-282; Oktay Özdemir, *Yargıtay Uygulaması Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluk-*

de noterlerin sorumluluğu, kusursuz sorumluluktur²³⁷. Kusursuz sorumluluk hallerinde, zarar gören zarar verenin kusurunu kanıtlamak zorunda olmadığı gibi, zarar veren de kusursuzluğunu kanıtlayarak sorumluluktan kurtulamayacaktır. Sorumluluk hukukunun genel ilkeleri gereğince, zarar ile hukuka aykırı eylem arasındaki illiyet bağının kesilmesi durumunda, sorumluluk ortadan kalkacaktır²³⁸. Zarar gören kişinin davranışının, üçüncü kişinin fiilinin veya mücbir sebe-

larının Dayandığı Esas ve Sorumluluğun Koşulları, 699; Aslan Düzgün, "Noterlerin Mesleki Sorumluluk Sigortası", 495; Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 221; İnan, 30-31; Tanrıver ve Ergüne, 164; Demirboğa, "Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi Yapılmasına İmar Kanunu ve Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Tarafından Getirilen Sınırlamalar ve Noterin Sorumluluğu", 89; Kurt, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", 88; Batmaz, 159; Tanrıver, *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, 127; Batmaz, 160.

²³⁷ Y3.HD, 16.03.2020, E.2020/849, K.2020/2393, "Noterlik Kanunu'nun 162. maddesinde kusurdan söz edilmemiştir. Bu sebeple, noterlerin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Tüm kusursuz sorumluluk hallerinde olduğu gibi zarar gören davacı, davalı noterin kusurunu kanıtlamak zorunda değildir. Zarar gören davacı, yalnızca, zararlar eylem arasındaki uygun illiyet bağını kanıtlamak zorundadır. İlliyet bağının kesildiği durumlarda kusursuz sorumlu olan kişi sorumlu tutulmayacaktır. Mücbir sebep, zarar görenin tam kusuru ve üçüncü kişinin ağır kusuru ile illiyet bağı kesilir ve kusursuz sorumlu olan kişi sorumluluktan kurtulur. Buna göre, noter, gerekli özeni gösterdiğini iddia ederek sorumluluktan kurtulamayacaktır. Ancak, gerekli özeni göstermiş olsa bile, zararın doğmasına engel olamayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Bu husus nedensellik bağının kesilmesidir. Bunun ispatı da davalı notere aittir. Yargıtay uygulamasında da; noterlerin hukukî sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğu genel bir ilke ve prensip olarak benimsenmiştir. Noterin hukukî sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için ortada; noterin veya noter çalışanının bir eyleminin bulunması ve bu eylemden dolayı bir zararın doğması, bu zararlar birlikte eylem ile zarar arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Bu şartlardan birinin gerçekleşmemesi hâlinde noterin hukukî sorumluluğunun doğmayacağı kabul edilmektedir. Noterin bir kamu hizmeti ifa ettiği de dikkate alınarak sorumluluğun belirlenmesinde normal bir insanın göstereceği özenli davranış değil, aynı işi üstlenen noterlik mesleğinde çalışan bir kişinin göstermesi gereken objektif davranış esas alınacaktır. Buradaki tazminat yükümlülüğü; sorumlu kişinin somut olaydaki bireysel davranışından ziyade, daha çok onun toplum ve ekonomi içindeki durumu ile kanunun ona yüklediği ihtimam ve özen görevine bağlanmaktadır."; Şenol, 371; Y3.HD, 04.03.2020, E.2020/539, K.2020/1959; Y3.HD, 19.12.2019, E.2019/3282, K.2019/10327; YHGK, 09.05.2018, E.2017/3-994, K.2018/1048; YHGK, 13.02.2020, E.2017/1518, K.2020/139; Y3.HD, 18.10.2021, E.2021/6030, K.2021/10171, "Noterler bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumludurlar". Bu maddeye göre, noterlerin sorumluluğu kusursuz sorumluluktur. Kusursuz sorumlulukta ise, zarar gören kişinin kusurun varlığını ispat etmek zorunluluğu yoktur, aksine kusursuz sorumlu olan davalının (noterin) olayla zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmadığını kanıtlaması gerekir. Sorumluluk hukukunun önemli öğelerinden biri de zarar ile eylem arasında illiyet bağının bulunmasıdır. İlliyet bağının kesildiği durumlarda kusursuz sorumlu olan kişi sorumlu tutulmayacaktır. Teoride ve uygulamada; mücbir sebep, zarar görenin tam kusuru ve üçüncü kişinin ağır kusuru ile illiyet bağı kesilir ve kusursuz sorumlu olan kişi sorumluluktan kurtulur."; Benzer yöndeki kararlar için bkz. Y3.HD, 27.04.2016, E.2015/10622, 2016/6596; Y2.HD, 07.10.2020, E.2020/2002, K.2020/5494; Y4.HD, 16.11.1982, E.198278932, K.1982/10570, Söz konusu kararda noterin kendi eylemleri yanında, yanında çalıştırdığı personelinin davranışından da sorumlu olacağı için sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğuna hükmedilmiştir.; Y3.HD, 04.02.2019, E.2017/12095, K.2019/663; Y3.HD, 23.03.2016, E.2015/16924, K.2016/4421; Batmaz, 159-160; Y13.HD, 01.03.1993, E.1993/363, K.1993/1676, Bu kararda ise noterin sorumlu olabilmesi için kusurlu olması şartı aranmıştır.; İnan, 31; Kurt, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", 85; Demirboğa, "Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi Yapılmasına İmar Kanunu ve Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Tarafından Getirilen Sınırlamalar ve Noterin Sorumluluğu", 83.

²³⁸ İnan, 28.

bin²³⁹ illiyet bağımlı kestiği hallerde noterin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır²⁴⁰.

Noterin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olmasının ve notere bu kadar ağır bir sorumluluk yüklenmesinin tartışılabilir olduğu, Noterlik Kanunu yeniden düzenlendiğinde bu hususun yeniden değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir²⁴¹.

Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuşsa veya sözleşmedeki hukuka aykırılığı bilmesine rağmen gerekli tedbirleri almamışsa, sözleşmedeki geçersizliğe sebebiyet vermişse (muvazaa, kamu düzenine aykırılık vs.), zararın artmasında etkili olmuşsa hakim, noterin ödeyeceği tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir. (TBK m.52/1)²⁴²

Noterlikte işlem yaptıran kişilerin sahte kimlik veya belgeler kullanması sonucunda işlemde başkalarının zarar görmesi sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Yargıtay üçüncü kişinin fiiliyle illiyet bağının kesilip kesilmediğini değerlendirirken, işlem sırasında kullanılan belgenin aldatma kabiliyetinin olup olmadığını dikkate almaktadır. Sahte belge kullanılarak yapılan işlemlerde, sahte belgenin aldatma yeteneğine sahip olması durumunda, illiyet bağının kesildiği kabul edilmektedir²⁴³. Ancak yeni tarihli kararlarında belgenin aldatma kabiliyeti bulunsa bile noterin tek bir belgeyi incelemekle yetinmesini illiyet bağının kesilmesi için yeterli kabul etmemektedir²⁴⁴.

2. Noterlerin Sorumluluklarının Teminatı

Noterlerin hukuki sorumlulukları kapsamında, haklarında açılan davalarda ödeyecekleri tazminat miktarının çok fazla olması mümkündür. Bu nedenle noterler için teminat hesapları, hukuki sorumluluk fonu ve mali sorumluluk sigortası gibi güvenceler sağlanmaya çalışılmaktadır.

²³⁹ Örneğin; Noterin, resmi vasiyetname şekline uymadan bir vasiyetname hazırlaması nedeniyle, lehine vasiyet edilen kişi şekle aykırılık nedeniyle vasiyet edilen malı alamayacak olmasıyla zarara uğramış olacaktır. Noterin hukuka aykırı işlemi sonrasında vasiyet edilen malın yangında zayı olduğu anlaşılırsa, mücbir sebep ile illiyet bağının kesildiği kabul edilir. Noter bu durumda sorumlu olmayacaktır; Oktay Özdemir, *Yargıtay Uygulaması Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluklarının Dayandığı Esas ve Sorumluluğun Koşulları*, 713-714.

²⁴⁰ Ulukapı ve Atalı, *Noterlik Hukuku*, 163; Kurt, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", 101; Başol, *Noterlik Hukuku ve Tebligat Hukuku Ders Kitabı*, 170; Çetin ve Ateş, *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, 281; İnan, 31; Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 227; Demirboğa, "Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi Yapılmasına İmar Kanunu ve Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Tarafından Getirilen Sınırlamalar ve Noterin Sorumluluğu", 83; Bkz. Y11.HD, 21.03.2011, E.2000/9959, K.2011/2948.

²⁴¹ Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 221.

²⁴² Tanrıver ve Ergüne, 169; Oktay Özdemir, *Yargıtay Uygulaması Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluklarının Dayandığı Esas ve Sorumluluğun Koşulları*, 713; Y3.HD, 19.12.2019, E.2019/3282, K.2019/10327; Y3.HD, 07.10.2020, E.2020/2002, K.2020/5494.

²⁴³ Y3.HD, 20.05.2019, E.2017/8328, K.2019/4678; YHGK, 27.05.2015, E.2013/2329, K.2015/1444; Y3.HD, 18.03.2021, E.2020/10188, K.2021/2925; Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 117.

²⁴⁴ Y3.HD, 07.10.2020, E.2020/2002, K.2020/5494.

Noterlere, NK m.38 gereğince milli bir bankada teminat hesabı açma zorunluluğu getirilmiştir. Noterlik Kanunu Yönetmeliği'nin 76. maddesi gereğince noter, ilgili bankaya, açtığı teminat hesabından Adalet Bakanlığı veya Cumhuriyet Savcılığı tarafından talimat verilmedikçe para çekilemeyeceğine ilişkin şerhin konulmasını bildirmek zorundadır. Noterler teminat hesabını açtığı tarihten itibaren en geç on gün içerisinde, bankanın adını ve hesap numarasını Cumhuriyet Savcılığı, Adalet Bakanlığı ve TNB'ye bildirmek zorundadırlar. Noterler bu teminat hesabına, göreve başladıkları tarihten itibaren iki ay içerisinde, noterliğin bir yıllık gayrisafi gelirinin %5'i nispetinde, para olarak teminat yatırmalıdırlar. Ayrıca ilave olarak takip eden her yıl için noterliğin bir evvelki yıla ait gayrisafi gelirlerinin %1'i oranında teminat yatırır. Yatırılan bu paralar, noterlerin noterlik görevleri nedeniyle sebep olabilecekleri zararlara ve haklarında verilecek para cezalarına teminat sağlar²⁴⁵. NK m.162'de düzenlenen, noterlerin hukuki sorumluluğu ile ilgili ortaya çıkan zararlar da bu kapsamdadır²⁴⁶. Teminat hesapları noterlik işlemlerinden zarar gören ilgilileri, üçüncü kişileri ve noteri korumaktadır²⁴⁷. Notere karşı açtığı davayla tazminata hak kazanan kişiler ilgili makamlara başvurarak, noterin teminat hesabının bulunduğu bankaya talimat yazılmasını talep ederek, ilgili bankanın kendilerine ödeme yapmalarını sağlayabilirler²⁴⁸.

Noterlerin NK m.162 kapsamındaki hukuki sorumluluklarını karşılamak için TNB bünyesinde ihtiyatlar hesabı da bulunmaktadır. Bu teminatlarla, noterlerin veya yanlarında çalıştırdıkları stajyer, katip, başkatip ve diğer personelin noterlik görevi sırasında gayri kasti ve ihmali fiillerinden dolayı zarar görecekt olanlara karşı doğacak ve talep edilecek zararların karşılanması amaçlanmaktadır. Her bir noter için bir işlemde azami 2.486.722,46 TL, bir yıl içinde azami 4.973.444,90 TL'si kadar olan kısmı teminat kapsamındadır²⁴⁹. Ölümüne bağlı tasarruflara ilişkin işlemlerde bu miktar üç katına kadar artırılarak uygulanmaktadır. Bu sınırlar her yılın başında TNB Yönetim Kurulunca yeniden değerlendirilmektedir. Hakkında tazminat davası açılan noterin öncelikle mesleki sorumluluk sigortası için dava ya konu işlem tarihinde sözleşme yapılan sigorta şirketine başvurması gerekir. İlgili şirket tarafından noterin talebinin karşılanmaması halinde Hukuki Sorumluluk Yardımları Talimatnamesi devreye girecektir²⁵⁰.

²⁴⁵ NK m.38/5.

²⁴⁶ Kurt, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", 110; Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 225; Çetin ve Ateş, *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, 282.

²⁴⁷ Doğu, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Güvence", 603; Kurt, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", 110; Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 225.

²⁴⁸ Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 225; Kurt, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", 110.

²⁴⁹ TNB, Hukuk İşleri Müdürlüğü, 06.06.2023, 259 sayılı Genel yazısı.

²⁵⁰ Bkz. Erişim Tarihi: Eylül 06, 2023, <https://portal.tnb.org.tr/Lists/TNBYonetmelikler/Attachments/46/%C4%B0htiyatlar%20Hesab%C4%B1n%C4%B1n%20Kullan%C4%B1m%20Esaslar%C4%B1%20-%20Talimatname.pdf>.

Noterin hukuki sorumluluğunda teminat hesabı ve TNB tarafından sağlanan ihtiyatlar hesabı yeterli güvence sağlamayabilmektedir. Mesleki mali sorumluluk sigortası, noter ve zarar gören için en iyi güvenceyi sağlamaktadır²⁵¹. TNB tarafından noterler adına sigorta şirketiyle mali sorumluluk sigorta sözleşmesi imzalanarak, prim miktarı bütün noterler için birlik bütçesinden ödenmektedir. Noterler bireysel olarak da mali sorumluluk sigortası yaptırabilirler²⁵².

Mali sorumluluk sigortasıyla sigorta şirketi, sözleşme kapsamında sigortalı olan kişiye ödeme yapmayı üstlenmektedir. Bu sayede sigortalanan kişi zarar görenlere karşı ödeyeceği tazminat yükünden kurtulmaktadır²⁵³. Sigorta şirketi, rizikonun gerçekleşmesiyle sorumlu olacaktır²⁵⁴. Mesleki sorumluluk sigortası genel şartnamesinde rizikonun ne zaman gerçekleşeceğine ilişkin düzenleme yapılmaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nun 1429. maddesine göre, "... Sigorta ettiren, sigortalı ve tazminat ödenmesini sağlamak amacıyla bunların hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kişiler; rizikonun gerçekleşmesine **kasten sebep oldukları** takdirde, sigortacı tazminat borcundan kurtulur ve aldığı primleri geri vermez." Bu nedenle noter veya noter çalışanlarının kasıtlı fiillerinden bir zarar meydana gelir, noterden tazminat talebinde bulunulursa bu talepler sigorta kapsamında kabul edilmemektedir. Noterlerin sorumlulukları, taşınmaz satış yetkisi verilmesiyle daha fazla artmıştır. Bu nedenle mali sorumluluk sigortasının teminat miktarlarının daha da artırılması gerekir.

B. NOTERLERİN CEZAI SORUMLULUĞU

Noterlerin cezai sorumluluğu ile ilgili olarak NK m.151'de "*Noterler, geçici yetkili noter yardımcıları, noter vekilleri, noter katipleri ve katip adayları noterlikteki görevleri, Türkiye Noterler Birliği organlarında görev alan noterler ise ayrıca bu görevleri ile bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı Türk Ceza Kanununun uygulanması bakımından kamu görevlisi sayılırlar*"²⁵⁵ şeklinde düzenleme yapılmıştır.

²⁵¹ Nart, "Noterlerin Hukukî Sorumluluğu", 448; Kurt, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", 111; Aslan Düzgün, "Noterlerin Mesleki Sorumluluk Sigortası", 501; Atabek, "Noter; Mali Sorumluluk Sigortası", 44-45; Doğu, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Güvence", 603-604.

²⁵² Aslan Düzgün, "Noterlerin Mesleki Sorumluluk Sigortası", 501; Kurt, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", 111.

²⁵³ Kurt, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", 111; Aslan Düzgün, "Noterlerin Mesleki Sorumluluk Sigortası", 502-503.

²⁵⁴ Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 226; Aslan Düzgün, "Noterlerin Mesleki Sorumluluk Sigortası", 506-507; Kurt, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", 111.

²⁵⁵ TCK m.6'da kamu görevlisi, "kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi" olarak tanımlanmıştır. Maddenin gerekçesinde "mesleklerin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır." denilerek noterlerin kamu görevlisi sayıldığı açıkça ifade edilmiştir.

Türk Ceza Kanunu kapsamında kamu görevlisi olan noterlerin işleyebilecekleri suçlar çok geniştir. Kamu görevlileri tarafından işlenebilecek olan; resmi belgede sahtecilik (TCK m.204), zimmet (TCK m.247), irtikap (TCK m.250), rüşvet (TCK m.252), görevi kötüye kullanma (TCK m.257), göreve ilişkin sırrın açıklanması (TCK m.258), mühürde sahtecilik (TCK m.202), mühür bozma (TCK m.203), kamu görevlisinin ticareti (TCK m.259), kamu görevinin terki veya yapılmaması (TCK m.260), kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi (TCK m.262) gibi suçların noterler tarafından işlenmesi mümkündür.

NK m.157’de, “*yasalara aykırı harekette bulunmak*” başlığı kapsamında idari para cezası öngörülmüştür. NK m.158’de “*noterlerin işlemlerinde tahrifat yapmaları*”, NK m.159’da “*Onuncu kısım hükümlerine aykırı eylemler*” ve NK m.160’da “*Gözetim ve denetimden doğan ceza sorumluluğu*” düzenlemeleriyle noterlerin ve noterlik personelinin cezai sorumluluğu hüküm altına alınmıştır.

Noterlerin görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında kovuşturma yapılabilmesi, NK m.153 gereğince Adalet Bakanlığının iznine bağlanmıştır. Ancak soruşturma yapılmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır. Danıştay Adalet Bakanlığının kovuşturma yapılmasına izin vermemesi durumunda karşı itirazın mümkün olmadığına karar vermiştir²⁵⁶.

NK m.154’te özel kovuşturma usulü düzenlenmiş ve soruşturma açısından adalet müfettişleri veya mahalli Cumhuriyet Savcısı’nın soruşturması düzenlenmiştir. Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü halinde soruşturmanın NK m.156 gereğince genel hükümlere göre yapılacağına hükmedilmiştir²⁵⁷. Cumhuriyet Savcısının yapacağı soruşturmadan sonra yeterli şüpheye ulaşması, Adalet Bakanlığı tarafından da kovuşturma izni verilmesi halinde Cumhuriyet savcısının kovuşturmaya yer olmadığına karar vermesinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Suçun unsurlarının oluşup oluşmadığı, mahkeme tarafından değerlendirilecektir. NK m.161 gereğince, 153 ile 155. maddeler noterler dışındaki görevliler hakkında uygulanmayacaktır. Bu nedenle noter dışındaki personel hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılması gerektiği durumlarda ilgili işlemler genel hükümlere göre yürütülecektir²⁵⁸.

Noterler hakkında açılan davaların hem ceza mahkemesine hem de hukuk mahkemesine konu olması mümkündür. Örneğin sahtecilik, ceza hukuku anlamında suç oluştururken, borçlar hukuku anlamında haksız fiil oluşturarak tazminat sorumluluğu meydana getirir. Bu kapsamda açılan ceza davasının kararının, hukuk hakimini bağlayıp bağlamayacağı tartışmalıdır. Aynı anda iki farklı yargı

²⁵⁶ D2.D, 16.01.2003, E.2002/1094, K.2003/42.

Erişim Tarihi: Ağustos 18, 2023, <https://karararama.danistay.gov.tr/getDokuman?id=17758800&arananKelime=2002/10941094>.

²⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ersoy, Gül, Köken ve Yılmaz, “Noterlerin Cezai Sorumluluğu”, 8 vd.; Şahbaz, “Noterlerin Cezai Sorumlulukları”, 8.

²⁵⁸ Ersoy, Gül, Köken ve Yılmaz, “Noterlerin Cezai Sorumluluğu”, 35.

merciinde sahtecilik davası görülmesi durumunda, çelişkili kararların verilmesini engellemek için mahkemelerden birinin bekletici mesele kararı vermesi gerekmektedir. (HMK m.165) Ceza mahkemelerinin kararları kural olarak hukuk mahkemesi bakımından bağlayıcıdır²⁵⁹. Kanunun belirlediği bazı hallerde²⁶⁰ bağlayıcı olmaması istisnadır.

VI. DEVLETİN TAPU SİCİLİNİN TUTULMASINDAN DOĞAN SORUMLULUĞU

Tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan devletin sorumlu olduğu TMK'nın m.1007'de düzenlemiştir. Devlet, tapu sicilinin tutulmasından kaynaklanan zararlardan aslen ve doğrudan sorumludur. Devlet'in asli sorumluluğunun niteliği konusu, doktrinde tartışmalı olup, genel olarak ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu olduğu kabul edilmektedir²⁶¹. Tapu sicilinin tutulmasından kaynaklanan zararlarda, devlet zararı ödedikten sonra, işlemi yaparak zarara yol açan tapu memuruna kusuru olması durumunda rücu edebilir²⁶².

Taşınmazlar üzerindeki aynı haklar devlet tarafından tutulan bir sicille açıklık kazanmakta ve işlem güvenliği sağlanmaktadır. Tapuda yer alan kayıtların açıklığa kavuşturulması amacına hizmet eden her türlü işlem tapu sicilini tutma faaliyeti kapsamında kabul edilmektedir²⁶³. Devletin tapu sicilinin tutulmasından dolayı sorumlu olması için tapu memurunun fiilinin veya kaçınmasının sicil tutma kapsamında olması gerekmektedir²⁶⁴. Fiil veya kaçınmanın hukuka aykırı olması, bu nedenle bir zararın meydana gelmesi ve zarar ile hukuka aykırı fiil veya kaçınma arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir²⁶⁵. Taşınmazın

²⁵⁹ Ersoy, Gül, Köken ve Yılmaz, "Noterlerin Cezai Sorumluluğu", 36.

²⁶⁰ TBK'nın 74. maddesi ve HMK'nın 214. maddesi hükümleri dikkate alınmalıdır. Bkz. Ersoy, Gül, Köken ve Yılmaz, "Noterlerin Cezai Sorumluluğu", 37.

²⁶¹ Konu için bkz. Cüneyt Pekmez, *Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu*, (İstanbul: On İki Levha, 2013), 5 vd.; Halûk N. Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 322 vd.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 642 vd.; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 135 vd.; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 206 vd.; Tanrıver ve Ergüne, 165; Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 204.

²⁶² Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 204.

²⁶³ Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 235; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 137.

²⁶⁴ Pekmez, *Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu*, 102; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 136-138; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 167-170; Antalya ve Topuz, *Eşya Hukuku*, 590-591; Eren ve Başpınar, *Toprak Hukuku*, 255; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 279; Kadastro tespit işlemleri sırasında memurunun faaliyetleri nedeniyle tapu sicilinin yanlış tutulduğu durumlarda da Devlet'in sorumluluğuna başvurulabilir. Bu konudaki Karar için bkz. YHGK, 18.11.2009, E.2009/4-383, K.2009/517; YHGK, 16.06.2010, E.2010/4-349, K.2020/318; Kadastro sonrasında tutulan defterler ile henüz kadastro görmemiş yerlerde tutulan defterlerde de Devlet'in tapu sicilinden doğan sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bu konudaki ayrıntılı bilgi için bkz. Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 209.

²⁶⁵ Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 209-210; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 200; Antalya ve Topuz, *Eşya Hukuku*, 590; Eren ve Başpınar, *Toprak Hukuku*, 255; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 136; Pekmez, *Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu*, 38; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 170; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 128; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 100.

mülkiyetini devir borcu doğuran taşınmaz satış sözleşmesinin hazırlanması, tapu sicilini tutma kapsamına girmemektedir²⁶⁶. Tapu siciline etki etmediği sürece, tapu memur ve müdürünün taahhüt aşamasında gerçekleştirdiği sözleşmelerden Devlet, kusursuz sorumlu değildir²⁶⁷. Aynı şekilde noterlerin hazırladığı taşınmaz satış sözleşmelerinden de tapu siciline etki etmediği sürece, devlet kusursuz sorumlu değildir.

Tapu sicilinin tutulmasında ve taşınmazların tescilinde tapu müdür ve memurları yetkilidirler. Tasarruf işleminin tamamlayıcı unsuru olan tescil, aynı hakkın tapu kütüğüne işlenmesine ilişkin resmi işlemdir²⁶⁸. Tapu kütüğüne tesciller, istem tarihine ve sırasına göre yapılır. (TMK m.1017) Tapu müdürlüğünde düzenlenen taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde bir sınırlı aynı hak kurulmasına yönelik borçlandırıcı işlem niteliğindeki resmi senet, taraflarca imzalandıktan sonra işlemin yevmiye numarası, saat ve dakikası belirtilerek yevmiye defterine kaydedilip tescil edilmektedir. (TMK m.1017,1022; Tapu Sicili Tüzüğü m.21-23) Tapu müdürü yevmiye defterine yapılan kaydı aynı tarih ve yevmiye numarasıyla ana sicile geçirir. (Tapu Sicil Tüzüğü m.27/1) Aynı hakkın tapuya yazılmasıyla tescil işlemi yani tasarruf işlemi tamamlanmış olur²⁶⁹.

Tapu müdürlüğü tescil talebini yerine getirmeden önce araştırma yükümlülüğüne uygun hareket ederek, tescil talebinde bulunan kişinin fiil ehliyetinin, tasarruf yetkisinin olup olmadığını, taşınmaz satış sözleşmesinin öngörülen resmi şekle uygun olarak hazırlanıp hazırlanmadığını araştırmalıdır²⁷⁰. Aksi halde icra edilecek tescil, yolsuz tescil olacağı için tapu müdürlüğü tescilden kaçınmak zorundadır. Tapu memur ve müdürlerinin bu yükümlülüklerine aykırı davranışlarıyla tapu sicilinin hukuka aykırı tutulması TMK m.1007 gereğince Devlet'in sorumluluğuna neden olur²⁷¹.

Taşınmaz satış sözleşmelerinin noterler tarafından düzenlenmesi halinde de tapu müdürlüğü, hukuka aykırı tescil taleplerini tapu kütüğüne işlemek, tescilini yapmak zorunda değildir. Tapu müdürlüğü, tescile engel bir durumla karşılaşarsa, tescil yapmayı reddedebilir. (TMK m.1013/f.I).

Tapu sicilinin hukuka aykırı tutulmasından dolayı Devlet'in sorumluluğuna başvurulabilmesi için tapu sicilinin tutulmasında görevli olan tapu müdürü ve memurlarının olumlu veya olumsuz davranışından bir zararın doğması gerekir. Devlet zarar görenin maddi nitelikteki her türlü zararını gidermekle yükümlü-

²⁶⁶ Sirmen, *Eşya Hukuku*, 138; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 208; Pekmez, *Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu*, 80; Tanrıver ve Ergüne, 166.

²⁶⁷ Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 219.

²⁶⁸ Tanrıver ve Ergüne, 178; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 188.

²⁶⁹ Sirmen, *Eşya Hukuku*, 136; Kocayusufpaşaoğlu, *Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi*, 92.

²⁷⁰ Tanrıver, *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, 155.

²⁷¹ Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 303; Tanrıver ve Ergüne, 173.

dür²⁷². Uğranılan zararın fiili zarar veya yoksun kalınan kâr görünümünde olması da mümkündür. Davacı, zararı ve miktarını ispatla yükümlüdür²⁷³.

Hukuka aykırı davranışla zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir²⁷⁴. Mücbir sebep, zarar görenin kusuru ve üçüncü kişinin kusuru illiyet bağının kesilmesine neden olarak²⁷⁵ Devlet'in sorumluluğunun sona ermesine yol açar²⁷⁶. Zarar görenin ve üçüncü kişinin kusuru nedeniyle illiyet bağının kesildiğinden söz edilebilmesi kusurun, illiyet bağına kesecek ağırlıkta olması gerekmektedir²⁷⁷. Devletin sorumluluğu bakımından nedensellik bağı üçüncü kişinin kusurunun kesmeyeceği görüşü de bulunmaktadır²⁷⁸.

Tapu sicilinin eksik ya da yanlış tutulması sonucu ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulan, işlemi yapan tapu memuru değil, kusursuz sorumlu olan Devlet'tir. Devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluğu, bir kusursuz sorumluluk türüdür²⁷⁹. Sadece gerçek hak sahiplerinin uğradıkları zararlardan değil, tapu sicilindeki yolsuz kayda güvenerek işlem yapan iyiniyetli üçüncü kişilerin uğradıkları zararlardan da Devlet kusursuz sorumludur²⁸⁰. Devlet'in tapu sicilinin hukuka aykırı tutulmasından doğan kusursuz sorumluluğu asli²⁸¹ ve objektif niteliktedir²⁸².

Devlet'in sorumluluğuna ilişkin olan TMK m.1007'de kurtuluş kanıtı getirilmesine ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır²⁸³. Madde kapsamındaki objektif sorumluluğun dayandığı hukuki esasa ilişkin doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Doktrin ve Yargıtay tarafından dikkat ve özen yükümlülüğü,

²⁷² Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 235; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 203; Antalya ve Topuz, *Eşya Hukuku*, 591; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 129; Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Eşya Hukuku*, 472; Eren ve Başpınar, *Toprak Hukuku*, 255; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 170.

²⁷³ Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 210.

²⁷⁴ Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 282; Antalya ve Topuz, *Eşya Hukuku*, 592; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 101; Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Eşya Hukuku*, 472; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 142.

²⁷⁵ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, 627 vd.; Pekmez, *Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu*, 140 vd.; M. Kemal Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2*, 51-52.

²⁷⁶ Sirmen, *Eşya Hukuku*, 142; Pekmez, *Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu*, 140.

²⁷⁷ Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 210; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, 634; Pekmez, *Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu*, 140; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2*, 51.

²⁷⁸ Sirmen, *Eşya Hukuku*, 143; Y21.HD, 01.06.2016, E.2015/2441, K.2016/6202.

²⁷⁹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 647; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 134; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 263; Şenol, 369; Tanrıver ve Ergüne, 165.

²⁸⁰ Sirmen, *Eşya Hukuku*, 136.

²⁸¹ Tanrıver ve Ergüne, 165; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 136; Pekmez, *Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu*, 29.

²⁸² Akçaal, *Eşya Hukuku*, 198; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 164; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 136; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 281; Tanrıver ve Ergüne, 165.

²⁸³ Antalya ve Topuz, *Eşya Hukuku*, 593; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 282; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 136.

tehlike ilkesi, risk ilkesi ve toplumsal hasar ilkesi görüşleri ileri sürülmektedir²⁸⁴. Devlet'in tapu sicilinin tutulmasından doğan kusursuz sorumluluğunun hakimiyet esasına dayanan objektif sorumluluk olduğunu ifade eden yazarlar da bulunmaktadır²⁸⁵. Devlet'in sorumluluğu düzenlenirken kurtuluş kanıtı getirilmesi yükümlülüğünden bahsedilmediği için öngörülen sorumluluğun ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu olduğu söylenebilir²⁸⁶.

Devletin sorumluluğunu tehlike sorumluluğuna dayandıran görüş ve Yargıtay kararlarında, geçersiz sözleşmenin tescil edilmesi durumunda, sorumluluğu doğuracak fiil ile zarar arasında nedensellik bağının da bulunması halinde Devlet'in sorumluluğu doğacaktır²⁸⁷.

Sahte vekaletname, sahte nüfus cüzdanı veya sahte mirasçılık belgesine dayanarak, taraflardan birinin yaptığı işlemde doğan zararların TMK m.1007 kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği, bu zararlarda Devlet'in sorumlu olup olmadığı tartışmalıdır²⁸⁸. Bir görüşe göre, bu durumda oluşan zararın tapu sicilinin tutulmasından kaynaklanmadığı ancak tapu memurunun gerekli incelemeyi yapmayı ihmal etmesi durumunda devletin sorumlu olmadığı kabul edilmekte, sahte vekaletnameye dayanarak işlem yapanın değil, hakkını kaybeden kişinin zararının TMK m.1007 kapsamında olacağı ifade edilmektedir²⁸⁹. Başka bir görüşe göre ise, sahte bir vekaletname veya mirasçılık belgesine dayanarak tescil yapıldığı durumlarda, sahteliğin anlaşılabilirliğine bakılmaksızın Devlet'in sorumluluğunun bulunduğu kabul edilmektedir²⁹⁰. Yargıtay son zamanlardaki kararlarında, Devlet'in kusursuz sorumluluğunu tehlike sorumluluğuna dayandırarak, sahte belge kullanıldığı durumlarda da TMK m.1007'yi uygulamakta Devlet'in sorumlu olduğunu kabul etmektedir²⁹¹.

²⁸⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 209; Pekmez, *Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu*, 20-29; Y20.HD, 12.05.2015, E.2015/2956, K.2015/4093; Y5.HD, 09.02.2021, E.2020/8782, K.2021/1139.

²⁸⁵ Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 209.

²⁸⁶ Eren ve Başpınar, *Toprak Hukuku*, 251; Öcal Akipek, Şen Doğramacı ve Çağlayan, 209.

²⁸⁷ Şenol, 373; Y3.HD, 16.03.2020, E.2020/849, K.2020/2393; Y3.HD, 10.10.2019, E.2019/4477, K.2019/7774.

²⁸⁸ Tanrıver ve Ergüne, 167; Detayı için bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 651-652; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 324 vd.; Pekmez, *Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu*, 110 vd.; Şenol, 370.

²⁸⁹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 651.

²⁹⁰ Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 209; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 137.

²⁹¹ Y20.HD, 11.12.2019, E.2017/6912, K.2019/7326, "... davacının kimlik bilgilerine ulaşması ve bu bilgileri kullanarak sahte vekâletname çıkartması ve bu belgeler sonucunda tapu müdürlüğüne müracaatla resmî senet tanzim ettirmek suretiyle davacıya ait taşınmazı satması şeklindeki eylem nedeniyle oluşan zarar, tapu dairesinde yapılan işlemde kaynaklanmakla, tehlike sorumluluğuna dayalı kusursuz sorumluluk şeklinde düzenlenen TMK'nın 1007. maddesi uyarınca Devletin sorumluluğunu gerektiren illiyet bağı bulunduğundan, davalı Hazine vekilinin zamanaşımına ve illiyet bağına ilişkin temyiz itirazları yerinde değildir." Y20.HD, 04.12.2019, E.2019/3652, K.2019/7115, "Devletin kusursuz sorumluluğu, bir tehlike sorumluluğu niteliğinde ... olduğundan..."; YHGK,

Tapu sicilinin tutulmasından doğan zararlarda öncelikli olarak Devlet'e başvurulması gerekmektedir²⁹². Tapu sicilinin tutulmasından doğan zarar, görevli memurun kusurundan kaynaklansa bile zarar görenler, doğrudan Devlete karşı tazminat davası açabilirler²⁹³. Devlet'in tapu sicilinin tutulmasından dolayı sorumluluğuna başvurulabilmesi için tapu sicilini tutmakla görevli memurunun kusurunun ispat edilmesi gerekmektedir²⁹⁴. Zararın doğmasında tapu görevlisinin kusuru varsa, zarar görene tazminat ödeyen Devlet görevliye karşı rücu talebinde bulunabilir²⁹⁵.

Devletin sorumluluğunda, TBK m.146'daki on yıllık zamanaşımı süresi uygulanmaktadır²⁹⁶. Yargıtay devletin sorumluluğu bakımından on yıllık süreyi tapu sicilinin düzeltilmesi davasında mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren başlatmaktadır²⁹⁷. Tazminat cezayı gerektiren bir fiilden doğmuş ve ceza kanunlarında daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörülmekteyse, bu süre uygulanır²⁹⁸.

06.06.2018, E.2017/5-2022, K.2018/1168; YHGK, 10.11.2011, E.2011/13-37, K.2011/198; Y20.HD, 12.05.2015, E.2015/2956, K.2015/4093; Y5.HD, 09.02.2021, E.2020/8782, K.2021/1139. Aksi görüş için bkz. Sirmen, *Eşya Hukuku*, 137-141; Aksi yönde kararlar için bkz. YHGK, 16.10.2002, E.2002/4-640, K.2002/830; YHGK, 10.11.2004, E.2004/4-526, K.2004/589, "... usulsüz işlemin sahte nüfus cüzdanından kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Diğer bir anlatımla zarar tapu sicilinin tutulmasından değil, sicilin düzenlenmesinde etken olan nüfus kaydından kaynaklanmaktadır. Medeni Kanununun 917. m. (Yeni 1007) maddesinde sorumluluğun, tapu sicilinin tutulmasından kaynaklandığı belirlenmiştir. Madde de öngörülen sorumluluk, kusursuz sorumluluktur. Diğer bir anlatımla zarar gören davalının kusurunu kanıtlamak zorunda değildir. Davalı da kusuru bulunmadığı savunmasının ötesinde uygun illiyet bağının kesildiğini kanıtlamak zorundadır. Kusursuz sorumluluk da illiyet bağının kesilebilmesi için zarar görenin ağır kusurunun bulunması veya üçüncü bir kişinin illiyet bağını kesebilecek nitelikte ağır kusurunun olması veya hakkında zararlandırıcı sonucun meydana gelmesinde öngörülmeyen bir halin bulunması gerekmektedir. Somut olayda zarar gören davacının illiyet bağını kesebilecek ölçüde kusurunun olmadığı yine öngörülmeyen bir durumun da bulunmadığı görülmektedir. Ne var ki gerek ceza dosyasında gerekse tapu iptaline dava dosyasında zararlandırıcı sonucun ortaya çıkmasında bir üçüncü kişinin hukuka aykırı eyleminin bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu kişinin suç teşkil eden ve ağır kusuru oluşturan eylemi açıktır. Şu haliyle sorumluluğu gerektiren illiyet bağının kesildiği kabul edilmelidir. Yapılan bu açıklama itibarıyla olayda zarar, hukuka aykırı eylem bulunmakta ise de kusursuz sorumlu olan davalının sorumluluğunu gerektirecek uygun illiyet bağının bulunmadığı görülecektir. Aksi bir sonuç kusursuz sorumluluğun ötesinde bizi sebep sorumluluğuna götürür ki davanın dayanağını teşkil eden MK.nun 1007. maddesi sebep sorumluluğunu öngörmemiştir."; Şenol, 370; Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, 651; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 209.

²⁹² Anayasa m.40/3; Anayasa m.129/5; TMK m.1007; Devlet Memurları Kanunu m.13/1.

²⁹³ Tanrıver ve Ergüne, 165; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 175 vd.; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 211-212.

²⁹⁴ Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 282; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 136; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 131.

²⁹⁵ Tanrıver ve Ergüne, 165-175.

²⁹⁶ Y5.HD, 27.02.2014, E.2013/21132, K.2014/5211; Y20.HD, E.2015/5606, K.2017/3357, Y20.HD, 23.11.2017, E.2016/2367, K.2017/9875; TBK m.72'deki zamanaşımı sürelerinin uygulanacağı yönündeki karar için bkz. YHGK, 16.10.2002, E.2002/4-640, K.2002/830.

²⁹⁷ Y20.HD, 23.11.2017, E.2017/9875, K.2017/9875; Y20.HD, E.2017/7146, K.2020/95; Devletin sorumluluğunda on yıllık sürenin üçüncü kişinin aynı haklı kazandığı tarihten başlayacağı yönündeki görüş için bkz. Sirmen, *Eşya Hukuku*, 147; Görüşler için bkz. Pekmez, *Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu*, 167 vd.

²⁹⁸ Tanrıver ve Ergüne, 172.

SONUÇ

Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerin resmi şekilde, resmi memur huzurunda yapılması gerekmektedir. Taşınmaz mülkiyetinin devri Devlet tarafından tutulan sicile tescille olmaktadır. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü tarafından tutulan tapu sicilinin hukuka aykırı şekilde tutulmasından doğan zarardan Devlet kusursuz ve asli sorumludur.

Hakimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 11. maddesiyle, Noterlik Kanunu'nun 60. maddesinin 1. fıkrasının 3 numaralı bendi değiştirilmiştir. Noterlere “*Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapmak ve bu sözleşmeyi taraflardan birinin talep etmesi, harç ve giderleri ödemesi hâlinde tapu bilişim sistemi vasıtasıyla tapu siciline şerh vermek, taşınmaz satış sözleşmesi yapmak,*” yetkisi verilmiştir. Aynı kanunun 12. maddesiyle Noterlik Kanunu'na 61/A maddesi eklenerek, tapu müdürlüklerinin yanı sıra noterlere de taşınmaz satış sözleşmesi yapma yetkisi verilmiştir. Noterler, taşınmaz satış sözleşmesi yapmaya 01.07.2023 tarihi itibarıyla başlamışlardır. Türkiye Noterler Birliği ve diğer ilgili kuruluşlar tarafından halen entegrasyon sağlanmaya ve sistemsel olarak altyapı çalışmalarına devam edilmektedir.

Şu an için taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin olarak sadece borçlandırıcı işlem niteliğindeki taşınmaz satış sözleşmesi noterler tarafından yapılabilmektedir. Noter tarafından taşınmaz satış sözleşmesi hazırlandıktan sonra tapu bilişim sisteminden yevmiye numarası alınarak sözleşme sisteme kaydedilir. Sözleşmenin sisteme kaydından sonra tapu müdürlükleri tarafından taşınmazın tapu siciline tescili sağlanır.

Noterlikteki taşınmaz satış sözleşmeleri, noter tarafından bizzat hazırlanması gereken işlemlerdir. Noter, kendisi ilgililerin veya yetkili temsilcilerinin irade beyanlarını alarak işlemi hazırlayıp, tarafların ıslak imzalarını alarak taşınmaz satış sözleşmesi işlemini tamamlamalıdır. Taşınmaz satış sözleşmelerinin noterlerde de düzenlenebilmesi önemli ve yerinde bir düzenlemedir. Noterlerin hukuki güvenliğin sağlanması ve anlaşmazlıkların önlenmesinde büyük faydaları bulunmaktadır. Hukuk eğitimi aldıkları için konuları daha iyi anlayabilecek, hukuki işlemleri daha sağlıklı ve hukuka uygun bir şekilde düzenleyerek, itilafların önlenmesini sağlayabileceklerdir. Uygulamada en çok karşılaşılan taşınmaz devir türü satış sözleşmesidir. Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan diğer sözleşmelerin hazırlanması konusunda henüz noterlere yetki verilmemiştir.

Taşınmaz satış sözleşmelerinin noterler tarafından da yapılabilmesi tapu müdürlüklerinin iş yükünü azaltacaktır. Noterliklerin sayısı fazla olduğu için ilgililer istedikleri noterlikte satış sözleşmelerini yapabileceklerdir. Bu durum işlemlerin hızını artıracaktır. Tapu sicil müdürlükleri ve noterlikler arasındaki bilgi akışının sağlıklı ve hızlı bir şekilde yapılması gerekmektedir. Aksi taktirde yanlış veya eksik bilgi paylaşımları işlem güvenliğini zedeleyecektir.

Noterlerin hukuki sorumluluğu Noterlik Kanunu'nun 162. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin 2. fıkrası gereğince noterler, taşınmaz satış sözleşmesi düzenlemelerinden kaynaklanan zararlardan sorumludurlar. Tapu sicilinin hukuka aykırı tutulmasından doğan zarardan, Devlet sorumludur. Tapu sicilindeki hukuka aykırılık noter tarafından düzenlenen taşınmaz satış sözleşmesinden kaynaklanırsa, devlet zarara ilişkin ödediği tazminatı sözleşmeyi düzenleyen notere rücu edebilir. Noterlerin taşınmaz satış sözleşmesi yapmaları, onlar için yeni bir gelir kaynağı olmakla beraber taşınmazların taşıdığı yüksek ekonomik değerler nedeniyle ağır sorumluluklar da getirebilir.

KAYNAKÇA

- Acar, Faruk. *Aile Konutu-Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.
- Akcaal, Mehmet. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Akkurt, Sinan Sami, Erdoğan Kemal ve Tokat Hüseyin. *Borçlar Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2023.
- Akil, Cenk. “Noterlerin İlgilileri Aydınlatma Yükümlülüğü”, *Ankara Barosu Dergisi* S. 3, (2022): 219-233.
- Akipek, Jale, Akıntürk Turgut ve Ateş Derya, *Eşya Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık 2018.
- Albayrak, Hakan. “Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinde Görev ve Yetkiye İlişkin Sorunlar”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* S. 10 (2017): 43-95.
- Antalya O. Gökhan ve Topuz, Murat, *Eşya Hukuku Cilt IV/1*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Antalya O. Gökhan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. V/1,1*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2019.
- Aral, Fahrettin ve Ayrancı, Hasan. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2014.
- Aslan Düzgün, Ülgen. “Noterlerin Mesleki Sorumluluk Sigortası”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 17, S. 1-2, (2013): 491-512.
- Atabek, Reşat. “Noter; Mali Sorumluluk Sigortası”, *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi* S. 3, (1974): 45-50.
- Ayan, Mehmet. *Eşya Hukuku II Mülkiyet*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2016.
- Basler Kommentar. Zivilgesetzbuch II, Art.457-977 ZGB. Herausgeber: Thomas Geiser, Stephan Wolf. Basel: Helbing Lichtenhahn, 2019.
- Başol, Gülten. *Noterlik Hukuku ve Tebligat Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Batmaz, Mehmet Orhan. “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.
- Baur Fritx, Baur Jürgen F. ve Stürner, Rolf. *Sachenrecht*. München, C.H. Beck Verlag, 18. Baskı, 2009.
- Budak, Ali Cem, Karaaslan, Varol, Apaydın, Eylem ve Aydemir, Fatih. *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitapevi, 2021.
- Çetin, Süleyman ve Ateş Derya. *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Demirboğa, Dursun Ali. “Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi Yapılmasına İmar Kanunu ve Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Tarafından Getirilen Sınırlamalar ve Noterin Sorumluluğu”. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* S. 11, (2018): 83-112.
- Doğu, Engin. “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Güvence”. *Yargıtay Dergisi*, C. 5, S. 3, (1979): 579-610.

- Emek, Mustafa Latif ve Öztürk, Salih. “Taşınmazların Satış Suretiyle Devrinde Piyasa Fiyatlarının Kullanılmamasının Kamu Gelirleri Üzerine Etkisi: Adıyaman İli Gölbaşı İlçesi Örneği”. *The Journal of Academic Social Science Studies*, C. 39 (2015): 529-539.
- Eren Fikret ve Başpınar Veysel. *Toprak Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2017.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümleri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- Eren, Fikret. *Mülkiyet Hukuku*. Ankara: Yetin Yayınları, 2014.
- Ergün, Ömer. *Borçlar Hukuku (Özel Hükümler) Ders Notları*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2023.
- Ergüne, Mehmet Serkan. *Taşınır Mülkiyeti*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Ersoy Uğur, Gül İbrahim, Köken Enes ve Yılmaz Enes. “Noterlerin Cezai Sorumluluğu”. *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, S. 1 (2020): 9-40.
- Esener, Turhan ve Güven, Kudret. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Gassen, Dominik ve Mödl, Robert. “Der Elektronische Rechtsverkehr in Grundbuchsachen”, *ZRP*, 3 (2009): 77-80.
- Giger, Hans, Heinz Hausheer, Der Grundstückkauf, Art.216-221 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Kauf und Tausch BK - Berner Kommentar Band/Nr. VI/2/1/3, 1997, N. 15-16’dan Aktaran Şenol, 360.
- Gürler, Cemalettin. *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2015.
- Gürsoy, Kemal T., Eren, Fikret ve Cansel, Erol. *Türk Eşya Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1982.
- Gottwald, Peter. “Almanya’da Noterlik Alanında Güncel Gelişmeler”, (Çev. Özlem Yazar), Medeni Usul ve İcra- İflas Hukukçuları Toplantısı- VII, Türk, Almanya ve İsviçre Hukuklarında İflas, Konkordato ve Noterlik Alanındaki Gelişmeler, (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2009).
- Haab Robert, Simonius August, Scherrer Werner ve Zobl Dieter. *Das Eigentum, Art.641-729 ZGB Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich: 1977.*
- Haag, Kurt. *Der Haftpflichtprozess mit Einschluss des materiellen Haftpflichtrechts*. München: C.H. Beck 2015.
- Hall, Eamonn G. Institute of Notarial Studies, “The Common Law and Civil Law Notary in the European Union: A Shared Heritage and an Influential Future?” Sep. 2015, <https://www.notaryinstitute.ie/wp-content/uploads/2022/02/European-Union-and-the-Notary.pdf>, (ET: 20.04.2024),
- Hatemi, Hüseyin, Serozan, Rona ve Arpacı, Abdülkadir. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitapevi, 1991.
- Heinemann, Jörn ve Trautrim Christoph. *Notarrecht*. Bnoto: Nomos Verlag, Baden-Baden, 2022.
- Hogl, Peter. *Beck’sches Notar-Handbuch, Notarhaftung*. München: C.H. Beck, München 2019.

- Hügel, Stefan. *BeckOK GBO*. München: C.H. Beck Verlag, 52. Edition, 2024.
- İnan, Atilla. “Kusursuz Sorumluluk Örneği Olarak Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”, *Sayıştay Dergisi*, S. 36 (2020): 25-35.
- Karayalçın, Yalçın. “Tapuda Kayıtlı Olan ve Olmayan Taşınmazlarda Resmi Şekil ve Noterler”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 22, S. 3, (2004): 357-376.
- Kartal, Bilal. “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Kusursuz Sorumluluk”. *Yargıtay Dergisi*, C. 24, S. 3 (1998): 340-355.
- Kıcalıoğlu, Mustafa. “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”. *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 2, S. 11 (2007): 131-145.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. “Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 38, S. 1 (1981): 209-222.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2012.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi*. İstanbul, 1959.
- Kurt, Leyla Müjde. “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, S. 2 (2014): 85-118.
- Mehmed Altın, Gülден. “Türk Medeni Hukuku ve Tüketici Hukuku Çerçevesinde Taşınmaz Satışında Şekle Aykırılığın Sonuçları”. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.
- Meier, Isaac. “İsviçre Noterlik Hukuku: Birleştirilmiş Özel Hukuk, Usul Hukuku ve Avukatlık Hukuku İçinde Kantonal Çeşitlilikten Bir Kalıntı” (Çev. Nilüfer Boran-Güney-su), (Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-VIII, Abant 9-10 Ekim 2009): 471-488.
- Melaschuk. I. Alles, was recht ist. Deutscher Drucker Stuttgart, 41(1), s. 26’dan aktaran Uzun, Küçükgüngör, Erdoğan ve Yıldız, 25.
- Memiş, Yusuf. “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”. *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 10, S. 106, (2015): 92-127.
- Meriç, Nihat. “1512 Sayılı Noterlik Yasasınının 162. Maddesi ile İlgili Düşünceler”. *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, S. 83, (1994): 39-42.
- Nart, Serdar. “Noterlerin Hukukî Sorumluluğu”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, Özel S. (2009): 425-452.
- Nomer, Haluk N. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021.
- Nomer, Haluk N. ve Engin, Baki İlkay. *Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri Cilt I: Satış Sözleşmesi*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2023.
- Nomer, Haluk N. ve Ergüne, Mehmet Serkan. *Eşya Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Oğuzman, M. Kemal ve Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2022.
- Oğuzman, M. Kemal ve Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2022.
- Oğuzman, M. Kemal, Seliçi, Özer ve Oktay-Özdemir, Saibe. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitapevi, 2022.

- Oktay Özdemir, Saibe. *Yargıtay Uygulaması Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluklarının Dayandığı Esas ve Sorumluluğun Koşulları*. Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2007, 693-714.
- Öcal Akipek, Şebnem, Şen Doğramacı, Hayriye ve Çağlayan, Aygün Gözde. “Noterle Taşınmaz Satış Sözleşmesi Yapma Yetkisi Verilmesi Üzerine Bir Değerlendirme”. *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 2 (2023): 203-241.
- Öz, Turgut. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2023.
- Özbek, Mustafa Serdar ve Yardım, Mehmet Ertan. “Elektronik Noterlik İşlemleri”. *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, S. 1 (2016): 3-118.
- Özbek, Mustafa Serdar. “Elektronik Ortamda Düzenlenen Noter Senetleri”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağanı)*, C. 22, S. 3 (2016): 2213-2281.
- Özbek, Mustafa Serdar. *Noter Senetlerinde Sahtelik*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013. (Noter Senetlerinde Sahtelik).
- Özbilen, Barış. *Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü*. İstanbul: On iki Levha Yayınları, 2016.
- Özkaya, Eraslan. *Eşya Hukuku Mülkiyet Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2022.
- Özmen, Etem Saba. “Noterlere Taşınmaz Satışı Yetkisi Verilmesine İlişkin Kanun”. *Ankara Barosu Dergisi* C. 80, S. 4 (2022): 501-540.
- Pekmez, Cüneyt. *Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu*. İstanbul: On İki Levha, 2013.
- Prütting, Hanns. *Sachenrecht*. München: Verlag C.H. Beck Verlag, 37. Baskı, 2020.
- Serozan Rona, Baysal Başak ve Şanlı Kerem Cem. *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*. İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, 2019.
- Schneider, Wolfgang. “Verwalter und Grundbuch”, *Zeitschrift für Wohnungseigentumsrecht- ZWE*, (2014): 349-353.
- Sirmen, A. Lale. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Spickhoff, Andreas. “Die Haftung des Notars Zwischen Öffentlicher Amtshaftung und Privater Berufshaftung Eintarg aus Deutschland”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan Özel Sayısı, (2015): 381-397.
- Sungurbey, İsmet. *Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi*. İstanbul: Sermet Matbaası, 1963.
- Şahbaz, İbrahim. “Noterlerin Cezai Sorumlulukları”. *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, S. 1 (2014): 5-56.
- Şenol, A. Nilay. “Taşınmaz Satış ve Satış Vaadi Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve Uygulama Çerçevesinde Taşınmaz Satış Sözleşmelerinin Noterler Tarafından Yapılıp Yapılmayacağı Üzerine Bir Değerlendirme”. *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 2 (2020): 357-376.
- Tandoğan, Haluk. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri I*. İstanbul: Vedat Yayıncılık, 1990.
- Tanrıver, Süha ve Ergüne, Mehmet Serkan. “Noterlerin Taşınmaz Satış Sözleşmesi Düzenlemesine İlişin Hukuki Esaslar”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 72, S. 1 (2023): 143-182.

- Tanrıver, Süha ve Kulaksız, Cengiz. *Türkiye Noterler Hukuku Bibliyografisi*. Ankara, 1999.
- Tanrıver, Süha. “Noterler Tarafından Elektronik Ortamda Yapılabilecek Olan İşlemler ve Bu İşlemlerin Gerçekleştirilmesi Usulü”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 4 (2016): 3677-3686. (Noterler Tarafından Elektronik Ortamda).
- Tanrıver, Süha. *Avrupa Birliği Ülkelerinde Noterlik ve Noterlik Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağı'nın Getirdikleri, Noterlik Hukuku'na İlişkin İncelemeler (1993-2011)*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2011: 41-63. (Avrupa Birliği Ülkelerinde).
- Tanrıver, Süha. *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2023.
- Tanrıver, Süha. *Bir Hukuki Güvenlik Kurumu Olarak Noterlik ve Noterlerin Denetimi Üzerine Bazı Düşünceler, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan*, C. III, İzmir 2013: 459-468.
- Tanrıver, Süha. *Noterlerin İşlevleri Alanında Yeni Gelişmeler, Noterlik Hukuku'na İlişkin İncelemeler (1993-2011)*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2011: 65-79. (Noterlik İşlevleri Alanında).
- Tanrıver, Süha. *Noterlik Hukukuna İlişkin İncelemeler (1993-2011)*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2011. (Noterlik Hukukuna).
- Tekben, Tuğçe. “Noterin Hukuki Statüsü ve Noterlik Kanunu'nun 162. Maddesi Uyarınca Sorumluluğu Üzerine Bir İnceleme”, *İzmir Barosu Dergisi*. S. 3 (2021): 69-150.
- Tercier Pierre, Pichonnaz Pascal ve Develioğlu Murat, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: On iki Levha Yayınları, 2020.
- Topçuoğlu, Metin. “Noter ile İş Sahibi (İlgili) Arasındaki İlişkinin Niteliği”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 20, S. 4, (2000): 191-213.
- Toygaz, Kemal. “Serbest Meslek mi Kamu Hizmeti mi”. *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, S. 3 (1974): 9-12.
- Türkiye Noterler Birliği, Güvenli Ödeme Sistemi ve Elektronik Ortamda Tespit, Medya Yansıma Raporu, 08.11.2020. Erişim Tarihi: Ağustos 01, 2023, <https://portal.tnb.org.tr/BasindaTNB/G%C3%BCvenli%20%C3%96deme%20Sistemi%20ve%20Elektronik%20Ortamda%20Tespit-%20Medya%20Raporu.pdf>.
- Türkiye Noterler Birliği, Güvenli Ödeme Sistemi, Erişim Tarihi: Ağustos 01, 2023, <https://portal.tnb.org.tr/Sayfalar/GuvenliOdemeHiz.aspx>.
- Ulukapı, Ömer ve Atalı, Murat. *Noterlik Hukuku*. Konya: Mimoza, 2013.
- Ulukapı, Ömer. “Yargıtay Kararları Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21 (2013): 209-241.
- Uzun Metin, Küçükgüngör Erkan, Erdoğan Mehmet Şirin ve Yıldız Mete. “Taşınmaz Devrinin Noterliklerde Yapılmasının Önemi ve Faydaları”. *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, C. 8, S. 1 (2021): 9-34.
- Ünal Mehmet, “1512 Sayılı Noterlik Yasasının 162. Maddesi (Noterin Hukuki Sorumluluğu)”. *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, S. 101 (1999): 48-52.
- Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah. *Taşınır ve Taşınmaz Mülkiyeti Konu Alan Bağışlama Sözleşmesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.

- Westermann Harm Peter, Gursky Karl-Heinz ve Eickmann Dieter. *Sachenrecht*. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 8. Baskı, 2011.
- Wieland, Christoph. *Kanunu Medenide Aynı Haklar, C. II, Gayrimenkul Mülkiyeti*. İstanbul: Adalet Bakanlığı 1935.
- Yakuppur, Sendi. “Taşınmaz Satış Sözleşmelerinin Noterlerde Yapılabilmesine Olanak Tanıyan Yeni Düzenleme ve Mevcut Duruma Etkisi”. *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 2 Aralık (2022): 649-665.
- Yavuz Cevdet, Acar Faruk ve Özen Burak. *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümleri*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021.
- Zellweger-Gutknecht Corinne, *Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art.22, 7. Auflage*, Basel 2019.